

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XLI  
FASCICULO III



SEPT.-DICIEMBRE  
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.<sup>2</sup>

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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo

MANUEL GARCIA MIGUEL

Ex-Presidente de la Sala 2.<sup>a</sup> 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 GARCÍ-LOPEZ

Ex-Presidente de la Sala 2.<sup>a</sup> 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**  
**CENTRO DE PUBLICACIONES**

# 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 III



SEPT.-DICIEMBRE  
MCMLXXXVIII

---

---

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

---

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

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

Depósito Legal: M. 126-1958.

---

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

## SECCION DOCTRINAL

### Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

#### I

El debate doctrinal tal vez más importante que ha tenido lugar en este siglo acerca de las bases de la teoría del delito se ha centrado en torno al papel de lo objetivo y de lo subjetivo en el interior de dicha teoría. Frente a la concepción objetiva del injusto del causalismo naturalista y a su contraposición a una culpabilidad entendida como ámbito de lo subjetivo, el neokantismo advirtió la necesidad de tener en cuenta ciertos elementos subjetivos en el injusto y determinados momentos objetivo-normativos en la culpabilidad. El finalismo que inició Welzel prosiguió esta evolución y culminó el abandono de la oposición de un injusto correspondiente a la *parte objetiva* del hecho frente a una culpabilidad concebida como la *parte subjetiva* del mismo. Sin embargo, esta distinción de parte objetiva y parte subjetiva del hecho no desapareció, sino que volvió a reproducirse en el seno del injusto, tanto en su parte positiva, distinguiéndose entre tipo objetivo y tipo subjetivo, como en su parte negativa, diferenciándose entre los presupuestos objetivos y los elementos subjetivos de la justificación. Un sector de discípulos de Welzel, encabezado por Armin Kaufmann (1) y representado en su forma más extrema por Zielinski (2), proponen reducir el injusto al desvalor subjetivo de la acción. Por otra parte, la teoría de la adecuación, primero, y la moderna teoría de la imputación objetiva, después, han puesto de manifiesto la necesidad de contemplar los conocimientos especiales del sujeto para decidir si concurre el propio tipo objetivo.

Por mi parte, he tratado de mediar en la polémica inclinándome a favor de una *perspectiva ex ante* que contemple el hecho «desde el momento de emprender la acción y no *ex post*, a partir de la cons-

---

(1) Cfr. ARMIN KAUFMANN: *Festschrift f. Welzel*, 1974, pp. 399 y ss., 403 y 411.

(2) Cfr. ZIELINSKI: *Handlungs und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 6, 128 y ss., 200 y ss.

tatación de que se ha producido un resultado» (3). Si la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho ha de ser la prevención (limitada) de delitos, la norma penal ha de tratar de motivar a la evitación de *conductas* delictivas. La evitación de *resultados* lesivos para la sociedad sólo puede ser intentada por las normas penales motivando a la evitación de conductas que puedan producir aquellos resultados. El *resultado* «no puede constituir en sí mismo objeto de prohibición por una norma preventiva, por lo que no puede tampoco integrar el contenido de lo antijurídico» (4). «Ante la alternativa de desvalor de la acción o desvalor del resultado, un Derecho penal al servicio de la función de prevención debe inclinarse, pues, por el desvalor de la acción» (5). Pero ello no significa que entienda el injusto en sentido subjetivo. Al contrario, pongo el acento en lo objetivo en un doble sentido. Por una parte, afirmando que «un Derecho penal que quiera respetar el límite liboral del fuero interno (esto es, para el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho) (...) sólo se halla legitimado para prohibir y prevenir conductas externas en cuanto a su capacidad lesiva objetiva para los bienes jurídicos que debe proteger». «El núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la *voluntad* de realizar una acción prohibida, sino en la *realización voluntaria* de la conducta social que el Derecho pretende prevenir» (6). Por otra parte, sostengo que «también es objetiva la razón que fundamenta la prohibición de una determinada conducta. Desde el planteamiento preventivista que resulta forzoso en un Estado social al servicio de la sociedad, la selección de los comportamientos que han de prevenirse y prohibirse bajo pena debe tener lugar en función del *peligro objetivo* que cada conducta supone para bienes jurídicos —y no en base a la gravedad de la *actitud interna* demostrada por la decisión delictiva» (7).

Es evidente que esta construcción pretende distanciarse tanto de una concepción causalista del injusto como de la teoría finalista del injusto personal, huyendo de la contraposición de lo objetivo y lo subjetivo para situarse en una perspectiva «ex ante» opuesta a la clásica consideración «ex post» del delito. Pero también es obvio que mi planteamiento da entrada tanto a elementos objetivos como subjetivos en el injusto, y al mismo tiempo quiere poner el acento en lo objetivo. En este trabajo querría profundizar en el papel que a mi juicio ha de corresponder a lo objetivo y lo subjetivo en la teoría del delito.

(3) Cfr. MIR PUIG: *Función*, 2.ª ed., 1982, p. 60.

(4) *Ibidem*, p. 66.

(5) *Ibidem*, p. 61.

(6) Cfr. MIR PUIG: *La perspectiva «ex ante» en Derecho penal*, en «ADPCP», 1983, p. 12.

(7) MIR PUIG: *Función*, p. 63.

## II

1. Lo primero que importa es aludir a la ambigüedad de los términos «objetivo» y «subjetivo».

Por de pronto, una cosa es que se incluyan en el injusto solamente elementos objetivos, en el sentido de externos y en contraposición a los elementos psíquico-internos, y otra cosa es que el juicio de antijuricidad se considere objetivo por hacerse depender de una norma objetiva de valoración. Así, Welzel considera que su concepto de antijuricidad sigue siendo objetivo, aunque incluya el dolo en el injusto de los delitos dolosos (8). Pero, del mismo modo, puede afirmarse que también la culpabilidad (jurídica) es un juicio objetivo y que su objeto se compone igualmente de elementos objetivo-externos y subjetivo-psíquicos. En todo ello habría acuerdo desde el neokantismo. Ni el sentido de la objetividad propia del juicio de antijuricidad, ni el carácter externo o psíquico de los elementos de su objeto pueden servir de base suficiente para contraponer las distintas concepciones «subjetivas», «objetivas» o «dualistas» del injusto (9).

Cuando me distancio del punto de vista subjetivista del finalismo y propugno una concepción objetiva del injusto, lo hago en dos sentidos distintos a los expresados. Por una parte, en el sentido de considerar que la razón *primera* que fundamenta la prohibición de una determinada conducta —es decir, lo que mueve al legislador a querer prohibirla— es una característica externa de la misma, su peligrosidad «ex ante» para un bien jurídico. De ahí que, aunque sólo puedan prohibirse conductas voluntarias y en la medida de su voluntariedad, lo que ha de decidir a prohibirlas no es su contenido psíquico negativo, sino su peligrosidad externa. Por otra parte, esta peligrosidad también debe decidirse objetivamente, en el sentido de que no depende del criterio del sujeto, sino del punto de vista de un espectador objetivo situado «ex ante». Aquí objetividad significa intersubjetividad. En todo caso, ha de quedar claro que la concepción objetiva del injusto que defiendo no pretende desconocer la necesidad de exigir para el mismo tanto elementos externos como psíquicos.

2. A continuación querría profundizar en el significado que corresponde a la parte subjetiva del hecho en la concepción del injusto que considero más adecuada al Estado social y democrático de Derecho. En este modelo de Estado constituye una conquista irrenunciable el principio según el cual el Derecho no puede castigar los *pensamientos*. Pero, ¿significa esto —como a veces se cree— que el Derecho, a diferencia de la Moral, no puede dirigir sus prohibiciones a la voluntad del sujeto? Ya he dicho que un Derecho que asuma como

(8) Cfr. WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 51.

(9) Cfr., no obstante, HUERTA TOCILDO: *Sobre el contenido de la antijuricidad*, 1984, pp. 25 y ss.

función la protección de bienes jurídicos ha de tratar de impedir aquellos hechos que «ex ante» aparecen como capaces de lesionarlos. Ello supone que no es un contenido psíquico, sino la peligrosidad externa de la conducta lo que ha de decidir su prohibición. Sin embargo, también es cierto que la única vía de que dispone el legislador para prohibir al ciudadano que realice tales comportamientos es la de dirigirse a su mente. La norma no puede dirigirse directamente al cuerpo ni a sus movimientos externos. De ahí que sólo puedan prohibirse conductas *voluntarias*. El imperativo normativo ha de dirigirse a la voluntad —aunque, como veremos, ésta sólo sea una parte de la conducta prohibible—. Pero, ¿cómo puede hacerse compatible esto con el firme propósito de que no es lícito castigar los pensamientos? *Es preciso distinguir entre los pensamientos y la voluntad que integra la conducta voluntaria.*

Habrà que superar la contraposición de todos los procesos psíquicos *internos*, como si constituyeran una unidad, frente a los hechos del mundo *exterior*. En orden a la cuestión que aquí importa de la determinación de la frontera de lo prohibible, lo decisivo no ha de ser la distinción entre lo externo, como lo prohibible, y lo interno, como lo no prohibible. La frontera ha de situarse entre los pensamientos y la conducta voluntaria, teniendo en cuenta que también ésta posee, junto a su manifestación externa, una parte interna constituida por la conducción voluntaria y consciente de aquella parte externa. A la unión de ambas partes debe referirse la prohibición. Por sí sola (separada de su control voluntario) la parte externa de la conducta es tan poco susceptible de prohibición como sus efectos posteriores (su resultado).

Pero importa, para evitar malentendidos, precisar la distinción propuesta entre pensamientos y voluntad que integra la conducta. El término «voluntad» es equívoco. Es frecuente utilizarlo para expresar el deseo de realizar un comportamiento. Se dice, así, que el que desea matar a otro *quiere* hacerlo. No es éste, evidentemente, el sentido que doy a la voluntad que integra la conducta, pues el solo deseo no hace que se produzca conducta alguna. Tampoco coincide la voluntad que integra la conducta con la *decisión intelectual* de llevar a cabo la conducta en un momento posterior (aunque sea inmediatamente posterior). La voluntad que aquí importa es la orden mediante la cual el cerebro activa los músculos dando lugar a una determinada conducta, a conciencia de su significado. No da comienzo hasta que actúa sobre los músculos a través del sistema nervioso, aunque presupone el conocimiento de las consecuencias que implica dicha actuación. Por poner un ejemplo simple y paradigmático: la voluntad correspondiente a la conducta típica del homicidio doloso se produce en el momento en que el sujeto que tiene en sus manos una pistola da la orden a su mano de disparar sobre una persona, sabiendo que con ello posiblemente la mate. Esta voluntad consciente no es la ante-

sala de la conducta homicida, sino que *forma parte* de ella. No puede contraponerse a la conducta, porque es un elemento que la integra: la conducta es una *unidad interno-externa*. Prohibir una conducta implica necesariamente prohibir una actuación de la voluntad. Ello no supone prohibir los *pensamientos*. Si éstos no pueden pensarse —ni prohibirse— no es porque sean internos, sino porque no forman parte de una conducta que trascienda al mundo exterior.

A) En los delitos *dolosos* la voluntad que integra la conducta se produce a conciencia de sus consecuencias lesivas típicas. Tal voluntad consciente basta para ser calificada de *dolo*. Si se produce *para* ocasionar la lesión o puesta en peligro típica, constituye el dolo de primer grado. La *finalidad* (en sentido estricto) que entonces guía a la voluntad de inervación muscular posee una naturaleza similar a la de los elementos subjetivos del injusto que suponen finalidades especiales a cuya persecución se orienta la conducta voluntaria típica. Podría plantearse la cuestión de si todas estas finalidades (incluida la que caracteriza al dolo directo de primer grado) no constituyen en realidad *deseos* del sujeto como los que más arriba hemos considerado que deben sustraerse al Derecho penal. Así sería si no influyesen en la conducta y en su significado social. Pero en muchas ocasiones la finalidad de la conducta afecta al sentido social de ésta y, con ello, a su gravedad. Una finalidad *positiva* tiende a disminuir la reprobación social de una conducta voluntaria en sí misma nociva, en tanto que una finalidad *negativa* tiende a agravarla.

¿No será, sin embargo, que la valoración social de la finalidad no es más que expresión de la tendencia, de base moralizante, a valorar la *actitud interna* de los demás? Ciertamente, el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho no debe tomar en cuenta la actitud interna del sujeto, ni siquiera cuando se *manifiesta* en un comportamiento externo —aunque propugne lo contrario un importante sector doctrinal (10). Pero la finalidad que guía una conducta lesiva no sólo manifiesta una determinada actitud interna del sujeto, sino que es *causa* de aquella conducta, tiende a influir en su forma de realización y contribuye a conferir a la misma conducta un significado de mayor o menor oposición al bien jurídico a que afecta. Quien deja su coche aparcado en doble fila para efectuar unas compras, realiza una conducta que puede lesionar la libertad de movimiento del vehículo o vehículos a los que impide la salida, pero que recibe una valoración social mucho menos negativa que la misma

---

(10) Así, la corriente que arranca de GALLAS: *Beiträge zur Verbrechenslehre*, p. 56 (en español puede verse la traducción de Córdoba Roda, bajo el título *La teoría del delito en su momento actual*, 1959, p. 62) y llega a autores como JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*, trad. y adiciones de Derecho español de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, 1981 P. 587, y SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht, Allg. Teil.*, 2.<sup>a</sup> ed., 1975., 1975, pp. 148 y ss. y 366 y ss., entre otros.

conducta llevada a cabo *para* impedir la salida del otro coche. No es razonable pensar que en el primer caso pudiera apreciarse delito o falta de coacciones, mientras que sí es posible que dicha calificación sea apropiada en el segundo supuesto. Piénsese también en el distinto significado que posee el propinar a otro un golpe con «animus jocandi» y el hacerlo con el único objeto de causarle dolor. Tampoco suele considerarse tan grave la eutanasia indirecta, consecuencia necesaria de un tratamiento no dirigido a causar la muerte, sino a calmar el dolor del moribundo, como la eutanasia directa, cuyo objetivo es precisamente acelerar la muerte del enfermo. En todos estos casos la finalidad negativa no sólo manifiesta una actitud interna en el sujeto, sino que confiere a la propia conducta un significado simbólico de mayor *oposición al bien jurídico afectado*. La conducta de eutanasia indirecta no es tan *contraria* al bien jurídico de la vida del enfermo como la eutanasia directa. Cuando se trata de conductas (voluntarias) cuya nocividad material es elevada, la falta de una finalidad negativa no puede impedir su prohibición penal, sino sólo disminuir su gravedad. Pero cuando la dañosidad material de la conducta es escasa, puede resultar correcto condicionar su criminalización a que concorra en ella una determinada finalidad.

B) En los hechos *imprudentes* la conducta prohibida también ha de tener una parte interna, una voluntad que active los movimientos corporales necesarios. Pero esta voluntad no tiene lugar a conciencia de que de ella se seguirán consecuencias típicas. También la infracción de la norma de cuidado exige un determinado conocimiento como base de la voluntad: el conocimiento de la situación cuya concurrencia obliga al cuidado de que se trata. Así, es preciso que el conductor conozca las condiciones del vehículo que le obligarían a reducir su velocidad —o, por lo menos, los indicios que debieran llevarle a averiguar las condiciones del vehículo. Pero o bien desconoce el peligro que supone actuar en tales condiciones (culpa inconsciente), o bien cree que su actuación peligrosa no tendrá consecuencias típicas (culpa consciente). La conducta que infringe la norma de cuidado posee, pues, una parte interna distinta a la de un delito doloso, por lo que puede afirmarse que ambas conductas son distintas. Entendida la conducta, como aquí se hace, como unidad interno-externa, y no sólo como el movimiento exterior del cuerpo, ello confirma la tesis, que sostuve en otro lugar, según la cual la conducta dolosa infringe una norma distinta que la conducta imprudente (11).

La conducta prohibida en los delitos dolosos no sólo es distinta a la prohibida en los delitos imprudentes, sino también más grave que ésta. Hay que rechazar el planteamiento del causalismo que, al reducir la conducta a la manifestación externa de la voluntad, no

---

(11) Cfr. MIR PUIG: *Función*, pp 74 y s.



veía diferencia en la conducta de homicidio doloso y en la del homicidio culposo, sino sólo en la mayor o menor posibilidad de *culpar* al sujeto por su participación subjetiva en ellas. Si la norma no puede dirigirse al cuerpo, sino a la mente del sujeto, si no puede prohibir movimientos externos, sino en cuanto a los activados por una voluntad consciente, el objeto de la prohibición no puede comprender las consecuencias típicas no abarcadas por la voluntad consciente. En el delito imprudente sólo se puede prohibir una conducta descuidada, menos grave que la conducta voluntariamente lesiva.

No voy a insistir en la fundamentación de lo anterior, ni en la de que el dolo puede aumentar la peligrosidad objetiva de la conducta, pues a ambos argumentos —aunque sin aludir a la unidad interno-externa de la conducta— ya me referí suficientemente en otro lugar (12). Sí añadiré, en cambio, que también contribuye a explicar la mayor gravedad de la conducta dolosa el significado simbólico de oposición al bien jurídico que encierra la misma, a diferencia de la conducta imprudente. De la misma forma que, como más arriba señalábamos, la finalidad de lesión de un bien jurídico (dolo directo de primer grado) aumenta el sentido de la conducta de oposición a dicho bien jurídico, en comparación con lo que ocurre con el dolo directo de segundo grado o el eventual, de la misma forma, digo, toda forma de dolo otorga a la conducta un significado de *negación* o abierto *desprecio* del bien jurídico atacado del que carece la conducta imprudente. Esta sólo encierra una falta de cuidado para con el bien jurídico afectado (13).

3. Si, según el planteamiento propuesto, la norma se dirige a la mente, prohibiendo la activación voluntaria y consciente del movimiento corporal, ¿qué papel corresponde a la *parte externa* de la conducta? Cuando la conducta es voluntaria y consciente, su parte externa forma una unidad con su parte interna, en el sentido en que aquí la entendemos. Todo movimiento corporal dura un tiempo —y especialmente los de cierta complejidad como las que importan al Derecho penal— durante el cual ha de persistir, *controlándolo*, la inervación motora voluntaria. Esta inicia, pero también acompaña la

(12) Cfr. MIR PUIG: *Función*, pp. 74 y ss.

(13) Cfr. MIR PUIG: *Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena*, en Bergalli/Bustos (ed.); *El Poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann*, 1985, p. 372. En la misma línea, W. HASSEMER: *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, en «Doctrina Penal», 18 (1982), pp. 238 y s., quien observa que en los delitos con víctima, y «sobre todo en los delitos que necesariamente se consuman en presencia del autor y de la víctima, el autor doloso realiza un acto de vejación social y personal de la víctima, del cual quien actúa imprudentemente está muy lejos» (p. 238); más adelante añade que, tanto en los delitos con víctima como los sin víctima, «quien actúa dolosamente amenaza en mayor modo la vigencia de la norma y, al mismo tiempo, el orden jurídico, que quien actúa imprudentemente»; este aspecto se exacerbaría en alguna clase de delitos, como los de terrorismo, en cuanto se dirigen a la destrucción del orden estatal y jurídico (p. 239).

ejecución del movimiento. Existe aquí una coincidencia temporal que no se produce entre la conducta y los resultados separados de ella. Estos son posteriores a la conducta. Son posteriores al control voluntario. Son posteriores al momento en que ha de actuar la motivación de la norma, la prohibición. En cambio, la parte externa de la conducta se va produciendo al mismo tiempo que va siendo conducida por la voluntad. Una vez acaecido, el movimiento corporal constituye un resultado de la voluntad, pero mientras se está efectuando se presenta como un irse realizando de la voluntad, como una *actuación de la voluntad*.

Es cierto, sin embargo, que esta coincidencia temporal del control voluntario y su realización no excluye la posibilidad de que ésta resulte *errónea*, es decir, distinta a la que creía efectuar el sujeto, o *fallida*, esto es, distinta a la que perseguía. En el primer caso (error) la activación voluntaria se basa en una representación intelectual errónea de la realidad. Así sucede, por ejemplo, cuando en el ascensor inadvertidamente apretamos el botón correspondiente al quinto piso cuando en realidad creíamos presionar el del cuarto piso. Existe activación voluntaria, pero no conocimiento de lo que supone. En los casos de ejecución fallida el movimiento corporal resulta ejecutado de forma distinta a como se pretendía. Mediante un movimiento rápido se pretendía dar con la mano en un determinado punto, pero por la velocidad del movimiento se da en otro. En ninguno de estos casos coincide totalmente el movimiento efectuado con el que se creía o pretendía realizar. Pues bien, como las normas jurídico-penales no pueden prohibir más que conductas voluntarias y conscientes, para el Derecho penal en los casos expuestos sólo puede constituir objeto de prohibición el aspecto de realización externa a que alcanza la voluntad consciente: la activación voluntaria de un movimiento (o movimientos) sin prestar la debida atención o sin las condiciones de preparación, habilidad, etc., necesarias (conducta imprudente), o la realización voluntaria de un movimiento (o movimientos) dirigido a realizar un tipo consumado (tentativa o frustración) (13a).

¿Qué diferencia hay, entonces, entre el resultado separado de la conducta y la parte exterior de ésta? ¿No pueden escapar ambas al control consciente del sujeto? Aunque esto último es cierto, sigue siendo esencial la diferencia que antes señalábamos: mientras que el resultado separado es posterior a la actuación voluntaria, los movimientos voluntarios se producen en el momento en que actúa la voluntad, que ha de sostenerlos y guiarlos; y es en ese momento en el que la norma jurídico-penal puede dirigirse al sujeto y prohibirle *lo que*

---

(13 a) GIMBERNAT: *ADPCP*, 1988, pp. 587 y s., considera que en los actos fallidos no hay en absoluto ninguna voluntariedad, pero me parece difícil negar que en ellos por lo menos se quiere *mover* el cuerpo de algún modo.

*está haciendo de forma voluntaria y consciente.* Cuando la actuación externa diverge de la pretendida, no puede considerarse infractora de una norma jurídico-penal; pero en cuanto la actuación externa sea la querida conscientemente, en cuanto pueda verse como realización de la voluntad consciente, integrará una conducta prohibible mientras se está efectuando. Ya hemos visto que incluso en los casos de divergencia puede subsistir una parte o aspecto del movimiento corporal atribuible a una voluntad consciente, que podrá integrar una conducta prohibida (por imprudente o por constituir tentativa o frustración). En cambio, el resultado separado de la conducta no puede constituir *nunca* objeto de prohibición de la norma, porque se produce en un momento posterior a aquel en que la norma puede dirigir su imperativo al sujeto.

En la medida, por tanto, en que los movimientos corporales están siendo controlados por una voluntad consciente, está teniendo lugar una conducta prohibible, porque aún puede ser interrumpida. Pero, *¿en qué momento da comienzo dicha conducta prohibible?* ¿Es preciso que llegue a iniciarse algún movimiento externo, o basta que el cerebro dé la orden a través del sistema nervioso? La pregunta no sería necesaria, si no fuera por la posibilidad, remota pero no descartable, de que una orden de inervación de un músculo no logre su objetivo ni siquiera mínimamente; por ejemplo, por producirse una parálisis en dicho momento —si la parálisis es antecedente y el sujeto es consciente de ella, cualquier intento de movimiento constituiría una tentativa irreal—. No me refiero a los casos en que un obstáculo exterior, como el excesivo peso de un objeto, impide el movimiento pretendido, porque en ellos existe por lo menos una cierta inervación muscular, una aplicación de fuerza externa que hace indudable el comienzo de una conducta externa. Pienso en supuestos como el de quien, en el momento de ir a apretar un botón que debería activar un explosivo, se siente paralizado y no puede llegar a comenzar ningún movimiento (suponiendo que antes no ha comenzado ya la tentativa).

Es evidente que en el Derecho español en tal caso extremo no habría tentativa, pues el artículo 3 del Código penal exige para ésta que el culpable dé principio a la ejecución «directamente *por actos exteriores*». Más difícil es decidir si ello se debe a la falta de una conducta *prohibible* o a razones político-criminales que aconsejen la no punibilidad de un comportamiento en sí mismo injusto. Me inclino a pensar que es preferible la primera fundamentación. Aunque para el comienzo de la tentativa baste la realización de una parte de la conducta típica, para que dicha parte inicie la infracción de la norma ha de estar constituida a su vez por algún acto o actos que en sí mismos posean todas las notas propias del comportamiento humano. Si éste constituye una unidad interno-externa, sólo podrá considerarse iniciado el injusto de la tentativa cuando el sujeto logre realizar algún

acto que posea la doble dimensión indicada, interna y externa. Para que exista un comienzo de tentativa prohibido en un Derecho penal que únicamente quiere prohibir comportamientos, es preciso que tenga lugar una verdadera conducta objetivo-subjetiva. Que baste para la tentativa la ejecución parcial de un determinado hecho, no significa que pueda faltar en ella una parte de los elementos estructurales del concepto de comportamiento. No hay que confundir un intento fallido de injusto con lo que es el injusto de la tentativa. En el ejemplo más arriba propuesto únicamente existe lo segundo: un intento completamente fracasado de infringir la norma.

Se desprende de lo anterior que la posibilidad de prohibir una conducta no empieza hasta que ésta completa su estructura adquiriendo, siquiera mínimamente, su dimensión externa. Pero, ¿no llega entonces demasiado tarde la prohibición? ¿No debería prohibirse ya la emisión de la orden por el cerebro? Creo que no. Como decíamos más arriba, los actos humanos que importan al Derecho penal tienen siempre, por breves que sean, una duración externa durante la cual ha de mantenerse su conducción voluntaria. Para evitar que se lleguen a término basta dirigir la prohibición a partir del momento en que empieza su manifestación externa voluntaria. Anticipar la prohibición a un momento anterior —cosa que en sí misma sería posible— supondría una extensión innecesaria del alcance de las normas jurídico-penales. No hay, pues, razón para abandonar el principio según el cual sólo lo que el hombre *hace* voluntariamente en el mundo exterior puede ser objeto de la prohibición de una norma jurídico-penal.

4. Una vez analizados el contenido y la función de la parte interna y la parte externa de la conducta, estamos en condiciones de plantear la cuestión de si el *desvalor de la acción* ha de referirse a la parte interna, a la externa o a ambas.

El punto probablemente más oscuro de la distinción del *desvalor de la acción* y el *desvalor del resultado* tal vez sea a cuál de ambos conceptos corresponde el desvalor de la parte externa de la conducta. Nadie discute que el desvalor de la parte interna de la conducta es desvalor de la acción, ni que el desvalor correspondiente al resultado separado de la conducta es desvalor del resultado (14). Menos decidida está la calificación del desvalor correspondiente a la parte externa de la conducta, que puede verse como integrante de la conducta voluntaria (15), pero también como un producto de la voluntad que úni-

(14) Otra cosa es el apartado de la teoría del delito en que han de situarse ambas clases de desvalor. Así, en mi opinión, el desvalor del resultado no puede integrar el injusto, sino su *punibilidad*, por lo que no hablaré de *injusto del resultado*, como a veces se hace. Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., 1985, p. 110.

(15) Welzel incluyó en el desvalor de la acción no sólo el desvalor de la intención, sino también elementos externos de la acción como las características personales de los delitos especiales y el carácter descuidado de la conducta imprudente: cfr. WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 62, § 18. JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*,

camente adquiere relevancia jurídico-penal cuando *resulta* típica. Téngase en cuenta que los delitos de mera actividad lesionan o ponen en peligro algún bien jurídico mediante la sola realización de la parte externa de una conducta.

A mi juicio, la particular dificultad del problema planteado estriba en el hecho de que la parte externa de la conducta puede ser contemplada tanto desde un punto de vista *ex ante* como desde un punto de vista *ex post*. Puede valorarse *ex ante*, en función de la peligrosidad que parece entrañar al iniciarse y durante su ejecución, y *ex post*, una vez comprobado el efectivo carácter lesivo de la misma o si realmente «ha puesto en peligro» un bien jurídico (16). Es precisa, pues, una solución diferenciadora, que decida la cuestión planteada según cuál sea la perspectiva, *ex ante* o *ex post*, que se adopte. La valoración de la peligrosidad *ex ante* ha de contribuir a decidir el desvalor de la acción, mientras que la efectiva lesividad o virtualidad lesiva comprobada *ex post* ha de integrar el desvalor del resultado (17).

Si se acepta la tesis de que el desvalor del resultado no puede condicionar lo injusto del hecho, sino sólo su relevancia jurídico-penal, el desvalor resultante de la parte externa de la conducta tampoco puede integrar lo injusto (18). Pero ello no obsta, según lo dicho, a que la peligrosidad *ex ante* de la parte externa de la conducta no sólo condicione lo injusto del hecho, sino que constituya la base primera de la prohibición. Aunque la norma deba dirigirse a la mente del sujeto y sólo puedan prohibirse conductas voluntarias y conscientes, tampoco tiene sentido, en un Derecho penal preventivo y protector de bienes jurídicos, prohibir conductas que no aparezcan como externamente peligrosas en el momento de ir a realizarse y durante su realización.

En este punto podría plantearse la pregunta de si no sería posible efectuar un razonamiento paralelo respecto al resultado separado de la conducta. ¿No cabría igualmente distinguir entre la efectiva producción del resultado (*ex post*) y el posible resultado (*ex ante*)? Si

---

*trad. y adiciones de Derecho español de Mir Puig y Muñoz Conde*, 1981, se inclina claramente por referir la *forma de comisión* del hecho al desvalor de la acción. También en este sentido, CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed., 1985, p. 363.

(16) Pongo entre comillas la expresión «puesta en peligro», porque, aunque es usual, me parece incorrecto hablar de un peligro *ex post*, pues todo juicio de peligrosidad supone un pronóstico *ex ante*. *Ex post* debería hablarse al respecto de una mayor o menor *proximidad* de la lesión. Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal*, *cit.*, p. 171.

(17) Tal vez la distinción propuesta contribuya a deshacer el equívoco que haya podido inducir a algún autor a considerar que el desvalor propio de la peligrosidad *ex ante* para un bien jurídico, que yo sitúo en el injusto, en realidad constituye parte del desvalor del resultado, porque proviene del peligro para dicho resultado. Cfr., en este sentido, COBO/VIVES: *Derecho penal, Parte General*, 1984, p. 260. Vid. también en esta línea, HUERTA TOCILDO: *Sobre el contenido*, *cit.*, p. 69.

(18) Como ya sostuve en MIR PUIG: *Función*, p. 66, nota 92, y *Derecho penal*, p. 107, nota 15.

la efectiva producción del resultado no puede prohibirse porque es posterior al momento de incidencia del imperativo normativo, ¿no será posible integrar en el injusto el resultado que aparece como posible en el momento de la acción? La respuesta ha de ser negativa. La norma sólo puede prohibir lo que sus destinatarios pueden *hacer*, y lo que los ciudadanos pueden hacer son sólo conductas. El resultado separado de la conducta no es el hacer ni forma parte de él, sino que constituye un *efecto* del hacer. Es cierto que la lesión del bien jurídico es lo que en realidad ha de querer evitar un Derecho penal protector de bienes jurídicos, pero para conseguir tal objetivo las normas sólo pueden prohibir aquello a través de lo cual sus destinatarios pueden lesionar el bien jurídico: la conducta peligrosa sometida al control voluntario y consciente del sujeto. La evitación del posible resultado (*ex ante*) es el *objetivo* de la prohibición, pero sólo la conducta voluntaria y consciente puede constituir *objeto* de dicha prohibición, sólo ella puede considerarse *lo prohibido*, lo injusto. El desvalor del resultado es la *razón* primera de la prohibición, *presupuesto* de la misma, pero ello no supone que integre su *objeto* (19). En cuanto a la efectiva producción del resultado (*ex post*), no puede verse ni como objetivo de la prohibición (los objetivos no pueden ser *pasados*, han de ser *futuros*), ni como objeto de la misma.

No quiero acabar este apartado sin tratar de evitar un equívoco. Que el resultado no pueda integrar el injusto, no significa que haya de perder un solo ápice de su *importancia* político-criminal. Con frecuencia parece suponerse que la posición sistemática del resultado dentro del injusto es la única que le reconoce suficientemente su importancia. Parece partirse de la idea de que no todas las categorías del delito tienen la misma relevancia. Se da a entender que la *punibilidad* es un requisito de rango inferior al de la antijuricidad. Ni siquiera parece suficiente afirmar —como yo hago— que la punibilidad condiciona la propia *tipicidad penal* del hecho. Todo ello carece de justificación. La relevancia jurídico-penal de un hecho depende tanto de que infrinja una prohibición como de que realice un tipo penal. Sin el resultado típico, el posible injusto carecerá del primer presupuesto de la infracción *penal*: la tipicidad *penal* (20). Personalmente, estoy

---

(19) Se sale así al paso de la línea argumental que pretende derivar la pertenencia del resultado al injusto del hecho de que la prohibición persiga evitar la lesión de un bien jurídico: cfr., así, HUERTA TOCILDO: *Sobre el contenido*, cit., pp. 69 y 71. CEREZO MIR: *Curso cit.*, pp. 364 y s. Aunque pueda decirse que «es, pues, el (probable) resultado lo que determina el injusto», como afirman COBO/VIVES: *Derecho penal*, cit., p. 260, en el sentido de que la voluntad de evitar el probable resultado es motivo de la prohibición, ello no supone que el futuro resultado sea *lo prohibido*, lo injusto. Que algo determine o sea causa de otra cosa no significa que forme parte de ésta.

(20) Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal*, cit., p. 110.

convencido de la capital importancia político-criminal que corresponde al resultado como condición de la intervención penal (en los delitos imprudentes) o de su gravedad (en los delitos dolosos). De ahí que me haya esforzado en otros lugares en aportar argumentos político-criminales, vinculados a la seguridad jurídica y a la necesidad de pena desde un punto de vista preventivo, en favor de la consideración del resultado como criterio fundamental de la relevancia jurídico-penal de un hecho (21). Un planteamiento como el que suscribo no tiene, pues, por qué suponer un «adelantamiento de la línea de defensa», ni vulneración del principio de intervención mínima del Derecho penal (22). Por el contrario, subraya la función de «límite de responsabilidad» (*Haftungsgrenze*) del resultado, aconsejable desde el prisma del «carácter fragmentario» del Derecho penal (23).

### III

La *delimitación de la parte objetiva y la parte subjetiva del tipo* resulta dificultada por la necesidad de tomar en consideración conocimientos y poderes especiales del sujeto. Hace ya tiempo que se halla extendida en la doctrina la opinión según la cual la imputación del resultado sólo es posible cuando la acción que lo causó era *adecuada* para producirlo a los ojos de un espectador imparcial situado en el momento de la acción (*ex ante*) y dotado, de los conocimientos especiales del sujeto, además de los que tendría una persona inteligente (24). Por otra parte, según un sector doctrinal que comparto, en el tipo omisivo y en el imprudente hay que tener en cuenta también las facultades individuales del sujeto (25).

También dificulta la separación de parte objetiva y parte subjetiva del tipo el hecho de que la valoración del *error* como vencible o invencible dependa de datos objetivos y subjetivos. Una vez admitido que el error, como el dolo, afecta al tipo de injusto, se advierte que

(21) Cfr. MIR PUIG: *Función*, pp. 66 y ss., y *Derecho penal*, pp. 109 y s.

(22) La frase entrecomillada, con la que se me atribuye una consecuencia político-criminal que rechazo, es de COBO/VIVES: *Derecho penal, cit.*, p. 260. Alerta de los peligros de erradicar del injusto el resultado, HUERTA TOCILDO: *Sobre el contenido, cit.*, pp. 67 y ss.

(23) Asigna esta función limitadora al resultado, pero considerándolo elemento del injusto, KRÜPELMANN: *Festschrift für Jescheck*, 1985, pp. 315 y s.

(24) Cfr., por ejemplo, MAURACH: *Tratado de Derecho penal, trad. y notas de Derecho español de Córdoba Roda*, 1962, pp. 236 y s.

(25) En la doctrina española, con referencia a la alemana, cfr., en relación con el tipo omisivo, SILVA SANCHEZ: *El delito de omisión*, 1986, pp. 298 y s. Para el tipo imprudente, MIR PUIG: *Derecho penal, cit.*, pp. 233 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR: *La infracción del deber de cuidado en el sistema del delito culposo*, en «ADPCP», 1984, pp. 321 y ss.; SILVA SANCHEZ: *Op. cit.*, p. 215; QUINTERO OLIVARES: *Derecho penal, Parte General*, 1986, p. 357.

no sólo encierra un significado subjetivo, como da por supuesto la teoría psicológica de la culpabilidad cuando lo contempla como mera causa de exclusión de la conexión psíquica dolosa. Es evidente que el error excluye esta conexión psíquica, pero su valoración como vencible o invencible depende de algo normativo y en primer lugar objetivo: de si el error es o no atribuible a la infracción de una norma de cuidado.

Por último, la inclusión del dolo en el injusto puede tener como consecuencia no sólo la diferenciación de la parte subjetiva del tipo doloso y del imprudente, sino también de la propia parte objetiva de ambas clases de tipos.

Todo ello puede conducir a poner en cuestión una separación tajante de los elementos objetivos y subjetivos del tipo de injusto. Se proseguiría, así, la evolución que inició el noekantismo y continuó el finalismo al relativizar y abandonar la contraposición de parte objetiva y parte subjetiva del delito.

Veamos por separado las distintas cuestiones enunciadas.

1. Consideremos en primer lugar la posición sistemática que corresponde a los *conocimientos y facultades individuales del sujeto* que afectan al tipo de injusto. Dado el carácter personal de estos elementos, pudiera pensarse que corresponden a la parte subjetiva del tipo. Sin embargo, me parece difícil negar que deban condicionar el tipo objetivo. Piénsese en el clásico ejemplo del sobrino que hace subir a su tío rico a un avión con la esperanza de que en él encuentre la muerte. ¿Cómo negar que la respuesta a la cuestión de si con ello realiza una acción adecuada *ex ante* para matar, depende de si el sobrino conoce o no la presencia de una bomba en el avión? No se trata sólo de que tal conocimiento condicione el sentido subjetivo de la acción, sino de que *ex ante* cualquiera considerará que hacer subir a un avión sabiendo que en él hay una bomba es una acción objetivamente adecuada para matar, mientras que no le parecerá una vía objetivamente idónea para tal fin si se desconoce la existencia de la bomba.

Claro está que si la adecuación se enjuiciase *ex post* el planteamiento podría ser otro: podría afirmarse dicha idoneidad siempre que se descubriese *a posteriori* la bomba, y considerarse que su desconocimiento sólo da lugar a un error excluyente del dolo. Pero, por una parte, ello supondría condicionar la concurrencia de la base objetiva del injusto a la situación resultante con posterioridad al momento de la prohibición, que ya sabemos que es el de la conducta. Ello se opondría a la concepción que aquí se defiende. Y, por otra parte, trasladar al ámbito del error el problema que examinamos no impediría que volviera a plantearse en términos objetivos. Aunque el error tenga naturaleza subjetiva, su valoración como vencible o invencible depende del juicio objetivo del hombre medio situado *ex ante*. Sobre esto último volveremos más abajo.



Si se descarta —como estimo obligado— el punto de vista *ex post* para decidir la parte objetiva del injusto, me pareció obligado tomar en consideración en dicha parte los conocimientos y facultades especiales del sujeto. Dejarlos, por el contrario, para la parte subjetiva del tipo, plantearía la misma dificultad insalvable con que tropiezan quienes reservan los poderes especiales del sujeto para la culpabilidad: de la misma forma que, una vez negada la concurrencia del injusto, no cabe castigar por el hecho de que exista culpabilidad (26), tampoco cabe afirmar el injusto, aunque concorra su parte subjetiva, si ha empezado por negarse su parte objetiva. Así, si en el ejemplo propuesto no se tuviese en cuenta en la parte objetiva del injusto el conocimiento especial de la existencia de una bomba, habría que negar la parte objetiva del injusto y luego no podría ya afirmarse el tipo del injusto en base solamente a su parte subjetiva. Si el injusto requiere una parte objetiva y otra subjetiva, faltará en cuanto deje de concurrir una de ambas partes. Lo mismo sucedería si no se incluyesen en la parte subjetiva del tipo de injusto las facultades individuales especiales que pueden condicionar el nivel de exigencia de la norma. Considérese el conocido ejemplo del cirujano superior a la media, capaz de usar una técnica operatoria que sólo pocos pueden utilizar. Si deja de emplearla voluntariamente y aplica otra técnica más simple, pero mucho más peligrosa, actúa antinormativamente. Si la capacidad especial del cirujano no se tomase en cuenta en la parte objetiva del tipo, habría que negar ésta —suponiendo que la técnica más simple fuera correcta para el cirujano medio—. Aunque a continuación se afirmase la parte subjetiva del tipo, no sería posible, pues, considerar concurrente el tipo (27).

En realidad, es habitual incluir en la parte objetiva del tipo elementos personales como las condiciones que requiere la ley en los autores de los delitos especiales, que, sin duda, condicionan la gravedad objetiva de la conducta (28). También el plan de ejecución del sujeto constituye un dato decisivo para decidir en qué momento da comienzo la tentativa, y ello afecta a la parte objetiva del tipo (29). La explicación de todo ello ha de verse en que una cosa es que determinados elementos psíquicos o personales condicionen la prohibición de una conducta o su mayor o menor gravedad, y otra cosa es que dichos elementos integren la parte subjetiva de la conducta prohibida. De hecho, si la conducta se concibe en el sentido aquí mantenido, con una parte interna que no da comienzo hasta que el sujeto dirige a su cuerpo una orden de movimiento, la mayoría de tales

---

(26) Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal, cit.*, p. 465.

(27) Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal, cit.*, pp. 234 y s.; SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión, cit.*, pp. 214 y s.

(28) Cfr., por ejemplo, WELZEL: *Das deutsche Strafrecht cit.*, pp. 63 y s.

(29) Cfr., por todos, FARRÉ TREPAT: *La tentativa de delito, 1986*, pp. 169 y ss.

elementos no integran la conducta prohibida. Los poderes especiales del sujeto, como sus características personales y su plan de ejecución, condicionan la valoración de la conducta, pero no integran la voluntad consciente ni su realización externa.

2. Es evidente que el error afecta a la parte subjetiva del hecho, y en la sistemática aquí recogida, que sitúa el dolo en el tipo de injusto, excluye la parte subjetiva del tipo doloso. Sin embargo, la problemática del error no acaba ahí, sino que afecta también a la parte objetiva del tipo. No en el sentido, por supuesto, de que modifique la parte objetiva del tipo doloso, que seguirá concurriendo aunque falte el dolo, sino en el sentido de que en caso de error será preciso algo más en el tipo objetivo para que siga en pie la tipicidad del hecho, a saber: que el error se deba a imprudencia, que es lo que sucede cuando el error es *vencible*. Intentaré justificar estas afirmaciones.

Si sólo se contempla el error en su significado subjetivo de ausencia de dolo, no es posible comprobar si pese al error subsiste un hecho típico. No basta para ello que concurra la parte objetiva del tipo doloso, que sin su parte subjetiva —el dolo— no sólo no da lugar al tipo doloso, sino, por sí sólo, tampoco a ningún tipo imprudente. Si esto es evidente, no lo es tanto la otra afirmación que he efectuado, la de que el carácter vencible del error, necesario para que concurra un tipo imprudente, ha de considerarse un elemento de la parte *objetiva* de dicho tipo imprudente. Es fácil admitir que la infracción del deber *objetivo* de cuidado, necesaria para que el error dé lugar a un tipo imprudente, integre la parte objetiva del mismo. Más discutible puede parecer que la vencibilidad subjetiva del error se incluya entre los elementos de la parte objetiva del tipo imprudente basado en dicho error. Pues bien, esto es lo que sostengo cuando afirmo que el carácter vencible del error es condición de la parte objetiva del tipo imprudente correspondiente, pues la vencibilidad ha de ser no sólo objetiva, sino también subjetiva (30). En favor de este planteamiento recordaré lo dicho en el número anterior respecto a las condiciones personales que afectan al tipo: su carácter subjetivo no impide que deban contemplarse en la parte objetiva del tipo. Si, como veríamos, las facultades personales del cirujano excepcional habían de elevar el deber de cuidado necesario para el tipo objetivo del hecho imprudente, las condiciones individuales de que depende la evitabilidad del error también condicionarán la parte objetiva del tipo. Me remito a los argumentos que, desde mi punto de vista, hacen necesario este planteamiento. Sólo reiteraré aquí algo que impide considerar que esta construcción pueda reputarse contradicto-

---

(30) La componente subjetiva de la vencibilidad del error se requiere expresamente por el nuevo artículo 6 bis a) del Código penal, que para decidir el carácter vencible del error obliga a atender a «las circunstancias del hecho y las personales del autor».

ria con el principio de que la parte subjetiva del hecho corresponde a la parte subjetiva del tipo: las condiciones personales de las que depende la vencibilidad del error no forman parte de la conducta típica, ni, por tanto, tampoco de su parte subjetiva, sino que constituyen elementos externos a la conducta que condicionan su sentido objetivo.

Suele admitirse que el tipo objetivo no sólo ha de comprender los elementos materiales de la parte externa de la conducta, sino también las condiciones personales, psíquicas o normativas de las que depende la concurrencia de los elementos objetivos de la conducta (31). Las consideraciones aquí efectuadas vienen a confirmarlo y a abundar en la imposibilidad de una separación tajante de lo objetivo y lo subjetivo del tipo.

3. La parte objetiva del tipo doloso puede también verse influida por la concurrencia del dolo, centro indiscutible de su parte subjetiva. No voy a referirme aquí al hecho de que el significado objetivo-externo de la conducta típica depende muchas veces de la presencia del dolo, lo que hace que en tales casos sea inimaginable la realización imprudente del hecho —piénsese, por ejemplo, en el *engaño* típico de la estafa o en la actuación violenta que exige el delito de coacciones (32)—. Esto bastaría por sí solo para relativizar la distinción de parte objetiva y parte subjetiva del tipo. Pero existe otra dificultad con que tropieza tal distinción y que querría considerar en este lugar. Se trata de la conveniencia de diferenciar la parte objetiva del tipo doloso y la parte objetiva del tipo imprudente, diferenciación que, evidentemente, supone que la presencia o ausencia de dolo no sólo condiciona el tipo subjetivo, sino también un distinto tipo objetivo.

El problema podría plantearse ya a partir del tema del error contemplado en el número anterior. Si el error puede dejar en pie la parte objetiva del tipo doloso y, no obstante, ser invencible y excluir, por tanto, la parte objetiva del tipo imprudente, es que la parte objetiva del tipo doloso no coincide con la del imprudente, sino que requiere *menos* que éste: no requiere la infracción de la norma de cuidado.

Pero existe otro aspecto del tipo objetivo que probablemente también deba plantearse de forma distinta en el tipo doloso y en el imprudente. Me refiero a la propia *imputación objetiva*. Me parece sostenible que para la imputación objetiva del hecho se exija un grado de peligro menor en ciertos casos de *intención*. Así, en el ejemplo del tirador no experto que apunta con un fusil desde una gran distan-

(31) Cfr., por ejemplo, JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*, trad. y adiciones de Derecho español de Mir Puig y Muñoz Conde, 1981, pp. 373 y s. También WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, 11.<sup>a</sup> ed., 1969, p. 63.

(32) Cfr. WELZEL: *Op. cit.*, p. 63; MIR PUIG: *El delito de coacciones en el Código penal*, en «ADPCP», 1977, pp. 290 y ss.

cia a otra persona con ánimo de matarla, aunque el riesgo de que se produzca este resultado sea mínimo, hay que considerarlo suficiente para fundamentar la imputación de la muerte en caso de que se produzca (33). A mi juicio, ello ha de basarse *no sólo* en la concurrencia de intención, sino también en que la misma se revela externamente a través de una conducta objetivamente expresiva de una dirección final homicida. Pero esto presupone que concurre la intención y, por tanto, que ésta contribuye a condicionar los presupuestos de la imputación objetiva.

Más discutible sería la cuestión de si la diferencia entre el tipo objetivo de los delitos dolosos y el de los culposos ha de llegar hasta el punto de resultar innecesaria en los primeros la comprobación de la imputación objetiva del hecho (34). Me inclino a dar respuesta negativa a esta cuestión. Por una parte, incluso en los casos de intención exteriorizada como el expuesto debe seguir exigiéndose un determinado grado, siquiera mínimo, de riesgo típicamente relevante que se realice en el hecho. Por otra parte, si en lugar de intención concurre dolo directo de segundo grado o dolo eventual, no será posible rebajar del mismo modo el nivel de riesgo exigible para la imputación del hecho.

#### IV

No es posible aquí examinar con detalle la función que corresponde a lo subjetivo en el ámbito de las *causas de justificación*, pero sí querría esbozar alguna reflexión al respecto. Por una parte, importa aludir al papel que debe jugar lo objetivo y lo subjetivo en el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Por otra parte, desearía replantear la cuestión del elemento subjetivo de justificación.

1. La teoría estricta de la culpabilidad no concede ninguna eficacia excluyente o atenuante del injusto al aspecto subjetivo representado por la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Basta, según esta teoría, la ausencia de los elementos objetivos de la justificación para que el hecho típico pueda considerarse antijurídico —y, en su caso, como constitutivo incluso de un injusto *doloso*—. Ello no deja de resultar sorprendente, si se tiene en cuenta que la teoría de la culpabilidad, formulada por Welzel, constituye una de las tesis fundamentales del finalismo. No parece muy coherente sostener, por una parte, que el injusto depende

(33) Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal*, p. 191.

(34) Cfr., en esta línea, ARMIN KAUFMANN: «Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?, en «Festschrift für Jescheck», 1985, pp. 251 y ss.

esencialmente de la finalidad del sujeto, de modo que no basta la nocividad externa del hecho para fundamentar la antijuricidad del hecho doloso, y afirmar, por otra parte, que no es precisa para el injusto doloso la voluntad de realizar un hecho no justificado, sino que basta que no concurren los requisitos objetivos de su justificación.

Una vez admitida la necesidad del dolo para el injusto doloso, lo coherente es extender dicha necesidad a *todo* el hecho antijurídico. Si el supuesto de hecho injusto requiere tanto la concurrencia del supuesto de hecho típico como la ausencia del supuesto de hecho de una causa de justificación, para que pueda considerarse doloso será preciso que la voluntad consciente del sujeto se extienda a ambas componentes del supuesto de hecho. Es cierto que la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, al no afectar al conocimiento del tipo (positivo), no puede excluir el carácter doloso de éste. Pero si el hecho injusto no requiere sólo la realización de un tipo, sino también que la misma no se halle justificada, tampoco la presencia de un tipo doloso bastará para que pueda afirmarse la presencia de un hecho injusto doloso. Además del dolo típico será preciso admitir la necesidad de un concepto de dolo más amplio que abarque también la ausencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación: el injusto doloso requerirá no sólo el dolo típico, sino la ausencia de la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación (35).

El finalismo no ha visto la posibilidad de este planteamiento porque ha partido de la consideración errónea de que la presencia o ausencia de una causa de justificación no supone la concurrencia o ausencia de elementos integrantes del *supuesto de hecho prohibido*, sino que solamente afecta a la *valoración* de dicho supuesto de hecho. Este estaría *totalmente* descrito en el tipo. Tal planteamiento es incorrecto. Pasa por alto que el *hecho* realizado sin causas de justificación no sólo merece una valoración distinta que el realizado, por ejemplo, en legítima defensa, sino que requiere la ausencia de los presupuestos *situacionales* que integran el supuesto de hecho o tipo de la legítima defensa. Si el homicidio necesario del injusto agresor no merece el juicio de antijuricidad es precisamente porque constituye un *hecho distinto* en su propia existencia fáctica al del homicidio de quien no agrede ilegítimamente. Pues bien, si la ausencia de los presupuestos del tipo de las causas de justificación integra el supuesto de hecho prohibido, será coherente con la contemplación de la parte subjetiva de la conducta en el injusto el considerar que el desconocimiento de la ausencia de los elementos objetivos de una causa de justificación impide que pueda considerarse *completa* la parte subjeti-

---

(35) Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal, cit.*, pp. 198 y s.

va del hecho injusto doloso —aunque se admita, como he dicho más arriba, que ello no impide la subsistencia del carácter doloso del tipo—.

2. Tampoco es coherente el planteamiento finalista que, al tiempo que sostiene la teoría estricta de la culpabilidad, exige para la justificación la presencia del *elemento subjetivo de justificación*. Si la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación se considera —como aquella teoría— un error de prohibición, el error inverso consistente en desconocer la efectiva concurrencia de aquellos presupuestos debería considerarse constitutivo de un delito putativo impune (36). No sólo no hace esto el finalismo ortodoxo, sino que considera suficiente la intención antijurídica para considerar concurrente el pleno injusto del delito consumado. Mientras que no atribuye *ningún* papel en el injusto a la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, el finalismo ortodoxo considera *suficiente* la creencia de realizar un hecho no justificado para sostener su plena antijuridicidad.

Más defendible puede resultar el planteamiento contrario: mantener la necesidad del conocimiento de la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación para el injusto doloso y discutir, en cambio, la exigencia del elemento subjetivo de justificación. Mientras que no es posible admitir un hecho doloso sin que el mismo sea conocido (en todos sus elementos esenciales) por el sujeto, se acepta generalmente que la concurrencia de voluntad criminal no impide la impunidad de la tentativa irreal. Aquí quiero sugerir la hipótesis de que la actuación con desconocimiento de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación se produzca en las condiciones propias de una tentativa irreal: supóngase que ante la situación que conoce el sujeto todo el mundo hubiera advertido la concurrencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación.

Pero antes de entrar en el análisis de este supuesto, conviene remontarse a las bases del problema. Si, como suele admitirse, se consideran relevantes tanto el desvalor de acción como el de resultado, es coherente entender que si resulta excluido éste —lo que sucede cuando, pese a faltar el elemento subjetivo de justificación, concurren los presupuestos objetivos de ésta— no concurre *completo* el hecho pretendido. La opinión contraria del finalismo, que desconoce la ausencia del desvalor del resultado apreciando un hecho consumado completo, sólo podría mantenerse si se reputase innecesario para el mismo dicho desvalor del resultado. Aunque creo que el desvalor del resultado no puede afectar al injusto, sí pienso que debe condicionar la punibilidad del hecho y, por tanto, su relevancia jurídico-penal. Así interpreto la exigencia del desvalor de resultado por parte del Derecho positivo para el delito consumado. De la misma forma que

---

(36) Ver ELENA FARRÉ: *La tentativa de delito*, 1986, pp. 445 y s., 447.

el resultado típico es necesario para la consumación del tipo penal, la valoración positiva del resultado que tiene lugar cuando concurren los elementos objetivos de una causa de justificación impide que el tipo penal dé lugar a un pleno injusto penal correspondiente. Comparto, pues, la opinión dominante que considera necesario rebajar la pena aplicable cuando, pese a concurrir desvalor de la acción, falta el desvalor del resultado por la presencia de los elementos objetivos de justificación. En Derecho español es posible, para ello, apreciar en estos casos una eximente incompleta (artículo 9.1 del Código penal) (37). Al mismo resultado llega la doctrina alemana mayoritaria estimando que la falta de desvalor de resultado da lugar a una situación materialmente coincidente con la que se produce cuando el tipo no llega a consumarse y que procede, por tanto (siquiera por analogía) la atenuación propia de la tentativa (38). Pero todo ello presupone que subsista el necesario desvalor de la acción. La cuestión que deseo plantear aquí es, precisamente, si la falta del elemento subjetivo de justificación *basta por sí sola* para la subsistencia del desvalor de la acción necesario para el injusto.

La respuesta deberá ser, evidentemente, afirmativa para quien considere que el desvalor de la acción necesario para el injusto es desvalor de la parte subjetiva de la conducta. No es éste mi punto de vista. Lo injusto de la acción procede de la peligrosidad *ex ante* de su completa realización objetivo-subjetiva. No basta para la prohibición de una conducta que se deba a una voluntad dirigida a lo que cree constituir una lesión del Derecho. Es preciso que la voluntad persiga una realización externa que *ex ante*, efectivamente, desea evitar el Derecho —lo que es independientemente de que ello se consiga o no *ex post*—. De ahí que no deba considerarse antijurídica la tentativa irreal, a pesar de que supone una voluntad que en sí misma podría considerarse contraria al Derecho. Esta voluntad también concu-

---

(37) Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal*, p. 360. En contra de mi propuesta, MAQUEDA ABREU: *Los elementos subjetivos de justificación*, en «La Ley», 11 de mayo de 1984, pp. 7 y s., subestimando la importancia que en mi concepción del delito corresponde al desvalor del resultado, que si no afecta al injusto, sí condiciona su relevancia penal, decisiva tanto como el injusto para el Derecho penal; CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*, 3.<sup>a</sup> ed., 1985, pp. 413 y s.

(38) Cfr., por todos, JESCHECK: *Tratado*, p. 449. FARRÉ TREPAT: *La tentativa*, cit., p. 449. En España acoge este tratamiento un sector doctrinal representado, por ejemplo, por autores como GIMBERNAT: *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, 1979, p. 51; HUERTA TOCILDO: *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1984, pp. 121 y ss. En el mismo sentido, pero sólo para los casos en que el Derecho vigente exige expresamente un elemento subjetivo de justificación (pues cree que en los demás bastará para la plena justificación la concurrencia de elementos objetivos), RODRÍGUEZ MOURULLO: *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, 1976, pp. 51 y ss.; y *Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad*, en «Libro Homenaje al Profesor J. Antón Oneca», 1982, pp. 517 y ss.

re en la tentativa inidónea punible, pero ésta ha de diferenciarse, precisamente, de la tentativa irreal por el hecho de que en ella ha de existir peligrosidad *ex ante*, peligrosidad que ha de faltar en la tentativa irreal (39).

Ahora bien, el juicio de pronóstico *ex ante* que permite decidir la presencia o ausencia de peligrosidad en el momento de acometer el intento, ha de efectuarse atendiendo al conocimiento de la situación de que dispone el sujeto. Así, por ejemplo, quien por el nerviosismo propio de la situación toma equivocadamente un frasco de una sustancia inocua en lugar del contiguo que contiene veneno, realiza una tentativa inidónea punible si trata de envenenar a otro, porque en este caso es peligroso *ex ante* administrar una sustancia que si, efectivamente, fuese la que se cree, sería mortal. Es evidente, en cambio, que si el sujeto conoce la verdadera naturaleza de la sustancia, no habrá peligro alguno, y sólo una tentativa irreal impune, si intenta absurdamente envenenar con la misma. Del mismo modo, cometerá tentativa inidónea punible quien aprieta el gatillo de una pistola que equivocadamente cree cargada, mientras que el intento será impune si el sujeto sabe que el arma está descargada, pero espera, sin base racional alguna, que pese a todo su acción causará la muerte de otra persona. El conocimiento de la situación que tiene el sujeto es relevante, pues, para decidir la peligrosidad *ex ante* de una acción.

Aplicando esta observación al caso de desconocimiento de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, se advertirá que dicho desconocimiento permitirá *casi siempre* afirmar la peligrosidad *ex ante* necesaria para la subsistencia del desvalor de la acción. Normalmente, podrá decirse que cualquier persona racional que desconociese, por ejemplo, la concurrencia de una de las indicaciones justificantes de la interrupción del embarazo, efectúa una conducta que *ex ante* corre un peligro serio de realizar el tipo negativo del delito de aborto. Pero ello *no siempre* ha de ser así. Hay que admitir la posibilidad —siquiera sea excepcional, como todas las de tentativa irreal—, de que el desconocimiento de los presupuestos objetivos de una causa de justificación no baste para afirmar la necesaria peligrosidad *ex ante*. Así, por ejemplo, cuando el sujeto no toma en serio, en absoluto, una amenaza de agresión actual que, por su contexto, cualquier persona racional consideraría que exige una defensa urgente, y pese a ello el sujeto amenazado efectúa lo que cree una agresión cuando en realidad constituía una defensa absolutamente necesaria. Hay aquí, como en los casos usuales de tentativa irreal, un *pronóstico* que ha de considerarse irracional a la vista de los datos de que disponía el sujeto. Hay que rechazar una posible interpretación de casos como éste, en el sentido de que en realidad no faltase

---

(39) Cfr. MIR PUIG: *Función*, p. 69.



en ellos el conocimiento de los elementos objetivos de la justificación, sino que se diese únicamente una *valoración equivocada*, dando lugar a una forma de error de subsunción al revés irrelevante. Esta interpretación conduciría por otra vía a la misma conclusión de justificación del hecho, pues supondría que existen tanto los elementos objetivos como los subjetivos de justificación que suelen requerirse. Sin embargo, en el caso examinado, el sujeto interpreta de tal forma la situación que conoce, que no sólo la valora de forma equivocada, sino que cree que dará lugar a unos *hechos* futuros distintos a los que cabe racionalmente imaginar. Se trata de un juicio de predicción de hechos (40), no sólo de una calificación errónea como la que caracteriza a los casos de error de subsunción. Ahora bien, evidentemente, no cabe descartar que en casos distintos el error se limite a la valoración jurídica y deba tratarse como error de subsunción al revés.

Pero aun cuando no sea así y no pueda estimarse irrelevante el error por implicar un pronóstico fáctico que excluya el conocimiento de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, deberá admitirse la misma conclusión de impunidad si, ante los datos que conoce el sujeto, nadie mínimamente racional dudaría de la presencia de la situación objetiva de justificación. No podrá formularse entonces el juicio de peligrosidad *ex ante*, que es imprescindible para que sea necesaria la prohibición del hecho y faltará, por tanto, el injusto.

Ello supone admitir que no es preciso *siempre* el conocimiento completo de los presupuestos objetivos de la justificación para que ésta tenga lugar. Pero ello no significa que no sea preciso ningún elemento subjetivo para la justificación. Serán necesarios aquellos conocimientos de los que depende que pueda formularse por un espectador objetivo el necesario juicio de peligrosidad *ex ante*. Normalmente, será preciso para ello el conocimiento completo de la situación, pero incluso en casos como el expuesto en que ello no es necesario, sí debiera seguir exigiéndose que el sujeto cuente con el conocimiento, siquiera parcial, que permitiría al espectador imaginario considerar existente el peligro *ex ante*.

---

(40) Como el pronóstico subjetivo del que depende que pueda afirmarse dolo eventual o culpa consciente ante una misma situación conocida por el sujeto, y que permite hablar de error que descarta el dolo eventual y da lugar a culpa consciente cuando supone que el sujeto descarta que vaya a producirse en su caso la realización del hecho. Cfr. MIR PUIG: *Derecho penal*, p. 206; KINDHAUSER; *ZStW* 96 (1984), p. 26; CORCOY BIDASOLO: *ADPCP*, 1985, p. 971.



# La prevención especial como límite de la pena

ENRIQUE CURY URZUA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Católica de Chile

## I

Aunque todos saben que la teoría de la prevención especial tiene antecedentes remotos, lo cierto es que cuando en la actualidad se habla de ella generalmente se piensa en la formulada por Liszt (1). Ese es el punto de vista al que se adhieren fundamentalmente los partidarios de la concepción, y ese también al que dirigen las críticas de sus adversarios. Así pues, en una contribución al tema uno puede partir de él asumiendo que goza de reconocimiento generalizado.

En contraste con la teoría retributiva clásica, para Liszt la pena no se justifica a sí misma (2). Por el contrario, es sólo un medio para el logro de un fin (3). El objetivo de la pena es la *prevención*, es decir, evitar, hasta donde sea posible, la comisión de otros delitos. Esta finalidad debe alcanzarla preferentemente mediante la *resocialización* del sujeto que delinquiró, esto es, actuando sobre él para que en lo sucesivo reconozca y respete los bienes jurídicos. Cuando ello no es posible, al autor hay que segregarlo del grupo social a fin de impedir nuevos ataques (4). Impulsado en parte por la coherencia en su pensamiento y, en parte, por las convicciones culturales de su tiempo, Liszt acepta, para satisfacer este último objetivo, la reclusión perpetua y la pena de muerte (5), pero hoy casi todos están de acuerdo

---

(1) FRANZ VON LISZT: *La idea de fin en el Derecho penal*, traducción de Enrique Aimone Gibson, revisión técnica y prólogo por Manuel de Rivacoba, Edeval, 1984. En esta obra de Liszt, publicada originalmente en 1882 bajo el título *Programa de Marburgo*, se exponen sus ideas principales sobre el tema relativo al fin de la pena.

(2) Los argumentos de Liszt contra las teorías absolutas se derivan de un análisis de la historia de la pena privativa como «acción instintiva». Véase, especialmente, *op. cit.*, II, 3, pp. 75 y ss.

(3) LISZT: *Op. cit.*, IV, p. 106: «Sólo la pena necesaria es justa. La pena es, a nuestro juicio, medio para un fin».

(4) LISZT: *Op. cit.*, V, 1, p. 112: «Corrección, intimidación, neutralización: éstos son, pues, los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos».

(5) LISZT: *Op. cit.*, V, 2, pp. 115 y ss.

en que no debe atribuirse a esas conclusiones una importancia exagerada en la valoración de sus ideas (6).

La teoría de Liszt expresó, mejor o por lo menos con más éxito que cualquiera otra, los procesos ideológicos y culturales que se desarrollaban en Europa a fines del siglo pasado. Por tal motivo, constituyó un «salto adelante» respecto de los criterios que predominaban en el Derecho penal del período anterior. Su mérito principal fue introducir la consideración del hombre concreto en la apreciación jurídica del hecho punible, poniendo en evidencia la esterilidad de un sistema penal fundado en abstracciones idealistas y reclamando la instrumentalización de la sanción punitiva para fines sociales. La caracterizaron, además, la inserción de estas consideraciones en un sistema cuya fortaleza lógica ha prevalecido hasta ahora, y la prudencia con que evitó exagerar las consecuencias de sus puntos de partida. Así, después de un lapso históricamente breve en que las vicisitudes políticas la relegaron a un plano secundario —sin prescindir tampoco de ella por completo— su criterio ha retomado un puesto de primer rango en las concepciones penales centroeuropeas (7). Por otra parte, nunca perdió su fuerza expansiva en Latinoamérica y, aun cuando por cauces más pragmáticos, ajenos al pensamiento de Liszt y sus discípulos, se desarrolló constantemente en la práctica penal de los Estados Unidos.

Simultáneamente, sin embargo, la prevención especial es objeto de un conjunto de críticas severas, que proceden tanto de concepciones conservadoras como de corrientes liberales y radicales.

## II

En primer lugar, siempre se le ha objetado que el Derecho penal preventivo especial no está en condiciones de garantizar apropiadamente los derechos del inculcado frente a los abusos de la autoridad. Si la pena se impone para resocializar al sujeto, su duración y la intensidad de sus efectos deben graduarse teniendo en cuenta ese objetivo y, por consiguiente, no pueden determinarse ni ser proporcionadas a la gravedad del hecho injusto cometido por el sujeto (8). Esto implica un deslizamiento hacia el «derecho penal de autor», que

---

(6) CLAUS ROXIN: *Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo*, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, en «Problemas básicos del Derecho penal», Reus, S. A., Madrid, 1976, 3, b), pp. 66 y ss. MANUEL DE RIVACOBRA: *Franz von Liszt y el «Problema de Marburgo»*, prólogo a la *op. cit.* de Liszt, p. 24.

(7) Lo destaca en forma especial y pormenorizada ROXIN: *Op. cit., passim*. Asimismo, vease JIMÉNEZ DE ASÚA: *La vuelta de von Liszt*, incluido en LISZT: *Op. cit.*, pp. 29 y ss.

(8) ROXIN: *Sentido y límites de la pena estatal*, en «Problemas básicos del Derecho penal», *cit.*, A, II, 1, p. 16: «La idea de prevención especial tampoco posibilita

en sí no es objetable. Pero como, por otra parte, los pronósticos sobre la resocialización del afectado son inseguros —y hasta el concepto mismo de la resocialización es impreciso (9)— en la práctica todo ello se presta para arbitrariedades: si se quiere evitar que los disidentes se reincorporen a la convivencia y creen problemas a quienes detentan el poder, basta con declarar que no se encuentran preparados para hacerlo o, simplemente, que son irrecuperables. Dado que no existen patrones objetivos firmes con los cuales contrastar esas decisiones, tampoco puede impugnárselas con perspectivas de éxito (10).

También es clásica la crítica de que en el caso de delitos «irrepetibles» la teoría de la prevención especial no puede justificar la imposición de una pena y debería abstenerse de ella. Cuando un delincuente especializado en robos con escalamiento cae de un muro y queda inválido después de cometer muchos de esos delitos, resultaría absurdo someterlo a una pena resocializadora, pues, atendidas las circunstancias, ya no podrá reincidir en los hechos punibles que solía perpetrar (11). Como ejemplo espectacular se cita el de los grandes criminales de guerra nacionalsocialistas. Cuando ellos lograron eludir en principio la persecución penal, se transformaron en pacíficos e inofensivos ciudadanos; y como, por otra parte, no existía posibilidad de que recuperaran el poder y pudieran cometer otra vez las atrocidades de que se los acusaba, era injustificado imponerles una sanción resocializadora que ya resultaba inútil (12).

Esta última objeción presupone, en verdad, una posición favorable a la función retributiva de la pena. Desde ella apela al escándalo social que implicaría la impunidad de los autores en las situaciones descritas. Pero es realista, pues es cierto que prescindir de la pena en tales casos conmovría desfavorablemente a la opinión pública, debido, precisamente, a que éste reacciona frente al delito con una mentalidad que se enraiza en criterios vindicativos, y a partir de ellos exige retribución.

En todo caso, la teoría de la prevención especial retrocedió frente a estos reparos, sobre todo, después de que los autoritarismos le tomaron la palabra, asilándose en sus concepciones para perseguir a quienes se les oponían y cometer todo género de tropelías. La reac-

---

delimitación temporal alguna de la intervención estatal mediante penas fijas, sino que consecuentemente debería perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, incluso aunque su duración sea indefinida».

(9) WINFRIED HASSEMER: *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, 26, II, p. 355.

(10) ROXIN: *Op. y loc. cit.* nota 8.

(11) Véase un ejemplo semejante en ROXIN: *Iniciación al Derecho penal de hoy*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Diego Manuel Luzón Peña, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981, 1.ª parte, III, p. 41.

(12) ROXIN: *Sentido y límites de la pena estatal*, cit., A, II, 2, p. 16.

ción la indujo a una especie de compromiso con las otras teorías de la pena, en particular la retributiva. De acuerdo con esa solución, la pena debe ser proporcionada al injusto de cada delito, y su determinación en el caso concreto se efectúa de acuerdo a la culpabilidad (reprochabilidad) del autor. La prevención especial tiene lugar durante el período de ejecución de la sanción —especialmente, la privativa de libertad— y a través de un sistema de medidas alternativas (medidas de seguridad y protección) sin carácter punitivo, lo que ha dado origen a un «derecho penal de doble vía» (13). Pero tampoco esta fórmula de arreglo ha quedado a salvo de objeciones.

Por de pronto, las críticas afectan a las medidas de seguridad y corrección. Algunas de ellas, que implican privación de la libertad, no se diferencian en nada de una pena y su imposición con arreglo a criterios de oportunidad se presta para abusos tan graves como los que podían cometerse con aquélla o incluso peores. Todas implican invasiones severas en la esfera de derechos del afectado que, además, se acompañan con recursos de presión perturbadores sobre la estructura de su personalidad. Los resultados obtenidos son pobres y, lo que es peor, deformantes. En la práctica las medidas se han transformado en una amenaza más temible que la pena para la libertad de los individuos, que se encuentran ante ella particularmente indefensos. La trágica realidad del tratamiento de menores y de enfermos mentales —especialmente en países no desarrollados como los nuestros— constituye por sí sola un alegato en contra de la justificación de la doble vía. El castigo y el tratamiento se han confundido pero, además, la imposición de este último carece de garantías y límites (14). Si para corregirlo se introduce en el sistema una exigencia de proporcionalidad entre la naturaleza y duración de la medida y el injusto del hecho, se produce una distorsión inexplicable desde el punto de vista de la prevención especial.

Por lo que se refiere a la posible función resocializadora de la ejecución, la experiencia demuestra que sus posibilidades de éxito son inexistentes. La privación de libertad, a la que se vincula primordialmente, es por naturaleza «desocializadora», tanto más cuando se la ejecuta en condiciones deficientes, como ocurre en la mayor parte del mundo (15). Aun prescindiendo de esto último, el encierro provoca consecuencias negativas en la personalidad del sujeto, desarraigándolo del medio y dificultando su reacomodación en él. Los tratamien-

---

(13) Una descripción sintética y exacta del compromiso se encuentra en HANS-HEINRICH JESCHEK: *Tratado de Derecho penal, Parte General*, traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, I, 1, II, 3, p. 1.

(14) Sobre todo lo expuesto en este párrafo, véase MUÑOZ CONDE: *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, III, 4, pp. 58 y ss.

(15) Véase, en general, sobre el tema, MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, IV, pp. 89 y ss.

tos impuestos coactivamente fracasan. Los progresos efectuados por el recluso en la convivencia carcelaria no coinciden, por regla general, con los que lo habilitan para desenvolverse en el medio social libre. Para congraciarse con los integrantes de la administración penitenciaria, algunos reclusos adoptan una actitud conformista y dependiente que no es apropiada para enfrentarse a los requerimientos de la convivencia en condiciones normales, pues los individuos con esas características parecen ser particularmente proclives a la reincidencia. En todos los casos la incorporación a la subcultura carcelaria ocasiona resultados devastadores en la personalidad de los internos. Aun prescindiendo de todo esto, el solo hecho de vivir por un tiempo prolongado en espacios cerrados desarrolla en los individuos la necesidad de limitaciones espaciales que les provoca ansiedad cuando recuperan la libertad. La idea de resocializar en un establecimiento penal es, pues, una contradicción semejante a la de rehabilitar a un inválido sin permitirle abandonar su lecho. Por eso, no es extraño que las experiencias realizadas no sean fructuosas, a pesar de los esfuerzos desplegados y el dinero invertido en algunos países desarrollados. Los índices de reincidencia siguen siendo alarmantes aún entre los egresados de las instituciones penitenciarias mejor organizadas y dotadas.

Además, incluso cuando se lo relega al período de ejecución, el tratamiento resocializador puede conllevar violaciones incontrolables de los derechos del recluso. La intervención coactiva en su personalidad crea siempre el riesgo de sufrimiento terribles y puede conducir a deformaciones aún peores que las combatidas. De hecho, ni siquiera puede saberse con mediana certeza cuáles serán sus resultados y, dadas las condiciones desfavorables en que se la ejecuta, lo más probable es que sean insatisfactorios. Pero lo peor de todo es que tampoco estamos en condiciones de precisar cuál sería el objetivo deseable de la resocialización pretendida.

Esto último se vincula a objeciones más profundas presentadas contra la teoría de la prevención especial por autores de tendencias radicales, las cuales no sólo afectan a su practicabilidad, sino también a sus fundamentos. Se refieren al tipo de resocialización perseguido por la pena preventivo especial. Puesto que la sociedad está organizada de manera injusta, la resocialización a que aspira tiene por objeto obtener la adhesión conformista de quienes se rebelan contra ella a ese orden arbitrario destinado a servir los intereses de una minoría dominante. Desde este punto de vista la teoría de la prevención especial aparece como un instrumento ingenioso elaborado por la burguesía emergente de la revolución industrial para perpetuar su poder hegemónico. Los valores que se intenta reforzar con ella son aquellos en los cuales la clase privilegiada asienta su dominio sobre las mayorías sojuzgadas. La crítica alcanza, así, a los objetivos de la resocialización; por lo menos en el contexto de la sociedad capitalista burguesa, pues la mayoría de quienes sostienen este criterio abriga la

esperanza de que un cambio radical en las relaciones de producción permitiría encontrar el camino hacia la socialización auténtica de los hombres.

Puede prescindirse de las connotaciones ideológicas de la objeción, y disentirse de los supuestos científicos en que la fundan sus sostenedores ortodoxos. Aún así, conserva fuerza. Por las razones que se quiera, la sociedad en que vivimos es sumamente imperfecta y su organización está plagada de injusticias y desigualdades indefendibles (16). Es verdad, también, que muchos de los delitos consagrados por la ley atentan en contra de intereses subordinados de grupos privilegiados y se cometen generalmente por los integrantes de las clases más desfavorecidas; en cambio, se contemplan con indiferencia benevolente conductas que causan grandes daños a toda la comunidad o lesionan bienes jurídicos de primer rango, y que son perpetradas por quienes detentan poder político, económico y bélico (17). Muchos individuos que concitan el respeto y la admiración de sus conciudadanos han conquistado su posición social mediante manobras gravemente inmorales y perjudiciales para la paz social. Entretanto, las cárceles están pobladas por miserables que en toda su vida no han hurtado, robado o estafado ni siquiera lo necesario para asegurar el sustento diario, o que han expresado su rebeldía impotente en riñas de bar absurdas, en las que han herido o muerto a otros infelices como ellos. Los grandes asesinos y los violadores incontrolables son pocos y casi todos fueron deformados por las circunstancias desfavorables en que se han desarrollado sus vidas. ¿Cómo puede esta sociedad aspirar a reconquistar la adhesión de los que se rebelaron contra sus normas, coaccionándolos para que hagan suyos los valores casi indefendibles sobre los que se encuentra erigida? ¿No es la desocialización de los delincuentes una consecuencia previsible de la organización social que pretende ahora tan sólo reeducarlos en la conformidad? Las bases deterministas sobre las cuales descansa la teoría de la prevención especial, ahondan de manera insalvable esta contradicción entre la realidad y sus objetivos.

---

(16) Véase, entre lo más reciente, ALESSANDRE BARATTA: *Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal*, en «Nuevo Foro Penal», núm. 34, Temis, Bogotá, 1986, pp. 421 y ss. EMILIO GARCÍA MÉNDEZ: *La dimensión política del abolicionismo*, en «Nuevo Foro Penal», núm. 32, Temis, Bogotá, 1986, pp. 178 y ss. LOLITA ANIYAR DE CASTRO: *Prevención del delito y medios de comunicación: entre la vaguedad y lo imposible*, en «Derecho Penal y Criminología», vol. IX, núms. 32 y 33, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1987, pp. 115 y ss. Para una visión sintética y comprensiva consúltese MUÑOZ CONDE: *Derecho penal y control social*, cit., II, 3 y ss., pp. 41 y ss.

(17) En este sentido, JUAN BUSTOS: *Estado actual de la teoría de la pena*, en «Bases críticas de un nuevo Derecho penal», Temis, Bogotá, 1982, p. 170.



## III

¿Qué queda de la teoría de la prevención especial después de estas críticas? ¿Debemos renunciar a ella del todo? ¿Es el propósito de «mejorar» al que ha cometido un delito una utopía o, peor aún, una manifestación de hipocresía social que hay que desenmascarar, prescindiendo explícitamente de ella?

Aunque parezca curioso, nadie llega hasta estos límites en sus conclusiones. Algunos, aunque parecen desembarazarse de los fines preventivo especiales, los transfieren en realidad a otra función de la pena. En mi opinión, eso ocurre en parte con la concepción preventivo general positiva fundada en la motivación, elaborada por Gimbernat (18) y acogida expresamente por Muñoz Conde (19); pues si la aplicación de la sanción penal tiene por objeto motivar al sujeto —y a los otros participantes en la convivencia— para formar en él una actitud de respeto a los bienes jurídicos más importantes, ella involucra un intento de «mejorarlo» desde las valoraciones sociales vigentes. Otros suponen que la prevención especial es incumplible e indeseable en la sociedad occidental del presente, pero confían en que un cambio de sus estructuras conduciría a una situación en la que sería posible y digna de aprobación (20). Los hay para quienes el sistema punitivo en su totalidad debiera desaparecer, entre otras razones, a causa de su inutilidad comprobada para satisfacer finalidades de prevención especial (21). La mayoría se abstiene de hacer juicios radicales, contentándose con proponer correcciones y limitaciones.

¿Qué es lo que permanece de la teoría de la prevención especial y parece ponerla a salvo de ser excluida definitivamente de entre los fines de la pena? ¿Cuál es su verdad y la razón de su capacidad de supervivencia a las críticas? ¿Cuáles son sus verdaderas posibilidades de contribuir a la pacificación de la convivencia? Las reflexiones que siguen procuran dar una respuesta a estas interrogantes.

## IV

Lo primero que debe intentarse para aclarar el problema es precisar algo más el concepto de *resocialización*.

(18) ENRIQUE GIMBERNAT ORDREIG: *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, Temis, Bogotá, 1983, II, 2, pp. 11 y ss.

(19) MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, II, 1, pp. 32 y ss. Una visión diferente de la *prevención general positiva* presenta HASSEMER: *Fundamentos del Derecho penal, op. cit.*, 27, III, p. 391 y ss., pero véase la nota del traductor en pp. 393 y 394.

(20) Una exposición sobre distintos criterios que se orientan en este sentido puede encontrarse en BUSTOS: *Pena y Estado*, en «Bases críticas de un nuevo Derecho penal», *cit.*, I, pp. 113 y ss.

(21) LOUK HULSMAN: *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*, traducción de Sergio Politoff, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1984, *passim*. Hay que atribuir también especial importancia al hermoso postfacio del traductor, en pp. 131 y ss.

Esta es una idea que envuelve un cierto prejuicio. En efecto, «resocializar» es «volver-a-socializar»; por consiguiente, presupone la idea de una socialización *adecuada* preexistente, y algo así como un momento en que el sujeto la ha perdido, por lo cual hay que ayudarlo a recuperarla. Visto de este modo, el concepto es incorrecto o, cuando menos, discutible.

Si entendemos por *socialización* la forma en que el individuo resuelve los problemas que le plantea la relación con los otros participantes en la convivencia y con la sociedad como un todo, es preciso aceptar que todo integrante del grupo social se encuentra socializado de alguna manera. Pero esto no significa que su modo de socialización sea *adecuado*.

La cuestión es particularmente difícil por varias razones. La primera, porque la «adecuación» implica un juicio de valor que está sometido a todas las vicisitudes consiguientes. Dentro de una misma estructura social puede no coincidir lo que unos y otros intervinientes en esa convivencia consideran como la forma apropiada de relacionarse entre sí. Pero, además, en una sociedad cualquiera coexisten estructuras sociales muy diferentes, que enjuician de manera distinta la propiedad de las relaciones de sus integrantes entre sí, de cada uno de ellos con los pertenecientes a otro conglomerado y de la estructura como un todo con las otras que en conjunto configuran esa sociedad en general. El delincuente profesional, por ejemplo —y no todos ellos por igual— está socializado de una cierta manera que puede ser la más correcta para la estructura social delictual de que forma parte, y la más criticable, no sólo para los miembros de la sociedad que permanecen fuera de cualquier grupo criminal, sino, incluso, para los que participan de otro. En los establecimientos penitenciarios esta realidad origina centros de socialización perfectamente diferenciados, que obedecen a códigos éticos contrastantes, se organizan de manera distinta y suelen enfrentarse en forma ostentosa. Pero si eso ocurre ahí, es aún más perceptible en la sociedad de los «ciudadanos honestos», en donde desde el lenguaje, la vestimenta y los hábitos sociales, hasta los intereses, las expectativas y las concepciones éticas y estéticas varían de manera sustancial.

Estos hechos, familiares para la mayoría de los criminólogos contemporáneos, demuestran que tras el error envuelto en el concepto de resocialización se esconde más que una incorrección formal. La tarea que la teoría de la prevención especial pretende confiar a la pena no es la resocialización de un sujeto que se ha «desviado» de un camino nítidamente demarcado y al cual hay que hacerlo regresar, sino una modificación total de su socialización originaria, a la que se juzga inapropiada. De acuerdo con este punto de vista el afectado

no solamente tiene que «volver al camino» del cual se apartó; debe cambiar de ruta, iniciando el viaje nuevamente; la pena penal tiene que socializarlo de una manera distinta a como lo estaba, comenzando desde el principio.

No obstante, las reservas que existen sobre el punto, puede concederse que existen unas formas básicas de socialización más adecuadas que otras y que, sin exigir al individuo acatar todos los modos de relacionarse con el grupo social impuestos por la cultura o ideología dominante, es posible y deseable obtener que respete algunos más elementales, es decir, aquellos que son vistos de manera general como *condiciones de posibilidad del vivir juntos (del convivir)*. El respeto a la vida, a la libertad y a la dignidad del hombre, la tolerancia o la solidaridad, son actitudes sociales que todos queremos encontrar en la vida comunitaria —aunque no siempre seamos capaces de observarlas ni sepamos cómo hacerlo, porque nos damos cuenta de que sin ellas el destino mismo de la humanidad es incierto. Así, pues, quizá pueda convenirse en que existe una socialización fundamental a la cual se considera apropiada uniformemente o, cuando menos, por una inmensa mayoría de los hombres. Entonces, si la teoría de la prevención especial sólo se propone obtener que el autor del delito adquiera esta socialización primaria, parecería que no se la puede objetar; e, incluso, semejante aspiración coincidiría con el principio de «ultima ratio» que actualmente es prevalente en la doctrina (22). Pero una conclusión como ésta supone una apreciación superficial del asunto.

El problema de fondo radica en que, cuando se le atribuye a la pena la finalidad de modificar la forma en que el delincuente se relaciona con la sociedad —esto es, de socializarlo correctamente— se le está transfiriendo, en el momento más inoportuno y las condiciones más inconvenientes, una responsabilidad que no sólo es inidónea para asumir, sino que, además, se sustrae de ese modo a las instituciones que verdaderamente están obligadas a cumplirla. Se deposita en la pena la función de socializar adecuadamente al autor de un delito, con la misma liviandad del padre que no supo ni quiso educar a su hijo y, cuando ya no soporta las travesuras del chico, pretende corregirlo a golpes.

---

(22) Así, GIMBERNAT: *Op. cit.*, II, 3, pp. 13 y ss. MUÑOZ CONDE: *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, II, A, pp. 51 y ss. ROXIN: *Sentido y límites de la pena estatal*, cit., B, 1, pp. 21 y 22; e *Iniciación al Derecho penal de hoy*, cit., p. 31. BUSTOS: *Pena y Estado*, cit., 2, p. 149. GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho penal, Parte General*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1978, I, 2, pp. 20 y ss. SANTIAGO MIR PUIG: *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 124 y ss. CURY: *Derecho penal, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 1982, I, 2, IV, p. 41, por no mencionar sino algunos.

La obtención de una socialización primaria apropiada es, en efecto, una tarea que debe ser asumida por otras instancias de control social, como las educativas, las éticas, las religiosas, las de asistencia social o las laborales. Si éstas consiguieran, ante todo, racionalizar su acción, democratizando sus expectativas y si, además, hicieran un esfuerzo serio y sostenido por cumplir su cometido con inteligencia y tolerancia, destinándole los recursos y el tiempo necesarios, es posible que obtuvieran más éxito que en el presente. Lo que ocurre en la práctica, en cambio, es que esas instancias funcionan de manera atrabiliaria y selectiva, favoreciendo intereses y estigmatizando a determinados sectores de la sociedad. Con frecuencia no son consecuentes con los modelos de conducta que favorecen explícitamente, y observan complacientes los quebrantamientos que proceden de quienes ocupan posiciones privilegiadas. En el marco de esta situación, el delito —incluso en sus formas verdaderamente graves que, por razones de «ultima ratio», debieran ser quizá las únicas a considerar— se transforma en un acto de deformación, ignorancia o rebeldía consciente o inconsciente, en la cual la co-responsabilidad de la propia sociedad se encuentra actualmente reconocida por casi todo el mundo. La de-socialización, entendida como socialización primaria defectuosa, se presenta entonces como una consecuencia de la ineptitud y desorientación de las instancias de control social distintas de la pena para evitarla, y el acto criminal como un fracaso de la organización social justa y liberadora a la cual todos tienen derecho a aspirar. En tales circunstancias constituye una utopía —por decir lo menos— pretender que la pena asuma la función de realizar la tarea que los restantes instrumentos de socialización fueron incapaces de cumplir.

Esto último parece claro si se considera que, como quiera se la conciba, la pena es una reacción social que implica el empleo de *violencia* para irrumpir en la esfera de derechos del afectado por ella (23). Ahora bien, la violencia no es un recurso socializador apropiado y, sobre todo, no para obtener una socialización primaria fundada en valores como la tolerancia, la solidaridad y los otros cuyo papel primordial hemos destacado más arriba. La teoría de la prevención especial intenta soslayar esta realidad mediante la proposición de sustituir las penas y, principalmente, sus formas de ejecución, por otras a las que atribuye cierta eficacia modeladora de la personalidad del sujeto. Pero, aparte de que las metas perseguidas son sospechosas, porque se orientan a eliminar los *síntomas incómodos* para la cultura dominante, con eso sólo se oculta la coactividad de los procedimientos que se están empleando, la segregación y estigmatización que implican y el sufrimiento que consiguientemente provocan. Por esto, la asignación a la pena de tales cometidos termina causando la impre-

---

(23) MUÑOZ CONDE: *Derecho penal y control social*, cit., I, pp. 14 y 15.

sión de ser sólo una manera mediante la cual la sociedad se libera de los sentimientos de culpabilidad que le provoca la evidencia de su fracaso y de la responsabilidad que le cabe en él.

Un análisis desapasionado de esta situación lleva a concluir que la pena, por su naturaleza, las circunstancias y el momento en que se la llama a intervenir, sólo puede tener por objetivo la prevención general; esto es, el reforzamiento de la vigencia de los bienes jurídicos más fundamentales, mediante la amenaza efectiva de una irrupción en la esfera de derechos básicos de quien los lesione o ponga en peligro y la realización efectiva de esa amenaza cuando sean infringidos la prohibición o el mandato a los que se asocia (24). Desde este punto de vista, la sanción punitiva se presenta descarnadamente como lo que es: *un mal* que el afectado siente y experimenta como tal incluso cuando se intenta morigerarlo mediante formas de ejecución con apariencia educativa o medicinal, y que con frecuencia surte más efectos desocializadores que formadores de una actitud social adecuada. Por consiguiente, un despliegue de fuerza con el cual la comunidad intenta defender las condiciones mínimas de su propia supervivencia, con postergación inocultable de los derechos del individuo sobre el cual recae. Finalmente, un procedimiento del que la convivencia precisa echar mano con el objeto de enfrentar situaciones provocadas en gran medida por ella misma, a causa de que no ha velado con la oportunidad, rectitud, generosidad y energía necesarias para asegurar una socialización primaria apropiada de todos sus integrantes.

Las cuestiones relativas a si la prevención general puede justificarse desde el punto de vista ético o político, y a su eficacia, escapan a los propósitos de esta investigación. Pero, sea cual fuere la respuesta que se les dé, no puede modificar el hecho de que la pena se comporta en realidad de esa manera y de que históricamente se la ha empleado siempre, de modo más o menos consciente, con esa finalidad. Quien quiera desembarazarse honestamente de la prevención general no tiene más remedio que renunciar a la pena como recurso para enfrentar los conflictos sociales y adoptar una concepción abolicionista (25). Esta es una solución que me parece utópica e, incluso, peligrosa (26), pero tampoco es este el lugar para discutir sobre ella. Para los objetivos que me he propuesto en este trabajo basta con subrayar que, en mi opinión, la finalidad de la pena como tal es preventivo general y, por el contrario, los fines de prevención especial contrastan irreconciliablemente con su naturaleza. Lo cual nos recon-

---

(24) Esta concepción llamada «positiva» de la prevención general, coincide con la expuesta por GIMBERNAT: *Op. cit.*, II, 2, pp. 11 y ss. HASSEMER: *Op. cit.*, 27, III, pp. 391 y ss.

(25) Véase *supra*, nota 21.

(26) En el mismo sentido HASSEMER: *Op. cit.*, 27, pp. 399 y 400.

duce a la interrogante inicial: ¿por qué el derecho penal contemporáneo prosigue ocupándose con tanta insistencia de algo que, aparentemente, le es ajeno?

## V

Lo que ocurre es que si bien la obligación de velar por la socialización primaria de quienes participan en la convivencia no es un cometido al cual la pena pueda servir positivamente —como lo pretende la teoría de la prevención especial— constituye, en cambio, una obligación de la organización social de la que ésta no puede *desentenderse tampoco* cuando verifica que no ha conseguido asegurarla en el momento y con los instrumentos de que debió servirse para ello y tiene que recurrir a la sanción punitiva para defender las condiciones de posibilidad de su existencia. Entonces, precisamente porque la pena es un recurso *desocializador*, que conspira contra una de sus finalidades esenciales, cuando echa mano de ella por razones de prevención general el Estado democrático de Derecho debe hacerlo adoptando las mayores precauciones, con el objeto de reducir sus efectos indeseables. En este sentido, pues, *la función socializadora no es un fin de la sanción punitiva, pero la responsabilidad cautelar de la socialización constituye un límite del sistema penal en general y de la pena en especial*. En el reconocimiento de esta *misión negativa* radica, a mi juicio, lo que puede encontrarse de duradero y fecundo en los hallazgos de la teoría de la prevención especial. En efecto, ella no puede proveer a la pena de idoneidad socializadora, porque ésta es contradictoria con su naturaleza y con las circunstancias en que se la emplea; en cambio, ha mostrado —y debe mostrar todavía mucho más— lo que la pena *no debe ser* y las fronteras que *no le es legítimo sobrepasar* ni siquiera con el pretexto de que lo exige la prevención general.

De acuerdo con lo expresado, la función limitadora de la prevención especial opera en dos sentidos. *Por una parte, exige prescindir de la pena siempre que sea posible, evitando de ese modo los efectos sociales negativos que le son propios y reservándola únicamente para los casos de extrema necesidad; por la otra, requiere que aún cuando sea indispensable acudir a ella, sus formas y su modo de ejecución se conciban de manera que causen los menores perjuicios al afectado, en especial, desde el punto de vista de su socialización*. De estas premisas fundamentales derivan numerosas consecuencias prácticas de carácter político criminal. Aquí, seguramente, no es posible referirse a todas ellas, y una investigación más amplia debería ir descubriendo otras nuevas, pero vale la pena aludir a algunas que merecen ser destacadas por su importancia y porque, en la mayoría de los casos, son ya moneda corriente entre los especialistas.

a) En primer lugar, a partir de estos principios debe afirmarse, una vez más, que la pena —y, consiguientemente, el Derecho penal— es un recurso de *ultima ratio*. Un instrumento intrínsecamente desocializador como la sanción punitiva no puede ser usado para reprimir cualquier conducta molesta o disidente o, incluso, atentatoria contra los valores aceptados por la mayoría de los participantes en la convivencia, sino sólo para prevenir aquellas infracciones que ponen en peligro la subsistencia misma del grupo social. La pena no tiene por objeto obligar a todos a comportarse igual —para lo cual, además, es inidónea—, sino a conducirse de una manera que haga viable la vida en común de personas distintas, que piensan y actúan en forma diferente. Sólo cuando se cometen actos que vulneran esa posibilidad debe acudir a ella, a plena conciencia de que constituye únicamente *un mal menor* del cual, por desgracia, no podemos prescindir. La pena es un despliegue de violencia social motivado por una situación de necesidad (27) y, en consecuencia, sólo puede justificársela cuando el daño que con ella se causa es inferior al que se trata de evitar (28).

Usualmente se vincula el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal con la necesidad de revisar las incriminaciones contenidas en la legislación respectiva. Efectivamente, esa es una de sus derivaciones más importantes y aparentes. Pero también deben considerarse otras que desde el punto de vista práctico pueden resultar fecundas inmediatamente.

Así, por ejemplo, aun cuando se trata de un hecho que está incriminado y merece estarlo, la consideración preventivo-especial debe conducir en el caso concreto a reducir la pena o, incluso, a excluirla, si con ello no se deteriora su función de prevención general. Aquí cobra importancia el concepto de la *peligrosidad personal del autor*, pero precisamente en un sentido inverso al que le atribuye la teoría clásica de la prevención especial. Un diagnóstico siempre impreciso sobre la supuesta peligrosidad del autor no debe tenerse en cuenta para agravar la pena —usualmente, de manera arbitraria—. En cambio, la apreciación de que la peligrosidad del inculpaado es reducida o inexistente debe militar en su favor, incluso si la prueba referente a ella es dudosa (porque eso sólo implicaría aplicar estrictamente el principio *in dubio pro reo*) (29).

---

(27) En la Exposición de Motivos del Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán de los Profesores Socialdemócratas se dice: «Imponer la pena no es un proceso metafísico, sino una amarga necesidad dentro de una comunidad de seres incompletos como ahora son los hombres». Cfr. ROXIN: *Franz v. Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo*, en «Problemas básicos del Derecho penal», *cit.*, 1, p. 42.

(28) Entre nosotros, el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal es reconocido también ampliamente por A. ETCHEBERRY: *Derecho penal*, Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago, 1976, I, pp. 22 y ss.

(29) Claro que esto no puede llevar hasta renunciar a la pena cuando es necesaria para fines de prevención general (En el mismo sentido, ROXIN: *Sentido y límites de*

Otra consecuencia del principio de *ultima ratio* entendido en esta forma es que debe renunciarse a la imposición de la pena penal desocializadora allí donde la costumbre socialmente aprobada ha creado alternativas de control menos dañinas —y normalmente más eficaces— para cumplir la función de prevención general respecto de ciertos hechos que, en rigor, son inculminables. Hay ejemplos conocidos de estas situaciones. Las lesiones causadas durante la práctica de un deporte, incluso cuando son graves y dolosas, son mejor controladas mediante sanciones impuestas por los tribunales disciplinarios de la actividad respectiva que si se las intentara reprimir penalmente; y para el inculpadado, obviamente, esa clase de punición comporta menos riesgos de desocialización que los aparejados a la pena criminal. Lo mismo ocurre con los ataques contra la integridad corporal o el patrimonio cometidos por jóvenes imputables al interior de comunidades educacionales: la costumbre generalizada acepta, con provecho, que tales infracciones se castiguen por las autoridades del establecimiento respectivo mediante instrumentos sancionatorios *sui generis* de índole educativa. Aunque no dispongo de pruebas decisivas al respecto, existen también motivos para creer que la sanción de los fallos médicos y otros de carácter profesional es más efectiva y apropiada cuando la administran organismos gremiales que cuando se la abandona a los tribunales ordinarios de justicia. Finalmente, en esta misma idea puede encontrar incluso nuevo apoyo la transferencia de ciertas facultades punitivas a los órganos de la administración, despenalizando al mismo tiempo las conductas respectivas; pero este es un proceso que debe ser cumplido con prudencia, pues puede dar origen a abusos cuyas consecuencias serían aún más deplorables que los de la pena preventivo general.

b) Una de las contribuciones más perdurables de la teoría de la prevención especial —precisamente porque actúa de manera limitadora— ha sido su denuncia sobre los efectos desocializadores de ciertas penas. El alegato de Liszt contra las penas cortas privativas de libertad ha conducido a su abandono progresivo por la mayoría de las legislaciones. En la lucha contra la pena de muerte los argumentos de prevención especial ocupan la primera línea de ataque y, posiblemente, son responsables de su derogación en un número creciente de países. Los estudios preventivo-especiales sobre otras formas de sanciones, como las privativas de libertad de larga duración y las restrictivas de libertad, han conducido a hacer denuncias, sustitucio-

---

*la pena estatal, cit.*, B, III, pp. 31 y ss.). Por esto los delitos irrepetibles también deben ser castigados. Pero conviene tener en consideración que respecto de ellos el peligro de una nueva infracción es insignificante, para morigerar la severidad de la sanción. En la práctica, esto último muchas veces no ha sido observado, porque las pasiones políticas han postergado las exigencias de humanidad. El caso de Rudolph Hess constituye un ejemplo reprochable.



nes y progresos en relación con todas ellas. Por ese mismo camino se ha llegado a un aprovechamiento mejor de ciertas penas privativas de derechos (como la suspensión o privación de la autorización para conducir) y, sobre todo, de las pecuniarias.

En muchas oportunidades estas conquistas se evalúan desdeñosamente, asegurando que no han significado logros apreciables. Pero eso se debe, precisamente, a que se las mide con el baremo de su potencialidad socializadora, invocando su incidencia insignificante en la disminución de la reincidencia; y, claro está, desde ese punto de vista resultan muy desfavorecidas. La cosa me parece diferente si las contemplamos como esfuerzos destinados únicamente a reducir los efectos negativos de la pena preventivo-general. Quizá, la supresión casi total de las penas privativas de libertad de corto tiempo no ha *contribuido* gran cosa a que no reincidan los jóvenes desviados por la educación que han recibido, la ausencia de oportunidades y, en general, la sociedad en que viven; pero seguramente ha *impedido* que muchos delinquentes ocasionales se transformen en habituales o profesionales peligrosos e irremisiblemente desocializados. No tenemos informaciones fiables sobre el aumento o disminución de la delincuencia en los países que han derogado la pena de muerte, pero podremos encontrar muchos ejemplos de hombres valiosos que, después de cometer un delito por el cual antes se los habría enviado al patíbulo, logran convertirse más tarde en ciudadanos apreciables y creadores. Los ejemplos podrían multiplicarse. Todos ellos demuestran que el combate de la teoría de la prevención especial por racionalizar las formas de castigar puede convertirse en un límite eficiente a la prevención general excesiva, aunque probablemente haya socializado a pocos.

Esto es importante destacarlo, porque lo que es riesgoso para la libertad de los ciudadanos en las pretensiones de la teoría de la prevención especial es su convicción de que puede convertir a las penas en un tratamiento «mejorador»; es decir, en un instrumento positivo de socialización. Todos los abusos de la «ideología del tratamiento» han derivado de esta perspectiva errónea. La tentación de emplear la pena en esa forma abre las puertas a la de «manipular» al condenado, irrumpiendo coactivamente en la estructura de su personalidad. Si, en cambio, se reconoce que la sanción punitiva será siempre todo lo contrario de un recurso apto para socializar, se podrá trabajar seriamente en el sentido preventivo especial, tratando solamente de disminuir sus efectos desocializadores mediante la adopción de nuevas formas de castigar.

Las observaciones precedentes son válidas también para las *medidas de seguridad y corrección*. Tales medidas fueron concebidas por la teoría de la prevención especial precisamente como instrumentos de resocialización del delincuente e, idealmente, como sustitutos de la pena. En el fondo, sin embargo, han demostrado no ser sino inge-

rencias forzadas en el círculo de sus derechos, en su educación y en su psiquis, que en muchos casos no se diferencian de una pena propiamente tal y, en algunos, producen efectos aún más devastadores que ella (30). Para colmo, como en la práctica no consiguieron reemplazar a la sanción, se han superpuesto a ella y, salvo en las legislaciones que acogen el principio vicarial, implican una exasperación inmotivada del sufrimiento infringido al delincuente, que se intenta justificar con referencias a una peligrosidad afirmada en indicios inseguros. Más aún, para nadie es un secreto que la índole de algunas medidas sobrepasó los límites de lo ético-socialmente tolerable, como ocurrió con la castración forzosa de los delincuentes sexuales «peligrosos»; asimismo, que los gobiernos totalitarios de todas las tendencias se han servido de conceptos ideologizados sobre la «temibilidad delictual» para someter a medidas segregadoras a sus adversarios políticos. En conjunto, esta situación ha conducido al desprestigio de las medidas de seguridad y corrección tradicionales. Para remediarlo, se han proyectado sistemas más elaborados pero, al mismo tiempo, tan costosos, que ni los países más desarrollados han logrado implementarlos con éxito (31).

Desde el punto de vista que expongo aquí, las medidas podrían cumplir también la función de limitar los efectos desocializadores de la pena, siempre que se las reformulara sobre bases diferentes. En principio, ellas deben constituir una *oferta de apoyo* al condenado, facultándolo para aceptarla o rechazarla libremente. Se trata de crear un *conjunto de oportunidades de auto-formación personal* y no de imponer coactivamente regímenes a los que se supone «saludables». Aún en los casos de perturbaciones patológicas clínicamente verificables, en los cuales exigencias relativas a la prevención de la integridad personal del afectado hacen indispensable un tratamiento, éste debe llevarse a cabo con la máxima prudencia y someterse a una fiscalización judicial permanente. También los profesionales de la salud deben comprender que ellos son servidores de los pacientes que han cometido hechos punibles, y no dispensadores de salud a toda costa o —lo que es igual— ejecutores omnipotentes de una «obligación de curarse». Por supuesto, en un contexto como éste la introducción del sistema vicarial es una *conditio sine qua non* del funcionamiento del sistema. Es muy posible que al reelaborarlas de acuerdo con este criterio, las medidas de seguridad y corrección realicen una función valiosa, no para el objetivo socializador que le atribuyeron sus auspiciadores clásicos, pero sí para evitar el deterioro del sujeto sometido a la pena preventivo-general.

---

(30) Sobre ello, MUÑOZ CONDE: *Derecho penal y control social, cit.*, V, pp. 121 y ss.

(31) Un ejemplo de esta situación lo constituyen las vicisitudes por las que ha pasado el «establecimiento de terapia social» en Alemania. Puede encontrarse información al respecto en ROXIN: *Iniciación al Derecho penal de hoy, cit.*, pp. 88 y ss.

c) También en el campo de la ejecución de la pena los esfuerzos de prevención especial pueden ser mejor orientados y valorados si se los destina a limitar los efectos negativos de la propia sanción, en lugar de intentar hacerlos cumplir, en las condiciones más desfavorables, lo que la sociedad no fue capaz de hacer por el sujeto en el momento oportuno. Es prácticamente imposible que un hombre aprenda a disponer en forma adecuada de su libertad, justamente cuando se encuentra cumpliendo una pena que lo priva de ella en mayor o menor medida. En cambio, es posible aspirar cuando menos a que esas limitaciones de su facultad de autodeterminación no lo induzcan a renunciar del todo a conducir su propia existencia, abandonándose a los avatares de la adversidad. A esto último deben encaminarse las investigaciones de prevención especial.

Si se plantea el problema desde esta perspectiva se advierte, además, que los problemas de ejecución no sólo se prestan respecto de las penas privativas de libertad, como en la práctica se piensan usualmente, sino en relación con casi todas ellas. Considérese —por sólo mencionar un ejemplo relativo a una sanción que rara vez se tiene en cuenta al discutir esta materia— en la *suspensión de la licencia para conducir* decretada en contra del conductor de un camión de carga que ha cometido un delito del tránsito cuando de desempeñaba en estado de embriaguez. Sin duda, la pena es apropiada desde el punto de vista de la prevención general, sobre todo si la duración de la suspensión impuesta es adecuada al injusto concretamente realizado y a la culpabilidad (reprochabilidad) del autor. Pero, al mismo tiempo, esa sanción provocará efectos desocializadores muy serios en el sujeto si conducir el camión era su único medio de subsistencia, como ocurre frecuentemente en situaciones semejantes. Por tal motivo, habría que estudiar alguna forma de ejecutar la pena reduciendo esas consecuencias negativas. Así, podría pensarse en extender la duración de la suspensión, pero otorgando al condenado autorización para continuar guiando su instrumento de trabajo únicamente en días y horas laborales. De esta manera se conseguiría, posiblemente, que la pena siga reforzando efectivamente en el sujeto una actitud de mayor respeto por los bienes jurídicos —puesto que de todas maneras la experimentaría como una severa limitación de su derecho a conducir otros vehículos, o cualquiera fuera de las horas de trabajo— y, al mismo tiempo, se evitaría causarle el perjuicio que puede significar para su socialización el verse privado de todo medio honesto de sustento. El ejemplo demuestra, me parece, que existe todo un campo de reflexión referente a la ejecución de las distintas formas de pena, en que un criterio limitativo fundado en consideraciones de prevención especial podría efectuar aportaciones valiosas.

## VI

La exposición precedente sólo constituye una presentación muy general del punto de vista en que se basa. A partir de ella, sin embargo, creo que puede efectuarse una revalorización de las concepciones preventivo-especiales y una utilización más realista y rendidora de sus hallazgos en el futuro.

Porque el criterio que defiendiendo aquí no significa en modo alguno disminuir la significación de la prevención. Es verdad que le niega la posibilidad de alcanzar las metas más ambiciosas que le confían sus adherentes clásicos y la excluye de entre los fines de la pena. Pero, al mismo tiempo, le confiere la dignidad de cumplir funciones de garante de las libertades ciudadanas y de la dignidad humana, en lugar de constituir un peligro para ellas. La pena es un instrumento odioso del que, por desgracia, las necesidades de regulación de la convivencia no nos permite prescindir. Por eso, ocupar un sitio entre sus finalidades puede ser menos importante que constituir un correctivo y un límite de sus consecuencias dañinas.

Finalmente, no está de más señalar que las conclusiones defendidas se orientan en sentido semejante al de la teoría de la *responsabilidad* sustentada por Roxin (32) y de los criterios expuestos por Gimbernat (33) para la determinación de la necesidad de pena, puesto que en ellos se acude también a puntos de vista preventivo-especiales para delimitar en concreto el campo de lo punible. En conjunto, todo ello debe conducir a una reformulación dogmática y político-criminal del sistema de Derecho penal que haga efectiva su pretensión de convertirse, mucho más que en un medio de represión, en un recurso eficaz para la preservación de la convivencia pluralista y en una normativa cauteladora de los derechos del inculpaado.

---

(32) ROXIN: «Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías sistemáticas jurídico-penales, en «Problemas básicos de Derecho penal», cit., esp. VI, pp. 215 y ss.; *Iniciación al Derecho penal de hoy*, cit., pp. 24 y ss.

(33) GIMBERNAT: *Op. cit.*, II, 6, pp. 16 y ss.

# Otra vez sobre nuevas técnicas genéticas y Derecho penal

ANTONIO CUERDA RIEZU

Profesor Titular de Derecho penal.

Universidad de Alcalá de Henares

## I

En el segundo fascículo de 1988 de esta misma Revista publiqué una contribución al tema de los límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas. En este trabajo me ocupé de algunos criterios que en mi opinión debían ser tenidos en cuenta para determinar la licitud o ilicitud de las prácticas de reproducción humana, a las que se ha llegado en la actualidad por obra de los avances científicos en materias genéticas. Trataba entonces de dilucidar si con la legislación vigente en aquel momento se podían llevar a cabo actividades como la inseminación artificial, bien con semen de donante bien con semen del cónyuge o compañero de la mujer, la fecundación «in vitro», la realización de estas técnicas sin el consentimiento de los intervinientes, la violación del secreto que en principio debe guardarse, la posibilidad de sancionar o no las lesiones que se pudieran producir en el embrión o feto, etc. Cuando escribí acerca de estos temas, la situación legislativa presentaba dos facetas: por un lado, no existían disposiciones específicas al respecto, lo que en algunos sectores motivó una postura un tanto moralizante sobre la licitud de estas prácticas; por otro lado, el Grupo Parlamentario Socialista había presentado en el Congreso dos Proposiciones de ley que incidían directamente en el tema, resultando necesario someterlas a un análisis crítico, análisis que no podía ser definitivo puesto que su objeto no era un texto normativo vigente.

En ambas facetas o perspectivas me pareció fundamental entonces resaltar el papel del principio de legalidad en el Derecho penal y en el Derecho administrativo, porque tal principio daba la pauta para los criterios *de lege lata*, así como para algunas propuestas *de lege ferenda* en materia de nuevas técnicas genéticas. Pues en efecto, del Derecho positivo de aquel momento se podían deducir las necesidades

y carencias para proteger los intereses jurídicos que se encuentran en juego cuando se tienen hijos por medios no totalmente naturales.

Escribir sobre proyectos legislativos en curso presenta un grave inconveniente: es posible que cuando se publique el comentario, el proyecto se encuentre convertido en Derecho vigente, habiendo sufrido modificaciones a lo largo de los diversos trámites parlamentarios. Y esto es lo que ha ocurrido en esta ocasión, de forma que una de las Proposiciones socialistas ha llegado a ser ley, introduciendo importantes innovaciones en relación al texto primitivo. Por eso me ha parecido ahora necesario contrastar las opiniones que ya expresé con la nueva ley ya promulgada. El legislador ha cambiado de rumbo, sobre todo en lo que afecta al Derecho penal, y he creído oportuno dejar constancia de este cambio. Probablemente, la otra Proposición socialista se habrá convertido también en ley cuando salgan a la luz estas líneas. No obstante, asumo el riesgo y ofrezco a continuación algunas reflexiones, redactadas con carácter urgente, sobre las novedades legislativas en materia de técnicas genéticas.

## II

La situación legislativa en diciembre de 1988 es la siguiente: la Proposición de ley sobre técnicas de reproducción asistida se ha convertido en la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (1).

Por otra parte, la Proposición de ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, ha sido aprobada ya en el Congreso de los Diputados por la Comisión correspondiente, que contaba en esta ocasión con competencia legislativa plena (2); el texto aprobado ha sido remitido al Senado (3), estando ya cerrado en la actualidad el trámite de presentación de enmiendas en esa Cámara; por lo que yo conozco, la publicación de las enmiendas (4) ha sido el último paso que ha experimentado esta Proposición.

La ley y la Proposición tienen, en principio, unos ámbitos de aplicación diferenciados. La primera regula las técnicas de reproducción asistida, y desde un punto de vista biológico hace referencia a los *gametos*, es decir, las células sexuales humanas —espermatozoides y

(1) Publicada en el «B.O.E.» núm. 282, de 24 de noviembre de 1988; corrección de errores en el «B.O.E.» núm. 284, de 26 de noviembre de 1988.

(2) Vid. «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie B: *Proposiciones de ley*, núms. 73-9, de 24 de octubre de 1988.

(3) Vid. «B.O.C.G.», Senado, III Legislatura, Serie II: *Textos Legislativos*, núm. 223 (a), de 27 de octubre de 1988.

(4) Vid. «B.O.C.G.», Senado, III Legislatura, Serie II: *Textos Legislativos*, núm. 223 (c), de 15 de noviembre de 1988.

óvulos—, así como a los «*preembriones*», término que designa el «grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el útero —acabado el proceso de implantación que se inició días antes—, y aparece en él la línea primitiva» (5). Sin embargo, la Proposición tiene por objeto la donación y utilización de material genético humano, estando su ámbito de aplicación biológicamente delimitado por hacer referencia únicamente a las fases posteriores de desarrollo en el seno materno: la de *embrión*, que abarca aproximadamente desde la anidación hasta el tercer mes inclusive, y la de *feto*, que se extiende desde los cuatro meses hasta el nacimiento (6).

Esta delimitación material y biológica, que en el planteamiento se presenta con claridad, resulta después un tanto enturbiada, dado que hay aspectos que aparecen en los dos textos, como ocurre con la investigación y la experimentación sobre estos materiales biológicos. Por otro lado, la donación de gametos aparece recogida en la ley 35/1988, si bien las cuestiones relativas a la donación se encuentran primordialmente desarrolladas en la Proposición de ley. En último lugar, debe señalarse que en ocasiones los límites biológicos previstos con carácter general en ambos textos resultan sobrepasados: así la ley —que en principio tiene por objeto los gametos y los preembriones— contiene disposiciones sobre embriones y fetos (7), mientras que la Proposición —que en principio hace referencia a embriones y fetos— utiliza en una ocasión los términos «*in vitro*», que normalmente se suelen emplear respecto a los preembriones desarrollados en el laboratorio (8).

Ante estas recíprocas intromisiones de los dos textos, resulta conveniente contemplarlos a ambos. Sin embargo, y para no mezclar normas vigentes con otras que no lo son todavía, las analizaré de forma sucesiva, ocupándome en primer lugar de la ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (III), para tratar posteriormente en otro apartado la Proposición de ley (IV).

(5) Esta definición aparece en el párrafo tercero del apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

(6) Este criterio biológico de delimitación se deduce del párrafo 3.º de la Exposición de Motivos y de la Disposición Final de la Proposición de ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Utilizo aquí y en lo que sigue el texto remitido por el Congreso al Senado, y que ha sido publicado en el «B.O.C.G.» indicado en nota 3.

(7) Así los artículos 12.2; 13.2 y 13.3 de la Ley.

(8) Esto es lo que ocurre en el artículo 8.2.a) de la Proposición, según el cual se puede autorizar la aplicación de la tecnología genética «con fines diagnósticos, que tendrán el carácter de diagnóstico prenatal *in vitro* o *in vivo*...». Tal vez la expresión *in vitro* haga referencia a la naturaleza del diagnóstico y no al objeto del diagnóstico, pero la expresión resulta, no obstante, equívoca.

## III

La ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida ha experimentado notables mejoras técnicas desde que en su día el Grupo Parlamentario Socialista presentó el correspondiente texto para su discusión en las Cortes. Concretamente, ha sido este mismo Grupo el que con sus enmiendas en ambas Cámaras ha modificado sustancialmente varios preceptos (9). Esta actitud revela que los Diputados socialistas fueron conscientes de las imperfecciones de su propuesta.

En el anterior trabajo que publiqué sobre este mismo tema, dirigí una crítica fundamental a la entonces Proposición de ley sobre técnicas de reproducción asistida, a saber, la existencia de múltiples prohibiciones sin indicar su naturaleza administrativa o penal, y la no previsión de consecuencias jurídicas para los casos en que se infringieran tales prohibiciones; al mismo tiempo, manifestaba el deseo de que la futura ley que entrara en vigor quedara libre de estas imperfecciones. Afortunadamente, se ha corregido esta grave deficiencia técnica. La ley vigente regula las consecuencias jurídicas civiles (10) y administrativas aplicables a determinados aspectos de estas técnicas y ha hecho desaparecer toda mención a consecuencias de orden penal. Estas novedades merecen por su importancia un estudio más particularizado.

La mayoría de las prohibiciones que aparecían en la Proposición original dispersas a lo largo del articulado, han desaparecido, reconduciéndose al Capítulo IV intitulado «De las infracciones y sancio-

---

(9) El Grupo Parlamentario Socialista presentó 33 enmiendas en el Congreso, con números 355 a 387, aprobándose todas ellas, frente a 406 enmiendas de otros Grupos Parlamentarios, de las que sólo fueron aceptadas 7; vid. el Informe de la Ponencia, publicado en el «B.O.C.G.», Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie B: *Proposiciones de Ley*, núm. 74-9, de 13 de mayo de 1988. En la Ponencia de la Comisión correspondiente del Senado, los socialistas también consiguieron que fueran aceptadas todas sus enmiendas, aprobándose únicamente una de otro Grupo Parlamentario; vid. el Informe de la Ponencia publicado en el «B.O.C.G.», Senado, III Legislatura, Serie II: *Textos Legislativos*, núm. 203 (e), de 14 de septiembre de 1988. En el Pleno del Senado sólo se introdujo una corrección gramatical; vid. «B.O.C.G.», Senado, III Legislatura, Serie II: *Textos Legislativos*, núm. 203 (h), de 5 de octubre de 1988. La aprobación definitiva por el Congreso tuvo lugar en la sesión del Pleno de 20 de octubre de 1988, aprobándose las enmiendas introducidas por el Senado; vid. al respecto «B.O.C.G.», Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie B: *Proposiciones de ley*, núm. 74-14, de 31 de octubre de 1988.

(10) En el ámbito de las consecuencias civiles, cabe resaltar, entre otras, las relativas a la maternidad de sustitución o maternidad de alquiler. La Ley determina en el art. 10.1 la nulidad de pleno derecho del contrato «por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero». De esta manera queda abierta la posibilidad de acudir a los delitos de suposición de parto, falsedad en documento público o sustracción de menores, respecto a las conductas cometidas con ocasión de una maternidad de sustitución; vid. en relación a esto mi trabajo publicado en «A.D.P.C.P.», t. 41, 1988, fascículo II.



nes» (11). Este Capítulo, integrado únicamente por el artículo 20, establece directamente un catálogo de infracciones administrativas graves y muy graves, e indirectamente dispone las sanciones a imponer por tales infracciones, mediante una remisión al correspondiente precepto de la Ley General de Sanidad (12). De esta manera la ley sobre reproducción asistida ha guardado observancia de los mandatos derivados del principio de legalidad, en cuanto que éste exige que la norma sancionadora se componga necesariamente de supuesto de hecho y consecuencia jurídica. Este mandato fue desconocido, sin embargo, por la Proposición socialista, que no establecía las sanciones que corresponderían a quienes infringieran las prohibiciones.

La ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, mediante una remisión a la Ley General de Sanidad (13), garantiza también en su artículo 20 el principio *non bis in idem*, en la modalidad que impide imponer conjuntamente pena y sanción administrativa por unos mismos hechos. Este principio, de capital relevancia en todo el ámbito sancionador, ha sido deducido por el Tribunal Constitucional del artículo 25 de la Norma Fundamental (14), pudiendo tener aplicación práctica en este ámbito; pues, en efecto, algunas infracciones muy graves previstas en el artículo 20 de la Ley pueden coincidir con tipos penales: así, desvelar la identidad de los donantes, con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos; crear seres humanos idénticos por procedimientos dirigidos a la selección de la raza, con el delito de genocidio; importar o exportar preembriones o sus células, con el delito de contrabando, etc.

No obstante, la Ley conserva todavía algunas prohibiciones aisladas, que carecen de cualquier indicación sobre su naturaleza y correlativa sanción (15), pero cabrían en la infracción genérica prevista en el artículo 20.2,B),x): «investigaciones o experimentaciones que no

---

(11) Fue introducido en el Congreso por la enmienda número 380 del Grupo Parlamentario Socialista.

(12) Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; el precepto en cuestión es el art. 36 de esta Ley, que prevé las siguientes sanciones: para las infracciones leves, multa hasta 500.000 pesetas; para las infracciones graves, multa desde 500.001 hasta 2.500.000 de pesetas, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción; para las infracciones muy graves, multa desde 2.500.001 hasta 100.000.000 de pesetas, con la misma salvedad que para las multas graves, y posible cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un plazo máximo de cinco años, acordado por el Consejo de Ministros o por los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

(13) El art. 33 de la Ley General de Sanidad dispone: «En ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes».

(14) Vid. SSTC 2/81, de 30 de enero; 77/83, de 3 de octubre; 159/85, de 27 de noviembre, y 94/86, de 8 de julio. Vid. también Autos del TC 150/84, de 7 de marzo; 721/84, de 21 de noviembre, y 781/85, de 13 de noviembre.

(15) Vid. arts. 16.2 y 16.4. Otros preceptos, sin embargo, contienen prohibiciones que luego aparecen mencionadas en el art. 20 como infracciones; así arts. 3; 14.3 y 19.2.

se ajusten a los términos de esta Ley o de las normas que la desarrollen».

En materia penal el silencio de la Ley es ahora prácticamente absoluto. La Exposición de Motivos contiene una ligerísima indicación sobre la posibilidad de que las técnicas genéticas tengan repercusiones de índole penal (16). A diferencia de la originaria Proposición socialista, el articulado de la Ley no contempla ninguna prohibición penal, lo que como es obvio vendría además impedido por su carácter de Ley ordinaria. Solamente puede adivinarse una remisión indirecta a la legislación penal en el número 2 del artículo 19. El mantenimiento de esta genérica laguna penal puede ser debido a dos diferentes razones: bien el legislador ha estimado que los bienes jurídicos ya se encontraban suficientemente garantizados por las sanciones de carácter administrativo previstas en la Ley, dado así cumplimiento al principio penal de intervención mínima; bien ha creído que por motivos políticos o pragmáticos el momento actual no era el más adecuado para acometer esta tarea. Por mi parte, estimo más plausible el primer razonamiento. A mi juicio, en la mayoría de los supuestos que la Ley trata no es necesaria tal tipificación penal específica, bastando las figuras delictivas existentes en la actualidad. Este parece ser también el criterio de la Ley, a la vista de lo que dispone su artículo 19.2: «Los equipos biomédicos y la Dirección de los Centros y Servicios en que trabaja, incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los donantes, si realizan mala práctica con las Técnicas de Reproducción Asistida o los materiales biológicos correspondientes, o si por omitir la información o los estudios protocolizados se lesionaran los intereses de donantes o usuarios o se transmitieran a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudio previos». La posible aplicación de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, de lesiones (respecto a los donantes o usuarios de las técnicas), o de propagación maliciosa de enfermedades, hace innecesaria la creación *ex novo* de tipos penales específicos. No obstante, creo que es preciso hacer aquí una excepción. Me refiero a la necesidad de amenazar con pena las maniobras que produzcan lesiones en el ser ya engendrado. Más adelante me dedicaré a este extremo (*infra* V).

No voy a comentar en este apartado relativo a la Ley 35/1988 cada uno de los límites penales concretos que se plantean en el desarrollo de las técnicas genéticas. Lo dicho en el trabajo anterior que dediqué a esta materia, creo que también sigue siendo válido con la presente Ley. Únicamente quiero acabar estas reflexiones con el examen de un problema que se ha planteado con carácter general en relación al delito de aborto y más particularizadamente en relación

---

(16) Vid. párrafo 2.º del apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988.

al cómputo de los plazos previstos en el artículo 417 bis del Código penal; se trata de determinar cuándo comienza la protección penal de la vida en el seno materno, si a partir de la fecundación del óvulo, a partir de la anidación del preembrión (que, como ya indiqué, suele tener lugar catorce días después de la fecundación), o a partir del cuarto mes (período fetal). La mayoría de la doctrina se ha pronunciado a favor del criterio de la anidación (17), pero también hay autores que se muestran favorables a entender que sólo hay vida cuando han transcurrido ya tres meses desde la fecundación y comienza el período fetal (18). En mi opinión la Ley sobre Técnicas de Reproducción asistida puede aportar algo de luz a la polémica. Del propio ámbito biológico de aplicación de la Ley cabe deducir que queda excluido el criterio de la fecundación para determinar el límite mínimo de protección en el delito de aborto. En efecto, la Exposición de Motivos declara que «el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embrionario se mueve en la incertidumbre, y con él se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión», añadiendo a continuación que las «distintas fases son embriológicamente diferenciables, con lo que su valoración desde la ética, y su protección jurídica también deberían serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones» (19).

Por otro lado, si la Ley sólo prevé protección administrativa y no penal durante el período preembrionario, eso quiere decir que el Derecho penal no protege esta etapa y que, en consecuencia, no habrá delito de aborto si se destruye el preembrión intrauterino. Si se admite este resultado, la discusión queda centrada entre el criterio de la anidación (embrión) y el criterio del cuarto mes de gestación (feto), tema sobre el que no me voy a pronunciar ahora. Debe tenerse en cuenta, además, que esta Ley de reproducción asistida no sólo no sanciona la destrucción de los embriones extrauterinos, sino que por el contrario considera como infracción muy grave «mantener in vitro a los óvulos fecundados y vivos, más allá del día catorce siguiente al que fueron fecundados, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados» (20).

(17) En este sentido, GARCÍA VITORIA: *El tipo básico de aborto*, 1981, pp. 78/79; BAJO: *Manual de Derecho penal* (PE), Delitos contra las personas, 1986, p. 128; BUSTOS: *Manual de Derecho penal*, PE, 1986, pp. 59/60; COBO/CARBONELL en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL: *Derecho penal*, PE, 2.ª ed., 1988, P. 558.

(18) En este sentido, QUERALT: *Derecho penal español*, PE, vol. 1, 1986, pp. 50 y s.; y MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, PE, 7.ª ed., 1988, p. 82 y s.

(19) Exposición de Motivos, apartado II, párrafo tercero, *in fine*.

(20) Art. 20.2,B),c).

## IV

La Proposición de ley de donación y utilización de embriones y fetos o de sus células, tejidos u órganos, ha sido también sustancialmente alterada en los trámites parlamentarios que se han sucedido hasta ahora, y especialmente por obra de las enmiendas que presentó el Grupo socialista en la Cámara baja (21). Estas enmiendas han seguido el mismo modelo adoptado en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, haciendo desaparecer las prohibiciones que aparecían de forma asistemática en el texto de la Proposición y agrupándolas en el Capítulo IV, que lleva por rúbrica la de «Infracciones y sanciones». El Capítulo en cuestión solamente contiene el artículo 9 (22), precepto que ostenta una estructura muy similar al correlativo de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, remitiéndose en cuanto a los principios sancionadores y a las sanciones en concreto a la Ley General de Sanidad; asimismo ofrece un catálogo de infracciones graves y muy graves. Es de saludar esta reforma, porque así se garantiza el principio de legalidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. La Proposición alcanza de esta forma un mayor grado de claridad y seguridad jurídica.

No obstante, aún se mantienen algunos puntos oscuros en el texto aprobado por el Congreso y remitido al Senado (23). Por ejemplo, el artículo 7, relativo a la investigación y a la experimentación con embriones y fetos, no indica si éstos han de estar vivos o muertos (24). De forma similar, el artículo 8, destinado a regular el empleo de tec-

---

(21) En el Congreso se presentaron un total de 184 enmiendas (vid. «B.O.C.G.», Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie B: *Proposiciones de ley*, núms. 73-6, de 24 de junio de 1988). En la Ponencia de la Comisión se aceptaron todas las socialistas —diecisiete: núms. 47 a 63— y 38 de otros grupos (vid. «B.O.C.G.», Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie B: *Proposiciones de ley*, núms. 73-8, de 7 de octubre de 1988). La Comisión aprobó con competencia legislativa plena el texto presentado por la Ponencia (vid. «B.O.C.G.», Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie B: *Proposiciones de ley*, núms. 73-9, de 24 de octubre de 1988). En el Senado se han presentado 78 enmiendas, siendo el Grupo Socialista autor de ocho —núms. 49 a 56—, que en general sólo pretenden modificaciones técnicas o de unificación terminológica y no introducen variaciones fundamentales (vid. «B.O.C.G.», Senado, III Legislatura, Serie II: *Textos Legislativos*, núm. 223 (c), de 15 de noviembre de 1988).

(22) Introducido por la enmienda núm. 61 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso.

(23) Publicado en el «B.O.C.G.» que se indica en la nota 3.

(24) Las enmiendas presentadas en el Senado núm. 44 del Grupo Parlamentario Senadores Nacionalistas Vascos y núm. 61 del Grupo Parlamentario Mixto, Agrupación de Senadores de la Democracia Cristiana, pretenden incluir la expresión «muertos» en relación a los embriones y fetos. No obstante se podría llegar a la conclusión de que la investigación y la experimentación sólo son posibles en embriones y fetos muertos a la vista de que únicamente es posible donar éstos y no los vivos (art. 2.e) y es evidente que la donación es presupuesto de la investigación y experimentación, y de que la infracción administrativa prevista en el art. 9.2,B),e), que prohíbe la experimentación con embriones o fetos vivos.

nología genética, tampoco expresa si es posible efectuarla en embriones o fetos vivos o por el contrario deben estar muertos; la solución no puede ser aquí uniforme, porque este precepto recoge supuestos que implícitamente hacen referencia a embriones o fetos muertos (tecnología con fines industriales, de investigación o de trasplante) y otros que implican embriones o fetos vivos (tecnología con fines diagnósticos o terapéuticos en el propio embrión o feto) (25).

Por otra parte, pueden surgir algunas contradicciones entre esta Proposición y la ya vigente Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida. La Proposición parece permitir la combinación genética entre seres humanos y animales (26), así como algún supuesto de clonación (27), o de selección de sexo, aunque este último sólo con fines terapéuticos en caso de enfermedades ligadas a los cromosomas sexuales (28). Sin embargo, la autorización de estas actividades podría chocar con distintos preceptos de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida que las prohíbe en relación a los preembriones. Y no parece lógico que lo prohibido respecto a los preembriones sea, no obstante, lícito respecto a los embriones y fetos, que representan fases más adelantadas en el desarrollo genético.

## V

Tanto la Ley como la Proposición de ley pretenden que las actividades genéticas autorizadas no sirvan para destruir al ser engendrado ni para provocarle menoscabos en su salud. Ambos textos normativos contienen múltiples disposiciones destinadas a garantizar estos objetivos (29). En cuanto al fin de protección de la vida durante las diversas etapas de desarrollo genético, la Ley y la Proposición coinciden con el Código penal, pues para éste la destrucción de la vida intraute-

---

(25) La enmienda núm. 9 del Grupo Centro Democrático y Social pretende suprimir todo el art. 8 para regularlo en otra Ley. La enmienda núm. 45 del Grupo Senadores Nacionalistas Vascos pretende indirectamente que se trate de embriones o fetos vivos al añadir que la tecnología genética sólo se autorizará «siempre que se acredite que su finalidad última es el bienestar del niño que va a nacer y que favorecerá su desarrollo».

(26) Art. 8.1. La enmienda núm. 62 del Grupo Mixto, Agrupación de Senadores de la Democracia Cristiana tiene por objeto excluir esta posibilidad.

(27) Art. 8.2,b).

(28) Art. 8.2,c).

(29) Vid. arts. 1.3; 2.1,a); 3; 12; 13; 14.3; 16.2 y 19.2; así como diversas infracciones previstas en el art. 20.2,b), todos ellos de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Por lo que respecta a la Proposición de ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos, vid. arts. 2.e), 3.2, 3.3, 5.1 y 6; así como la mayoría de las infracciones muy graves previstas en el art. 9.2,b).

rina constituye como regla delito de aborto, salvo en los supuestos de las indicaciones recogidas en el artículo 417 bis (30).

Sin embargo, las hipótesis de menoscabos en la salud del preembrión, embrión o feto no son punibles según el Código penal, porque no encuentran encaje en ninguna de las figuras delictivas previstas en él. No obstante, en la actualidad, las lesiones físicas o genéticas en el ser engendrado pueden ser estadísticamente más frecuentes por las nuevas técnicas genéticas que ahora se autorizan. Para prevenirlas y evitarlas, el Derecho contará únicamente con sanciones administrativas. De esto se deduce que para el ordenamiento jurídico es más importante la vida (cuya destrucción se castiga penalmente) que la salud (cuyo menoscabo se sanciona administrativamente) del ser engendrado.

A mi juicio, esta prelación no se adecúa a la realidad. Durante las diversas etapas de desarrollo genético tiene más relevancia la salud que la vida, precisamente porque una lesión en el ser engendrado puede permanecer en el parto y persistir a partir de entonces. Desde el punto de vista de los padres y de la sociedad resulta preferible perder un futuro hijo a tenerlo tarado. Por ello, creo que sería necesaria la previsión de un delito que prohibiera las lesiones en un ser engendrado y no nacido, por lo menos las lesiones dolosas. En el trabajo ya publicado sobre este mismo tema me ocupé algo más detenidamente de esta argumentación, por lo que ahora me limito a remitirme a lo dicho entonces.

## VI

La valoración global que en mi opinión merece la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida es más positiva que la primitiva Proposición presentada con el mismo título por el Grupo Parlamentario Socialista. Muchas de las deficiencias técnicas (repeticiones innecesarias, defectuosa redacción, terminología poco jurídica, etc.) han sido salvadas. Por lo que respecta a la que —cuando escribo estas líneas— todavía es Proposición de ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, creo que las imperfecciones técnicas son mayores, pero previsiblemente serán superadas en lo que resta de su tramitación parlamentaria. Por otra

---

(30) Ambos textos contienen previsiones tendentes a coordinar las nuevas técnicas con la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, que introdujo en el Código penal el art. 417 bis. Así el art. 12.2 (en cuanto hace referencia a que la intervención en el embrión o feto esté «amparada legalmente») de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y los arts. 3.2; 3.3 y 5.1 (éste, en cuanto admite la actuación sobre el embrión o feto vivo en el útero «de conformidad con las disposiciones normativas vigentes»).

parte, estimo acertado que ambos textos hayan descartado las prohibiciones de carácter penal, si bien el legislador debiera plantearse, en mi opinión, la necesidad de tipificar las lesiones provocadas en un ser ya engendrado.

No obstante, y para terminar, desde una perspectiva material tanto la Ley como la Proposición despiertan la sensación de responder a una cierta hipocresía social. Ambos textos rodean a tantas garantías y someten a tantos controles las nuevas técnicas genéticas que me inclino a pensar que es inquietante el afán del legislador en proteger más a los que todavía no han nacido que a las personas ya nacidas (\*).

---

(\*) Tal y como había imaginado, cuando corrijo las pruebas de imprenta de esta contribución, la Proposición de ley de donación y utilización de embriones y fetos o de sus células, tejidos u órganos se ha convertido en la ya vigente Ley 42/1988, de 22 de diciembre, manteniendo la misma denominación que la Proposición, y que ha sido publicada en el «B.O.E.» núm. 341, de 31 de diciembre de 1988. Salvo ligeras variaciones, los preceptos de la ley coinciden con los del texto de la Proposición remitido por el Congreso al Senado, que yo he manejado aquí. No se han salvado, pues, los defectos observados en el texto y, por consiguiente, mantengo en relación a la ley las críticas ya efectuadas a la Proposición.

En el campo de reseñar nueva bibliografía sobre el tema de las técnicas genéticas, debe tenerse en cuenta el estudio de PANTALEÓN: «Contra la ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», en *Jueces para la Democracia*, núm. 5, diciembre de 1988, pp. 19-36, donde se sostiene la inconstitucionalidad de varios preceptos de carácter civil de la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (arts. 5.2; 9.1; 5.5 y concordantes; y algunas hipótesis del art. 8.3), propugnándose además la derogación inmediata de esta disposición.





# Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva

ELENA LARRAURI

Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona

## INTRODUCCION (\*)

Ultimamente, junto con la relación de causalidad, tiende la doctrina a referirse a lo que se denomina «moderna teoría de la imputación objetiva» (1).

Sin embargo, existe todavía confusión al respecto. Ello puede obedecer a diversos motivos: la novedad de la discusión que provoca frecuentes mutaciones en las opiniones mantenidas por los autores; la pretensión de encontrar una teoría que resuelva toda una serie de casos ya de por sí problemáticos y que históricamente han sido de difícil acomodo; la elaboración de unos criterios en los que si bien existe un acuerdo relativo cada autor incluye grupos de casos distintos; su relación con la problemática de la causalidad, de por sí harto compleja; sus implicaciones con la teoría del delito, y más en concreto con la teoría del tipo, que provoca variaciones de acuerdo a la posición que se sustente; la delimitación del grupo de delitos a los cuales puede aplicarse; la necesidad (o no) de diferenciar los criterios dependiendo del tipo de injusto al cual vayan referidos (injusto doloso, culposo, de acción u omisión), y, en fin, la falta de un referente legal que oriente la labor de la doctrina penal (2).

---

(\*) Este artículo constituye el tema desarrollado para optar a una plaza de profesora titular de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona. Por ello, el objetivo prioritario ha sido exponer y sistematizar los conocimientos actuales respecto de la imputación objetiva.

(1) Sin embargo, a pesar de ser doctrina mayoritaria, no todos los autores aceptan la teoría de la imputación objetiva; en sentido contrario véase COBO-VIVES (1987), p. 286.

(2) En este sentido destaca GIMBERNAT (1987), p. 176, que lo distintivo de la imputación objetiva consiste en ser un elemento del tipo el cual, a diferencia de los restantes, no aparece mencionado en la ley.

En vista de estas considerables dificultades sería pretencioso intentar aportar respuestas definitivas. El objetivo propuesto es, por consiguiente, necesariamente más limitado, se pretende exponer el *estado actual de la discusión*, realizando en lo posible una labor de ordenación de las diferentes posiciones. Ello no obstará lógicamente a que en determinados puntos se realicen una serie de consideraciones críticas o se destaquen posibles contradicciones, en aras de obtener una mayor precisión en el debate.

Un motivo preferente nos impulsa a realizar esta labor, el hecho de que la jurisprudencia española haya empezado a aplicar la teoría de la imputación objetiva para resolver determinados casos que se le han planteado. Frente a ello se impone la necesidad de realizar un trabajo de sistematización y, en la medida de lo posible, clarificación.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos. Para ello el legislador ha tipificado determinadas acciones que considera que pueden lesionar (o poner en peligro) estos bienes jurídicos. De ahí, por consiguiente, que la tipicidad *delimite* qué comportamientos son los prohibidos. Esta delimitación se expresa en cada tipo legal, se prohíbe matar, injuriar, contaminar, falsificar, etc.

El segundo estadio aparece cuando se pretende *subsumir* las actividades acontecidas en el mundo real en el comportamiento prohibido del tipo legal, es decir, concretar qué actividades son *típicas*.

La delimitación de estas actividades ha sido históricamente atribuida a la causalidad (3). Como observa Gimbernat, ello supuso que la problemática de delimitar cuándo se está frente a una acción típica, adoptara la forma de distintas teorías de la causalidad.

Con ello, se ampliaba el ámbito de la causalidad que en puridad de principios debía limitarse a señalar, una vez delimitadas las acciones típicas, si éstas habían causado el resultado (relación de causalidad propiamente dicha). «Dicho de otro modo: si llamamos “A” a la acción típica, “R” al resultado y “U” a la unión material entre ambos, tendremos que las teorías de la causalidad persiguen un doble objetivo: determinar “A” —primera cuestión— y comprobar la existencia de “U” —segunda cuestión—» (4).

Adicionalmente, se relegaba la determinación de la acción típica a ciencias extrajurídicas, que con sus diversas teorías de la causalidad

---

(3) GIMBERNAT, E. (1962), p. 544 y ss.

(4) GIMBERNAT, E. (1962), p. 544.

debían establecer la presencia o no de una acción típica, aspecto éste que sólo el Derecho podía y debía acometer (5).

Actualmente, ambos objetivos —necesidad de la relación causal y determinación de la acción típica— acometidos al amparo de las diversas teorías de la causalidad se enfrentan a una aguda crisis.

En primer lugar, incluso la necesidad de una relación causal es cuestionada por algunos autores (6). Si bien este aspecto no será objeto de desarrollo en la presente exposición queremos realizar al respecto las siguientes consideraciones: 1.<sup>a</sup>) que los tipos legales no hacen referencia a la necesidad de *causar* un resultado; 2.<sup>a</sup>) la admisión de otros criterios para determinar legalmente quién desarrolló la actividad (7), y 3.<sup>a</sup>) la dificultad de atribuir determinadas acciones y/o resultados (por ejemplo, delitos contra la salud pública, delitos contra el medio ambiente) en los cuales la exigencia de una relación causal imposibilita —atendidos los actuales conocimientos científicos— la aplicación de los respectivos tipos penales.

Respecto del segundo objetivo —la determinación de la acción típica— nadie duda en la actualidad, tras largos años de discusión de diversas teorías causales, que las teorías causales son incapaces de delimitar qué actividades deben considerarse típicas. En efecto, éste es un juicio eminentemente normativo, por consiguiente, una teoría causal que utilizara criterios valorativos dejaría por ello de ser causal, y una teoría puramente causal no estaría en condiciones —como analizaremos más adelante— de producir limitación alguna respecto del número de acciones que deben tomarse en consideración.

Por consiguiente: «De las dos cuestiones atribuidas a la causalidad, sólo la segunda —la constatación de la existencia de “U”— ha de ser decidida en el marco del problema causal (...). Hay que elegir, de *algún modo*, una acción, y entonces —cuando ello se

---

(5) GIMBERNAT, E. (1962), p. 547.

(6) En este sentido, véase BUSTOS (1984), p. 174, quien señala: «En la tipicidad el problema no es determinar la causalidad de la acción, sino que el comportamiento realizado se pueda atribuir al tipo conforme a la perspectiva del bien jurídico». Esta posición ha sido calificada de extrema por COBO-VIVES (1987), p. 292, nota 28, quienes señalan que la idea de resultado obliga a recurrir a la causalidad. Sin embargo, el hecho de que los tipos legales no hagan referencia a *causar* un resultado puede llevar a admitir otras formas de relación con el mismo. En este sentido pudiera argüirse —siguiendo la línea de pensamiento defendida por Roxin— que con la expresión «el que matare» se alude no necesariamente a quien *causó* la muerte sino a quien *elevó el riesgo* de la misma.

(7) En este sentido SILVA (1984), p. 1044, nota 29, recogiendo un supuesto de causalidad psíquica advierte que «la causalidad no es, en absoluto, la única forma de determinación con arreglo a las leyes». Del mismo modo TORÍO (1983), p. 236, admite que si bien la causalidad es un elemento del tipo, éste no señala que ley causal debe acogerse en concreto, por ello concluye de acuerdo con Stella, que en Derecho penal «es causal la explicación basada en leyes estadísticas». Sin embargo, no se comprende por qué estas reflexiones debieran limitarse sólo a los casos en los cuales la relación causal no aparece clara —supuestos de causalidad psíquica o de causalidad general— o porque debiera admitirse exclusivamente criterios estadísticos.

consiga— habrá que examinar (aquí empieza la causalidad a jugar un papel) si esta acción ha producido el resultado o no» (8).

Esta dualidad de funciones atribuidas a la relación de causalidad, puede comprenderse al amparo de las teorías de la acción causal (9). De acuerdo a la teoría causal de la acción es acción todo movimiento corporal voluntario que causa un resultado. Ello comporta que la averiguación de cuando se ha causado un resultado fuese ya requisito indispensable para determinar cuándo se está en presencia de una acción (10). Determinada ésta (lo que conllevaba la determinación de la relación causal) quedaba constatada la tipicidad, la cual era a su vez exclusivamente descripción de meros procesos causales.

Ante esta situación se inicia, pues, la discusión de las teorías de la causalidad (11). Es necesario referirnos a ellas no sólo para comprender los antecedentes de la teoría de la imputación objetiva, sino también porque ésta se presenta como un complemento, correctivo y en ocasiones superación de la problemática planteada por las diversas teorías causales. Para ello deberemos examinar en primer lugar las limitaciones de éstas y posteriormente analizar si y en qué medida la imputación objetiva permite una más adecuada solución.

## 2. TEORIA DE LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES

Esta teoría se basa aparentemente en la teoría de la condición de Stuart Mill. De acuerdo con el planteamiento de Stuart Mill, es causa de un resultado toda condición negativa o positiva que interviene en la producción de un resultado.

De ahí derivó V. Buri que «con el mismo derecho se puede considerar ya cada una de estas fuerzas individuales, por sí sola, como la causa del fenómeno» (12). Por ello la teoría desarrollada por V.

---

(8) GIMBERNAT, E. (1961), p. 547. Posiblemente por influencia del dogma causal, lo cierto es que se sigue operando a la inversa. Se pregunta en primer lugar qué acciones son causales (en base a la teoría de la equivalencia) lo cual proporciona poca o ninguna limitación, y sólo posteriormente se selecciona de algún modo la acción típica.

(9) A su vez la atracción de la causalidad como criterio de determinación legal puede explicarse por el traslado mecánico que se realiza del campo de las ciencias naturales al Derecho por parte del positivismo naturalista. BUSTOS (1984), p. 173.

(10) Lo cual conllevaba adicionalmente que la relación de causalidad fuese examinada sistemáticamente *previa* al tipo penal, debido a que esta era un elemento de la acción y también al carácter prejurídico del concepto de causa. Una crítica de esta posición puede leerse en RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 290.

(11) Deberá transcurrir un cierto tiempo para que la discusión supere el ámbito causal y paralelamente los tipos dejen de concebirse como meras lesiones causales de bienes jurídicos, afirmándose que si bien todo aquel que mata causa una muerte, no todo aquel que causa una muerte mata (cuando menos —de acuerdo a una perspectiva finalista— se requerirá dolo o culpa), lo que conlleva que causación no sea sinónimo de delimitación de actividad *típica*.

(12) *vid.* Buri, *cit.*, por GIMBERNAT (1966), pp. 44.

Buri y Glaser recibió el nombre de teoría de la equivalencia, ya que toda condición tiene un valor *equivalente* en la producción del resultado, todas pueden considerarse causa del mismo, siendo imposible diferenciar entre causas y condiciones.

Sin embargo, la teoría de la equivalencia de condiciones opera una curiosa transformación, pues si causa es la *suma* de las condiciones, cada una de ellas aisladamente no puede ser considerada causa (13).

Adicionalmente, se planteó que si todas eran equivalentes porque se elegía una y sólo una. Ello se contestó acudiendo a la misión del Derecho penal que debe aislar, de entre los múltiples factores concurrentes, exclusivamente la conducta del autor para comprobar si el resultado puede serle atribuido como producto de su acción (14).

Finalmente, se alegó que no obstaba a la consideración de causa del comportamiento humano el hecho de que hubieran intervenido más causas (15).

El procedimiento para averiguar cuándo se estaba en presencia de una causa fue la fórmula de la *conditio sine qua non*: está establecida un procedimiento de *supresión mental hipotética*, si una determinada condición se suprimía mentalmente y desaparecía el resultado, esta consideración era causa del mismo (condición sin la cual el resultado no se hubiera producido).

Sin embargo, la adopción de esta sintética fórmula acarreo diversos problemas que a continuación expondremos brevemente por ser todos ellos sobradamente conocidos.

a) En primer lugar, fracasaba en un grupo de casos que podríamos denominar *procesos patológicos*.

Bajo esta rúbrica se encuentran:

1. Los *procesos causales hipotéticos* que son aquellos caracterizados por el hecho de que aún cuando se suprima la condición que ocasionó el resultado, éste sigue produciéndose de igual forma y en el mismo momento (16).

---

(13) GIMBERNAT, E. (1966), p. 48, quien se hace también eco de la protesta de von Buri señalando que la teoría de la equivalencia de las condiciones nunca pretendió fundamentarse en la teoría de la condición filosófica. También reconoce esta divergencia Vives Antón (1987), p. 282. No obstante, CEREZO (1985), p. 282, nota 10, ha señalado que no existiría contradicción entre afirmar que causa es la suma de todas las condiciones y señalar acto seguido que cada una de ellas es causa. Ello es debido, precisamente, a su equivalencia, lo que permite considerar a cualquiera de ellas causa.

(14) RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 293. También COBO-VIVES (1987, p. 282), señalan: «Si se aplicase a dicha determinación el concepto lógico de causa formulado por Mill sin la adaptación correspondiente, resultaría que en ningún caso una acción podría ser considerada causa de un resultado, ya que ninguna acción pone la totalidad de las condiciones de la producción de un evento cualquiera».

(15) Así, STRATENWERTH (1982), p. 81.

(16) MIR (1985), p. 179, quien, sin embargo, señala que la exigencia de concreción del resultado no puede alcanzar la determinación del sujeto activo, ello es debido

Se observaba que en estos casos, aun cuando el comportamiento hubiese ocasionado el resultado, debía negarse, de acuerdo a la fórmula propuesta, que éste fuese causa del mismo.

Para evitar la impunidad varios fueron los correctivos ideados, así se destacó:

— La inoportunidad de introducir factores hipotéticos en los cursos causales, esto es, el exámen de la causalidad debía limitarse a examinar lo *realmente* acontecido. En consecuencia, «una acción es causal si haciendo abstracción de ella —y teniendo en cuenta únicamente el resto de las circunstancias efectivamente dadas— el resultado concreto no se hubiera producido» (17).

— Se argumentó, asimismo, que debía considerarse el resultado *concreto*. Este no podía afirmarse que desapareciese considerando todas las circunstancias, siempre podía argumentarse que cuando menos se había producido unos minutos antes, e incluso de distinta forma.

2. También se plantearon problemas con los casos de *causalidad adelantada*. En estos supuestos determinada causa operaba más rápidamente que otra que hubiese sido dispuesta con anterioridad.

De nuevo, aun cuando se eliminase en un juicio hipotético el primer comportamiento, el resultado no desaparecía (18), y, sin embargo, parecía absurdo castigar estos casos con una penalidad distinta de la tentativa.

3. Un último grupo eran los ejemplos de *causalidad cumulativa*. En estos supuestos dos causas independientes operaban conjuntamente, si bien cada una de ellas hubiese sido suficiente por sí sola para producir el resultado (19). Sin embargo, si cualquiera de ellas era eliminada, el resultado no desaparecía, lo que llevaba a negar en última instancia que cualquiera de ambos comportamientos fuera causal (20).

---

a que: 1.º) la sustitución del sujeto activo no afecta a la forma de producción del resultado; 2.º) esta exigencia supondría una petición de principio, pues «con ello preguntáramos si eliminando la acción del sujeto «A» desaparecería la muerte *producida por él*, lo que supondría saber que la ha causado, que es precisamente lo que se trata de averiguar». Del mismo modo no se trata de exigir completa igualdad de la conducta. Ello llevaría, como observa MIR (nota 9, p. 179), a un círculo tautológico en que se afirmaría «el carácter causal de la conducta por ser la realizada». Por consiguiente, se trata de exigir la completa igualdad en el tiempo y forma del resultado.

(17) SPENDEL, *cit.* por CEREZO (1985), p. 283. Bien es cierto que no dejaba de sorprender este tipo de razonamiento por los partidarios de una teoría que precisamente utilizaba una fórmula *hipotética* para afirmar la causalidad: el resultado *hubiera* desaparecido si el autor no *hubiera* actuado de la forma en que lo hizo.

(18) CEREZO (1985), p. 284, admite en estos casos la interrupción del nexo causal por entender que son dos series causales independientes.

(19) Debe observarse que el supuesto de causalidad cumulativa abordado por SAMSON (1987), p. 619, es distinto. Este autor se plantea la problemática de cuando sólo la suma de todas las actuaciones produce un determinado resultado (en su caso la contaminación) típico. La cuestión que se debate es la posibilidad de imputar al «último» actor la responsabilidad por la producción del resultado global.

(20) En estos supuestos, MIR (1985), pp. 180-181, propone sustituir no la acción concreta, sino la *clase* de acción a la que ésta pertenece.

También en este caso se introdujo un correctivo: «Si diversas condiciones pueden ser suprimidas *in mente* en forma alternativa sin que el resultado desaparezca, pero no así acumulativamente, cada una de ellas es causal para el resultado» (21).

En vista de estas dificultades, se propuso adoptar la fórmula de «condición ajustada a las leyes de la naturaleza» elaborada por Engisch: «Se demuestra que una conducta (...) es causal para un resultado concreto (positivo) y delimitado según un determinado tipo penal, cuando a aquel comportamiento han seguido en el tiempo cambios en el mundo exterior que estuvieran unidos con el comportamiento y entre sí conforme a una ley (de la naturaleza) y que han desembocado en alguna parte integrante del supuesto de hecho concreto que ha sido delimitado por la ley como resultado» (22).

b) Del mismo modo se argumentó las limitaciones a las que se veía sometida la fórmula de la supresión mental hipotética en los casos denominados de *causalidad general*. En este grupo se desconoce precisamente la relación causal, por tanto, no puede afirmarse qué sucede si se suprime determinada condición (23). Por consiguiente, la fórmula de la *conditio sine qua non* es válida sólo en la medida en que se conozca la ley causal general. Conocida ésta puede procederse a la supresión mental hipotética y afirmar la causalidad de una acción concreta (24).

Estos casos fueron suscitados por Armin Kauffman a raíz del juicio de Contergan (Talidomida) y ponen de relieve precisamente la limitación de la fórmula cuando se desconoce la relación causa-efecto entre el medicamento ingerido y las malformaciones producidas.

En estos supuestos surgen varias cuestiones: la afirmación de si la ley causal general (bajo la que se subsume la ley causal concreta) es un elemento o no del tipo penal, la problemática de si su determinación corresponde exclusivamente al método causal (propio del sistema físico) o si debe admitirse, asimismo, la determinación de la causalidad por medio del sistema estadístico (propio de la física cuántica),

(21) WELZEL (1976), p. 69.

(22) Engisch, *cit.* por CEREZO (1985), p. 283. Son favorables a su adopción JESCHECK (1981), p. 385. También GIMBERNAT (1966), p. 122, quien si bien reconoce que se trata de una mera definición de causalidad, señala a continuación que más no se necesita. En contra de su adopción, CEREZO (1985), p. 283. MIR (1985), p. 181, la considera un medio auxiliar —previo— a la *conditio sine qua non*, ya que, en efecto, sólo cuando conocemos la condición ajustada a las leyes de la naturaleza, podemos preguntarnos si al eliminar determinada condición desaparece el resultado.

(23) Similares podrían ser los casos planteados por STRATENWERTH (1982), p. 80, y ROMERO (1983), p. 159, en los que se desconoce con exactitud cuál de las múltiples causas concurrentes ocasionaron el resultado.

(24) «En este sentido, se acusa a la fórmula hipotética de *petición de principio* que presupone el conocimiento de la eficacia causal de la supuesta condición». MIR (1985), p. 178.

o, en fin, si la certeza subjetiva del Juez puede suplir la falta de conocimiento de la ley causal (25).

Esta discusión tiene la virtud de realzar las limitaciones de la fórmula de comprobación del nexo causal y la problemática dependencia de la responsabilidad penal respecto de las leyes causales. Si bien ello es un tema complejo, baste indicar que esta problemática puede adquirir un nuevo relieve en el futuro, especialmente en el ámbito de los delitos contra la salud pública y el medio ambiente.

c) Supuestos de *causalidad psíquica*. En estos casos se afirma que el resultado no se produce por medio de un proceso físico-externo, sino que éste aparece a consecuencia de la incidencia de la acción en la psique de alguien (26). Como observa Silva, la dificultad reside en estos casos en establecer en el caso concreto «una relación de causalidad, enmarcando en ella el proceso psíquico» (27).

d) Asimismo, problemática era la acogida de la causalidad en el ámbito de los *delitos de omisión*. En efecto, la dificultad de operar en estos casos con un criterio ontológico-científico surgía de la propia naturaleza de la omisión y de la dificultad de afirmar del sujeto que nada hacía que había causado el resultado (28). En este sentido se afirmaba que el sujeto no había puesto una condición positiva, esto es, no había causado el resultado. Por ello se decidió acudir a la fórmula de entender su inactividad como una condición negativa, la persona no evitó el resultado.

Con ello no se podía desconocer que la aplicación del criterio de supresión mental hipotética introducía factores hipotéticos, esto es, a lo sumo podía afirmarse que si el sujeto hubiese actuado *probablemente* el resultado se hubiera evitado (29).

e) También problemática aparecía la idea de causalidad en el grupo de *delitos culposos*. En efecto, en tanto en el grupo de delitos dolosos podía seguirse manteniendo que el injusto venía constituido por una acción (dolosa) que causa un resultado, este análisis resultaba insuficiente en el ámbito de los delitos imprudentes.

Saber quién causa el resultado no dice aún nada respecto de quién infringió la norma de cuidado; en el supuesto de que ambos sujetos causen un resultado, relevante aparece sólo quien con su comporta-

(25) Una exposición de esta problemática puede verse en: TORÍO (1983), *passim*, quien adicionalmente plantea el paralelismo de dicha situación con el desgraciado suceso del aceite de colza.

(26) SILVA (1984), p. 1043.

(27) SILVA (1984), p. 1044.

(28) No obstante, en los delitos de omisión, las dudas eran aun mayores. Hemos destacado las objeciones con las que tropieza la *fórmula* de la supresión mental hipotética, sin embargo, en los delitos de omisión era la propia relación causal la que resultaba cuestionada.

(29) Por ello, la jurisprudencia acudía a la fórmula de que el resultado se hubiera evitado con una probabilidad-rayana en la certeza o incluso formulada en forma negativa que no se excluía del todo la salvación si el sujeto hubiese actuado.



miento *imprudente* ocasione la lesión del bien jurídico (30). Adicionalmente, se argumentó que la infracción de la norma de cuidado sólo puede producirse cuando el ocasionamiento de un daño es previsible, de lo cual se deduce que tampoco toda causa es apta para determinar el injusto culposo, sino sólo aquella causa adecuada, esto es, aquel comportamiento del que previsiblemente puede surgir un daño y que por ello fundamenta la exigencia de adoptar determinados cuidados en su ejecución (31). Finalmente, debe considerarse las dificultades con las que se encontró la aplicación de la fórmula de la teoría de la equivalencia cuando se podía demostrar con una probabilidad rayana en la certeza que un comportamiento prudente tampoco hubiera evitado el resultado, con lo cual éste no desaparecía aun cuando la acción imprudente fuese suprimida mentalmente (32).

f) Fundamentalmente, se le objetó a la teoría de la equivalencia la desmesurada *amplitud del injusto* a la cual esta concepción conducía. En efecto, debido a que el mundo está unido por medio de una sucesión de fenómenos causales, resulta imposible pensar en un resultado el cual no esté encadenado a una serie infinita de acciones causales (33). Sin embargo, no sólo era un aumento cuantitativo el que se producía, sino, asimismo, cualitativo, esto es, incluso las acciones inadecuadas para producir un resultado, pero en el cual éste, por un azar, hubiese acontecido, así como las acciones permitidas, adquirirían también la consideración de causales y, consiguientemente, de injustas de acuerdo a un planteamiento causal de la teoría del delito.

Varios fueron los correctivos que se precisaron para morigerar esta desmesurada extensión:

— Se acudió en primer lugar a la denominada «prohibición de retroceso» (Frank). Con ello se aludía a la improcedencia de considerar factores que no hiciesen referencia al supuesto concreto enjuiciado. Sin embargo, el problema era precisamente éste, decidir el supuesto *concreto* enjuiciado. ¿Qué condiciones debían tomarse en consideración y cuáles se eliminaban en base a la prohibición de retroceso?

Adicionalmente, como remarcó Gimbernat (34), aun cuando se pretenda ignorarlas subsiste la tipicidad de las restantes condiciones, son causas del resultado y consiguientemente son acciones típicas.

— Un segundo correctivo fue la noción de «interrupción del nexo causal» (35). Esta restricción, que aparece como una concreción de la

(30) MUÑOZ CONDE (1984), p. 68.

(31) CEREZO (1985), p. 291.

(32) Bien es cierto que los defensores de esta posición argumentaban de nuevo que ello era introducir cursos causales hipotéticos y que lo único que debía ser objeto de valoración era lo que realmente aconteció.

(33) Ello se expresó señalando que la teoría de la equivalencia permitía el «regreso al infinito». GIMBERNAT (1966), p. 55.

(34) GIMBERNAT (1966), p. 56.

(35) Esta sigue siendo actualmente la posición mayoritaria sustentada por el Tribunal Supremo que acude a esta fórmula para excluir la causalidad en aquellos supues-

prohibición de regreso, consideraba en un inicio que podía declararse la interrupción del nexo causal de los casos en los que mediase interrupción dolosa de un tercero. Sin embargo, con razón objeta Rodríguez Mourullo que no se aciertan a ver las razones por las cuales sólo la intervención dolosa de un tercero ocasionaba la interrupción del nexo causal. En efecto, si se considera que determinados sucesos interrumpen la cadena causal, es indiferente que estos sean dolosos, culpables o fortuitos, pues su calificación jurídica no conlleva el surgimiento o interrupción del nexo causal (36).

En consecuencia, se argumentó que la causalidad existe o no, pero no se interrumpe, sino que precisamente se anuda (37). Finalmente se objetó que esta posibilidad era incluso contradictoria con lo que se afirmaba desde la propia doctrina de la equivalencia, esto es, la suficiencia de que la acción sea una condición del resultado, independientemente del resto de condiciones concurrentes.

— El tercer límite se denominó el correctivo de la culpabilidad. Con éste se señalaba que la catalogación de determinado comportamiento como causal no significaba aún atribuir una responsabilidad penal. Esta necesitaba del dolo y la culpa, donde entraba en consideración el factor de la previsibilidad personal del sujeto.

Sin embargo, varios fueron los obstáculos con los que este razonamiento tropezaba: 1.º los delitos cualificados por el resultado en los que respecto de éste no era necesario la presencia de dolo y culpa, bastando, en consecuencia, que su producción se debiese al comportamiento inicial (38); 2.º la desnaturalización de las funciones asignadas a la tipicidad. En efecto, ésta dejaba de tener una función indiciaria puesto que múltiples acciones se veían declaradas típicas aun cuando posteriormente se afirmase la no culpabilidad del sujeto (39); del mismo modo su función garantista, entendida ésta no sólo como la descripción de la actividad típica, sino como delimitación de las acciones penalmente relevantes, quedaba desdibujada (40), todo lo cual no podía dejar de producir tensiones en la función motivadora de la norma: ¿Qué era lo que se pretendía motivar?, por ejemplo, no matar, pero ¿cómo podía motivarse a ello si incluso la acción más inocua podía conducir a un resultado de muerte? (41); 3.º fracasa en los procesos

---

tos en que el resultado obedezca a un «accidente extraño» posterior y no sea una «consecuencia natural» de la acción inicial.

(36) RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), pp. 304-305, nota 27.

(37) CEREZO (1985), p. 284.

(38) La introducción en el StGB y en el CPE de la exigencia de culpa respecto del resultado ulterior más grave eliminaba los casos más crudos de responsabilidad por el resultado a que conducía la teoría de la equivalencia.

(39) «Si exageramos la nota: Adán, el primer hombre, habría cometido todos los delitos ejecutados en la Tierra en concurso ideal al procrear a sus hijos; las distintas procreaciones no fueron acciones culpables, pero típicamente antijurídicas sí que lo fueron.» GIMBERNAT (1966), p. 54.

(40) De acuerdo a VIVES ANTÓN (1987), p. 284, el número de acciones antijurídicas no tendría fin.

(41) Debe destacarse que la ubicación del dolo y la culpa en el ámbito de la tipicidad operada por la doctrina finalista, comportó que determinados comportamientos, aun cuando causales, fueran declarados *ab initio* atípicos. BUSTOS (1984), pp. 171-172.

causales irregulares en los cuales el sujeto tiene dolo, pero el resultado acontece por un curso causal totalmente imprevisible (42), y 4.º) la calificación de injustos de determinados comportamientos posibilita ya la imposición de una serie de medidas (de seguridad, de responsabilidad civil), que aparecían totalmente inadecuadas cuando el sujeto había actuado sin dolo ni culpa (43).

Todo este cúmulo de críticas produjo, por consiguiente, la necesidad de encontrar otros criterios en base a los cuales afirmar la responsabilidad del sujeto. Sin embargo, estos esfuerzos siguieron anclados en el ámbito de las teorías de la causalidad, fruto de ellos surgió la teoría de la causalidad adecuada.

### 3. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

Esta teoría atribuida a v. Kries (y desarrollada también por v. Bar) surge precisamente para limitar los excesos a los que conducía la teoría de la equivalencia en el ámbito de los delitos cualificados por el resultado.

De forma similar a la teoría de la equivalencia se afirma que ésta es una teoría generalizadora de la causalidad (44), y también se advierte que esta parte (45) o presupone (46) la teoría de la equivalencia.

Se presenta originariamente como una teoría causal que pretende restringir el concepto de causa (lo que conlleva una restricción de

---

CEREZO (1985), p. 291. Sin embargo, si les alcanza la crítica en los casos en los que a pesar de existir dolo o culpa parece infundado hacer responder al sujeto por el resultado. La posibilidad de que la doctrina finalista necesite también del correctivo de la imputación objetiva será desarrollada posteriormente.

(42) En este sentido, COBO-VIVES (1987), p. 284. RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 296. MIR (1985), p. 185. Entiendo que paralelas objeciones podrían realizarse a los supuestos en los que el sujeto actúa imprudentemente, pero también el resultado se produce de otra forma totalmente imprevisible.

(43) COBO-VIVES (1987), p. 284.

(44) No obstante, GIMBERNAT (1966), p. 94, señala que esta teoría, de forma similar a las teorías individualizadoras, distingue entre condición y causa, su diferencia estribaría que en tanto las primeras pretenden conseguir este objetivo en base a criterios científico-naturales, la teoría de la causalidad adecuada atiende a consideraciones normativas. Por el contrario, RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 297, nota 10, no duda en calificarla de teoría generalizadora. Para este autor es una teoría generalizadora ya que «limita la causalidad enjuiciando el curso causal concreto a la vista de la experiencia general». Por el contrario, las teorías individualizadoras analizan el concreto curso causal para ver qué condición en este proceso causal ha sido decisiva. La diferencia reside en la distinta perspectiva, en tanto que las teorías individualizadoras analizan el concreto curso causal para ver qué condición ha sido relevante en este proceso, las teorías generalizadoras analizan la condición de acuerdo a la experiencia general.

(45) En ocasiones, la afirmación de que se trata de otra teoría causal lleva a ignorar que también esta perspectiva parte de la teoría de la equivalencia, COBO-VIVES (1987), p. 285. BUSTOS (1984), p. 172.

(46) TORIO (1983), p. 223.

las conductas punibles en un momento anterior al de la culpabilidad). De acuerdo a la teoría de la causalidad adecuada, de las múltiples condiciones intervinientes en un acontecimiento sólo tiene la consideración de causa la condición que conforme a la experiencia es adecuada para producir el resultado típico (47).

¿Cómo se determina la causa adecuada? Este juicio de posibilidad debe tomar en consideración aquellas condiciones que al tiempo de la acción sean conocidas y cognoscibles por un hombre prudente. Asimismo, debe incorporar los conocimientos particulares del autor (criterio objetivo-subjetivo) (48). Ello constituye el saber ontológico. También debe considerarse el conocimiento de las leyes de la naturaleza conocidas al tiempo de la acción y aquellas que son conocidas por el autor. Ello forma el saber nomológico. Una vez delimitadas las condiciones sólo es causa aquella que aparezca como apropiada (previsible) para producir el resultado (49).

Este juicio de posibilidad es lo que se denomina *prognosis posterior objetiva*. Con ello se expresa un juicio de probabilidad realizado por el Juez que debe situarse en el momento de la acción para determinar si de acuerdo a los conocimientos del hombre medio (incorporando los específicos del autor) el resultado concreto aparece como objetivamente previsible.

Planteadas de tal forma, la teoría de la causalidad adecuada permitiría la exclusión de las acciones inadecuadas, esto es, de aquellas manifestaciones del comportamiento que de forma imprevisible producirían una lesión al bien jurídico, producto de un curso causal extremadamente irregular (50).

---

(47) En este punto surge un aspecto confuso. La doctrina dominante ha objetado tradicionalmente a esta teoría que ello lleva a negar el carácter causal a aquellas acciones inadecuadas a pesar de haber sido causa del resultado, o también que ello comporta la elaboración de un concepto de causa para el Derecho penal distinto del utilizado en el resto de las ciencias. Véase MEZGER (1958), p. 112. No obstante, puede también sostenerse la interpretación de que la teoría de la causalidad adecuada no modifica el concepto de causa, esto es, no niega el carácter causal del resto de comportamientos, sino que niega exclusivamente que el Derecho penal los deba tomar en consideración por no constituir causa *adecuada*. En este sentido afirma TORIO (1983), p. 224: «La teoría de la adecuación, interpretada correctamente, supone sólo una restricción de la idea de la *equivalencia*» (subrayado nuestro). En caso de ser correcta esta segunda interpretación, ello parecería acercar a la teoría de la causa adecuada a los dominios de la teoría de la relevancia.

(48) La evolución seguida hasta llegar a esta síntesis puede verse en GIMBERNAT (1966), p. 25 y ss.

(49) Resultado que debe determinarse en concreto, GIMBERNAT (1966), p. 44.

(50) No obstante, de nuevo aquí podría reproducirse la discusión planteada en la nota 47. Esto es, en el supuesto de las acciones inadecuadas se podría afirmar que éstas *no son causales*. O bien entender que la teoría de la causalidad adecuada afirmaría su carácter causal, pero negaría que fuesen *adecuadas*, única causalidad que interesa al Derecho penal. La mayoría de la doctrina actual entiende que la teoría de la causalidad adecuada lo que realiza es negar precisamente el carácter causal de este grupo de acciones, GIMBERNAT (1966), p. 68. COBO-VIVES (1987), p. 285. Aspecto éste que constituye una de las críticas fundamentales a esta teoría.

A pesar de la (relativa) restricción que comporta la adopción de esta teoría, varias son las críticas que se le dirigen:

— Se le objeta, en primer lugar, su afirmación de que las acciones inadecuadas no son causales. Ello supone formular un concepto de causa jurídico-penal distinto del utilizado en el resto de las ciencias empíricas (51).

— Para delimitar cuándo se está en presencia de acciones inadecuadas se introducen criterios valorativos-normativos (la previsibilidad); con ello se abandona el terreno puramente causal (52), configurándose en realidad como una teoría de la responsabilidad (53).

— Adicionalmente, ello conducía a afirmar la causalidad en el supuesto en que el sujeto conociese determinados factores que influían en la producción del resultado, y que convertían a éste en previsible. Por el contrario, las *mismas* acciones, si el sujeto desconocía todos los datos relevantes para la producción del resultado debían considerarse inadecuadas. Como observa Gimbernat en los supuestos en que el autor ha previsto y cuenta con la intervención antijurídica de un tercero, o se sirve de una relación causal complicada debería negarse la existencia de la relación causal. En definitiva, la afirmación del nexo causal —aspecto ontológico— se hacía depender del dolo del sujeto, desconociendo que «el dolo puede cambiar muchas cosas en Derecho penal; lo que no puede hacer es crear una relación de causalidad material donde ésta no existe» (54).

— Se le critica, asimismo, el confundir los planos de previsibilidad subjetiva con la culpabilidad del sujeto (55).

— La falta de ubicación del criterio de adecuación en la teoría del delito, éste aparece como una característica de la acción previo al exámen del tipo legal (56).

— La gran imprecisión de los criterios utilizados por la teoría de la adecuación. En efecto, era inseguro las condiciones cognoscibles por una persona inteligente y la experiencia común sobre los nexos causales; era también impreciso el grado de posibilidad que debía producirse para considerar el resultado previsible (57); finalmente, se se-

(51) COBO-VIVES (1987), p. 285, RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 298. MIR (1985), p. 189. Obsérvese, no obstante, las reflexiones realizadas en las notas 47 y 50.

(52) BUSTOS (1984), p. 172.

(53) CEREZO (1985), p. 290. Como afirma GIMBERNAT (1966), p. 70: «Que el resultado no fuese previsible no tiene nada que ver con la relación real de causalidad que es idéntica en ambos casos.»

(54) GIMBERNAT (1966), p. 93.

(55) COBO-VIVES (1987), p. 285. CEREZO (1985), p. 288. Si bien pareciera que esta crítica sólo afectaría a la formulación inicial de la teoría de la causalidad adecuada.

(56) RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 298.

(57) CEREZO (1985), p. 289, advierte que en caso de ser esta posibilidad muy reducida, el resultado siempre podría considerarse objetivamente previsible; por el contrario, un grado muy superior de posibilidad aparecería como excesivamente restrictivo. Por ello se recoge la fórmula de Engisch de que el resultado no aparezca como absolutamente improbable.

ñala la imprecisión del propio suceso que se juzga, esto es, de acuerdo al grado de generalización con el que se formulen las preguntas las respuestas serán distintas (58).

— Se alega también que la restricción del injusto obtenida no aparece aún como suficiente, ello es debido a que la sola consideración del criterio de adecuación no permite la exclusión de conductas peligrosas permitidas (realizadas con la diligencia debida) en las que el resultado lesivo aparece objetivamente previsible (59).

De forma paralela se aduce que tampoco consigue restringir los supuestos de acciones que implican una disminución de riesgo, en las cuales el resultado lesivo aparece como adecuado (previsible) (60).

Este cúmulo de críticas produjeron que la teoría de la causalidad adecuada no gozase de amplia aceptación. Ello impulsó, anclados aún en las discusiones de la causalidad, el surgimiento de nuevas teorías.

#### 4. TEORIAS INDIVIDUALIZADORAS

Como hemos señalado en tanto la discusión para determinar qué acciones eran típicas, se situaba en el plano de la causalidad, se propició la aparición de numerosas teorías causales.

Entre estas teorías deben citarse las *teorías individualizadoras* que pretendían, en base a distintos criterios científico-naturales (61) (causa última, causa eficiente, etc.), distinguir de entre los múltiples factores concurrentes en un suceso entre condición y causa, en atención a qué condición posee mayor eficacia en la causación del resultado.

Varias son las críticas de que han sido objeto estas teorías:

— La dificultad de comparar cada condición y establecer entre ellas distinta jerarquía (62).

— La imposibilidad de deducir mayor o menor responsabilidad penal en base a unos criterios físico-naturales (63).

— La dificultad de aplicarlas para casos distintos del grupo para el que fueron ideadas (64).

— Y, en fin, la constatación de que el carácter de injusto de una acción es una cuestión valorativa que no puede depender de criterios ontológicos (65).

---

(58) Como advierte STRATENWERTH (1982), p. 83, lo grave es que la propia forma de cómo se realiza este proceso de generalización se sustrae a toda regulación.

(59) MUÑOZ CONDE (1984), p. 23.

(60) BUSTOS (1984), p. 172.

(61) Véanse, no obstante, las consideraciones expresadas en la nota 44.

(62) MIR (1985), p. 188.

(63) MIR (1985), p. 186.

(64) GIMBERNAT (1966), p. 98.

(65) GIMBERNAT (1966), p. 98.

El hecho de que estas teorías se consideren actualmente superadas por parte de la doctrina (66), entendemos exime de un análisis más pormenorizado de las mismas.

## 5. TEORIA DE LA RELEVANCIA

Esta teoría desarrollada por Mezger podría considerarse un *precedente* de la moderna teoría de la imputación objetiva en cuanto por primera vez distingue claramente los dos planos en los que la discusión se desarrolla (67).

Así, por lo que respecta al problema causal, no duda en acoger la teoría de la equivalencia, única teoría que se considera correcta desde un punto de vista causal. Con ello se pretende conseguir la necesaria congruencia, de la que adolecía la teoría de la causalidad adecuada, entre la causalidad natural y la causalidad jurídica, afirmándose que el Derecho no puede elaborar un concepto propio de causa al margen de los dictados de las ciencias naturales.

El segundo paso será negar que todas las causas intervinientes en un suceso sean *jurídicamente* equivalentes. Esto es, si bien no se niega su carácter causal, sí se objeta que éste sea el único criterio sobre el cual deba fundamentarse la responsabilidad penal. Por ello, se afirmará que el Derecho penal sólo toma en consideración aquellos procesos causales *relevantes* (68).

Por consiguiente, tres serán los requisitos sobre los que descansará la responsabilidad penal:

- El nexo causal (determinado conforme a la teoría de la equivalencia) entre la acción y el resultado.
- La relevancia de este nexo causal.
- La culpabilidad del agente (69).

El tercer paso será delimitar los criterios en base a los cuales se afirma la relevancia de los cursos causales.

Para dictaminar el carácter relevante se acoge el criterio de la *adecuación* elaborado por la teoría de la causalidad adecuada (70). Ello

(66) JESCHECK (1981), p. 391. MIR (1985), p. 187. Si bien se advierte que el Tribunal Supremo recurre a ellas para solucionar determinados problemas particularmente conflictivos.

(67) En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 299. Véanse, no obstante, las consideraciones expresadas en las notas 47 y 50.

(68) En este sentido, declara MEZGER (1958), p. 109: «(...) también el Derecho penal investiga, en cuanto a los sucesos que corresponden a su apreciación, acerca de las *relaciones causales* y adopta el *concepto general de causalidad*; es un problema aparte el de establecer si y hasta qué punto la *responsabilidad* jurídico-penal se basa en las relaciones obtenidas de esta manera».

(69) RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 299.

(70) Ello dio base a que se considerase a la teoría de la relevancia como un teoría de la adecuación con otro nombre. MEZGER (1958), p. 144.

es debido a que se considera relevante aquello que generalmente es apropiado para producir el resultado. Sin embargo, a diferencia de la teoría de la causalidad adecuada, no se niega el carácter causal del resto de condiciones concurrentes, sino exclusivamente su relevancia (71).

Finalmente, el carácter de adecuación debe dictaminarse desde el *tipo* penal, éste nos indicará qué acciones (cursos causales) son relevantes (apropiados) para vulnerar el bien jurídico protegido (72). El tipo penal expresa la voluntad manifestada, un resultado y un nexo causal propio. Este nexo causal circunscrito en el tipo debe ser apropiado para producir el resultado lesivo, excluyéndose el resto de cursos causales inadecuados (aquellos que son imprevisibles y por ende irrelevantes) del tipo penal.

El criterio de relevancia aparece por consiguiente dotado de una ubicación sistemática en la teoría del delito que la perspectiva de la adecuación se había mostrado incapaz de alcanzar.

De acuerdo con estos criterios, la teoría de la relevancia permite la exclusión en el ámbito del injusto de las acciones inadecuadas (73).

La teoría de la relevancia permite adicionalmente la ubicación clara de la relación de causalidad en el ámbito de la tipicidad y no como un elemento —previo— de la acción (74).

Entiendo que también constituye un mérito de la teoría de la relevancia el haber distinguido claramente los dos niveles en los que la discusión se desarrollaba. En un plano causal se afirmará la teoría de la equivalencia, y posteriormente se tratará de encontrar criterios

(71) A diferencia de la teoría de la causalidad adecuada, «no incurre en el defecto de trocar lo “irrelevante” para el Derecho en “inexistente”». RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 301.

(72) En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 300, señala que el curso causal debe ser «*relevante* conforme al “sentido” del correspondiente tipo».

(73) Sin embargo, como observa GIMBERNAT (1966), p. 72, la teoría de la relevancia excluye, asimismo, acciones adecuadas, pero realizadas con la debida diligencia (acciones peligrosas permitidas), e incluso aquellas realizadas sin el debido cuidado siempre que éste se hubiese producido de igual forma aun observándose un comportamiento prudente.

(74) RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 302, nota 18. La anterior concepción era lógica al amparo de la doctrina causal de la acción que consideraba el resultado como un elemento de ésta. Ello es objetable desde un punto de vista lógico —no se puede considerar el efecto como elemento de la causa— y dogmático. En efecto, en los delitos de actividad o en las formas imperfectas de ejecución debía concluirse que faltaba la acción. Adicionalmente el hecho de que al referirse al resultado sólo se está tomando en consideración el resultado *típico* comporta introducir un elemento de la tipicidad al estadio previo de la acción (supuestamente considerada de forma prejurídica). Estas objeciones conducen a afirmar que resultado y relación de causalidad no son elementos de la acción, sino del tipo legal. Véase al respecto RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 290.

No obstante, como advierte SILVA (1984), p. 1041, nota 5, en ocasiones se diferencia la *causalidad en sí* de sus *restricciones* y se analiza la primera como un elemento *previo* al tipo legal.



normativos que nos permitan adscribir determinadas acciones causales (de acuerdo a la teoría de la equivalencia) al tipo legal; esto es, la declaración de tipicidad de determinados comportamientos no será ya obra de la causalidad, sino que deberá realizarse en base a criterios normativos provenientes de la ciencia jurídico-penal.

Ahora bien, si éste es su gran mérito, allí parece residir, asimismo, su mayor limitación. En efecto, nada nos dice la teoría de la relevancia acerca de los *criterios* que deben acogerse para determinar qué acciones son o no relevantes.

El análisis de los tipos cuando estos sean de naturaleza causal (es decir, nombren un resultado y admitan todo comportamiento causal para producir este resultado) no nos revela los criterios en base a los cuales excluir determinados cursos causales. Como señala Gimbernat: «Mezger se limita a decir, en definitiva, que las condiciones inadecuadas del resultado no son relevantes porque no lo son» (75).

Ello comportó que a pesar de la corrección de sus criterios iniciales, tuviera una limitada acogida en la doctrina.

Sin embargo, podríamos señalar que a partir de ella se inicia la elaboración de unos criterios que permitan restringir en el injusto las consecuencias extensivas que conlleva la teoría de la equivalencia.

Estos criterios normativos son los que la moderna teoría de la imputación objetiva pretende ofrecer.

Debe indicarse, no obstante, que éste no fue el único camino adoptado para conseguir esta deseada restricción.

En efecto, es dable constatar dos procesos adicionales expuestos por Gimbernat (76).

Por un lado, tras años de discusiones de las teorías causales empieza a imponerse la idea de que se le ha otorgado a este problema una extensión desmesurada. Así se afirma que el problema causal tiene un ámbito reducido a los delitos de resultado que permiten la separación entre acción y resultado, al propio tiempo se propugna su estudio en la Parte Especial, limitándolo al grupo de delitos que planteen tal problemática.

Adicionalmente, se critica la concepción de los tipos legales como mera descripción de procesos causales. El problema aparece cuando se trata de delimitar este plus adicional de los tipos. Fruto de ello surge una extensa polémica respecto del concepto de acción. Como observa Gimbernat, si la tipicidad consistía en una acción que causa-

---

(75) GIMBERNAT (1966), p. 74. De otra opinión, RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), pp. 301-302, nota 18, quien considera: 1.º) que el recurso a la tipicidad no sustituye, sino que completa el criterio de la adecuación; 2.º) que incluso en aquellos tipos legales en los que el verbo sea indeterminado tiene lógica recurrir a determinar el «sentido» del tipo analizando el resto de características típicas. Admite, no obstante, la existencia de supuestos límites, pero niega que estas dificultades sean exclusivas de la teoría de la relevancia.

(76) GIMBERNAT (1966), pp. 66-68.

ba un resultado y los intentos adoptados hasta el momento de limitar su ámbito por medio de las teorías causales habían resultado estériles, era lógico que esta delimitación se intentase en base al siguiente elemento: la acción.

No podemos desarrollar en este artículo la extensa polémica que se desarrolló entre los partidarios de la acción final y la acción causal, así como los defensores de la acción social. Baste, sin embargo, señalar que del mismo modo que el escepticismo acabó haciendo mella respecto de la capacidad del dogma causal para restringir el círculo de acciones típicas, también las distintas teorías de la acción se revelaron incapaces de —partiendo de los caracteres ontológicos de la acción— producir la deseada limitación (77).

Por consiguiente, la situación parecía hallarse en un callejón sin salida. En efecto, si se admite que la teoría de la equivalencia es la única teoría causal, ello conduce a considerar típicas infinidad de acciones. Para conseguir una adecuada restricción se argumenta que los tipos penales no castigan meras acciones causales, sino que éstos requieren un plus. Este plus, sin embargo, no pueden obtenerse ni de las diversas teorías causales (que pretenden restringir el concepto de causalidad) ni de las diversas teorías de la acción (que pretenden restringir el concepto de acción) (78).

Ante esta situación surge la teoría de la imputación objetiva que contará como trasfondo con los siguientes datos:

— La reducción de la problemática causal a un reducido grupo de delitos, los delitos de *resultado* (79).

— La aceptación de la teoría de la *equivalencia* como única teoría causal.

— La comprensión de la relación de causalidad como un elemento del tipo y *presupuesto* de la imputación objetiva.

— La necesidad de elaborar unos criterios *normativos* que permi-

---

(77) GIMBERNAT (1966), pp. 117-118.

(78) Esto, no obstante, los partidarios de las tesis finalistas afirman la idoneidad de la concepción del *injusto personal* para delimitar el ámbito de las acciones típicas. Ello es debido a que la ubicación del dolo y la imprudencia en el tipo legal permite la exclusión de muchos de los supuestos que una perspectiva causalista (que acoja la teoría de la equivalencia) no tiene más remedio que considerar incluidos en el injusto. Por ello, de acuerdo a una perspectiva finalista, la teoría de la imputación objetiva aparece redundante.

Debe advertirse que no todos los partidarios de una teoría causalista entienden necesarios los criterios de la imputación objetiva para restringir el ámbito del injusto, así COBO-VIVES (1987), p. 286; del mismo modo que no todos los que acogen una sistemática finalista consideran la imputación objetiva como algo redundante, así BUS-TOS (1984), pp. 227-230.

(79) Si bien se discute si el ámbito de aplicación de la imputación objetiva debe verse, asimismo, limitada a este grupo de delitos. Véase TORIO (1986), p. 47. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), p. 83.

tan delimitar el círculo de acciones típicas (80). Los cuales exigirán que además de la causalidad de la acción respecto del resultado, entre éste y aquélla se dé una determinada *relación de riesgo*.

## 6. LA IMPUTACION OBJETIVA

### a) *Exposición de la doctrina de Larenz y Honig*

Acostumbra la doctrina a citar como precedentes de la teoría de la imputación objetiva los planteamientos desarrollados por Larenz y Honig. Aparece por ello necesario exponer brevemente la perspectiva de ambos autores:

#### 1. El pensamiento de Larenz (81)

De acuerdo con Larenz la imputación objetiva describe aquel *juicio por el cual determinado hecho aparece como obra de un sujeto*.

Anteriormente se diferenciaba entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*, esto es, imputación al hecho e imputación a la culpabilidad. Esta diferenciación desapareció en los hegelianos desde el momento en que ellos unieron ambos juicios al entender que para el derecho sólo el hecho culpable tenía interés. Posteriormente ambos juicios volvieron a dividirse y se distinguió el hecho del hecho culpable. No obstante, se había operado una curiosa transformación, la relación del hecho con la voluntad del sujeto era entendida como una relación meramente causal. Debe afirmarse, sin embargo, que la imputación al hecho no tiene en modo alguno un significado similar a la relación causal.

La imputación no es nada más que *el intento de delimitar los hechos propios de los acontecimientos accidentales*. Cuando se señala que alguien es el causante de un determinado hecho se está afirmando que este acontecimiento es su propia obra, su propia voluntad y no un suceso accidental.

Al describirse la causa como el conjunto de condiciones, aparece claro la imposibilidad de nombrar a sólo una de ellas como la causa, e imputarle exclusivamente a ella el efecto como propio. Todos los

---

(80) Como ya hemos observado, ello se hace *tras* comprobar su carácter causal y no una vez investigada la posibilidad de atribuir determinada acción al tipo, comprobar su carácter causal como sugerían GIMBERNAT (1961), p. 547, y MAURACH, *cit.* por RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), nota 18, p. 302.

(81) La obra en la cual nos basamos es LARENZ (1927). Lo que sigue a continuación es una síntesis de su pensamiento que puede encontrarse fundamentalmente en las páginas 60-105, por lo que no se darán referencias exactas en cada caso.

intentos de los juristas de describir el hecho como una mera relación causal, o de basar el juicio de imputación en un mero juicio causal están de antemano destinados al fracaso.

Cuando en Derecho se plantea: «A» envía a «B» al bosque con la esperanza de que le alcance un rayo, cosa que efectivamente sucede, la pregunta no es si «A» ha causado la muerte de «B». Ello es evidente desde un punto de vista causal de las ciencias de la naturaleza. Pero la pregunta debiera ser si a «A» se le puede imputar objetivamente el hecho como propio o si por el contrario éste debe ser visto como una consecuencia accidental de una constelación de factores. La pregunta por consiguiente no es una pregunta causal, sino una cuestión de imputación.

El problema no es la delimitación de las causas, sino la delimitación de los aspectos que pueden ser vistos como obras de la libertad de actuación. Sólo la voluntad dirige un proceso causal, sólo la voluntad tiene la posibilidad de transformar las consecuencias accidentales en un hecho propio. Por consiguiente, *la imputación de un hecho es la relación del acontecimiento con la voluntad.*

Sólo la persona puede ser causante, sólo ella puede ser autor, como Kant definiera: «Persona es aquel sujeto cuyas acciones son capaces de ser imputadas».

Ello presupone la existencia de un hombre libre. Esta libertad es lo que posibilita la imputación de sus hechos y la responsabilidad por ellos. Esta libertad se plasma en sus actos, en estos se exterioriza el propio sujeto; son los resultados de su propia identidad. Por ello, el hecho de un sujeto no es algo extraño e indiferente, sino la revelación de su ser. En consecuencia, el hecho no es una mera transformación, una sucesión de causas y efectos, sino una singularidad, un todo. El sujeto no es sólo el primer eslabón de una cadena de causas y efectos, sino su principio configurador: en el doble sentido de la palabra, principio como comienzo, como punto de inicio y como regulador del acontecimiento. Por ello puede serle imputado el hecho como propio, porque éste es algo original y propio.

La voluntad se realiza en el hecho, a través de la capacidad de marcarse objetivos y de dirigir el proceso causal hacia un determinado objetivo, la voluntad domina los acontecimientos de la naturaleza y los transforma en sus propios hechos. El hecho se presenta como una totalidad teleológica, esto es, como una relación de causas y efectos que es transformada por obra de la voluntad al dirigirla hacia una finalidad. *La imputación como un juicio sobre el hecho no es, por consiguiente, un juicio causal, sino teleológico.*

El concepto de finalidad (*Zweckbegriff*) no debe interpretarse, sin embargo, como algo subjetivo, sino en un sentido *objetivo*, esto es, no sólo se imputa lo que era querido y sabido, sino que también debe imputarse lo que era conocido y, por tanto, podía ser abarcado por la voluntad, lo que aparecía como un objeto posible de la volun-

tad. Tampoco este juicio de posibilidad es un juicio causal, ya que lo que aquí se cuestiona no es la posibilidad de un determinado proceso causal, sino su dirigibilidad (dominabilidad) por obra de la voluntad. En consecuencia, el hecho es la realización de la voluntad y la imputación el juicio que relaciona este hecho con la voluntad.

Este concepto de hecho es acorde con el término hegeliano de acción. Acción para los hegelianos es una totalidad de momentos objetivos y subjetivos. Los aspectos subjetivos son la voluntad, esto es, los esfuerzos del sujeto para realizar su propósito; los momentos objetivos son el hecho entendido por tal los acontecimientos provenientes del sujeto, los cuales pueden ser imputados en la medida en que estén comprendidos por la voluntad. De ahí, por consiguiente, que *la imputación sea para los hegelianos aquel juicio por el cual un determinado acontecimiento puede ser descrito como una acción.*

Los hegelianos tenían razón en considerar la acción como una totalidad, no sólo como una suma de causas y efectos, sino como un todo dirigido por la voluntad. Asimismo, tenían razón en negar la importancia de la *imputatio facti* en tanto en cuanto ésta describía exclusivamente relaciones causales. Sin embargo, era cuestionable la unidad impuesta por ellos de tal forma que imputación al hecho era imputación a la culpabilidad. La diferenciación de *imputatio facti* como juicio de imputación del hecho, y la *imputatio iuris* como el juicio de la valoración del hecho les fue desconocida. De esta forma se inicia el error en el que posteriormente caerían todos los juristas de igualar la *imputatio facti* a la causalidad.

Por el contrario, nosotros debemos afirmar que la *imputatio facti* no dice relación ni con la causalidad ni con la culpabilidad. De la acción culpable separamos el concepto de hecho. Este como tal no contiene aún un juicio de valor, puede ser antijurídico, conforme a Derecho o indiferente. Pero cada hecho no es sólo una sucesión de consecuencias causales, sino una totalidad que comprende un elemento teleológico, antes de que pueda ser valorado jurídicamente. En conclusión, sí estamos de acuerdo en que la acción es voluntad realizada, en que la imputación es el juicio sobre la libre causalidad de la voluntad, pero no en la identificación entre hecho y culpabilidad.

La acción causal perdió este concepto total de acción proveniente de los hegelianos. Esta fue descrita como un movimiento corporal, un hacer o no hacer independiente de su finalidad; como ellos mismos describían era un fantasma sin sangre, producto del pensamiento analítico del positivismo.

Por el contrario, *acción* es exteriorización de la voluntad, esto es, un movimiento corporal dirigido por la voluntad hacia una finalidad. Con el concepto de *hecho*, finalmente comprendemos lo que Binding y los hegelianos situaron bajo el término de acción: la completa realización de la voluntad, a saber, el movimiento inmediato del sujeto —la acción— como los más lejanos, los acontecimientos

desencadenados —las consecuencias de la acción— en tanto en cuanto estén en una relación teleológica, sean dominables por la voluntad al servicio de su objetivo.

La acción y sus consecuencias construyen un todo, que encuentra su unión en la voluntad rectora: el hecho del sujeto. La acción y el hecho se diferencian del hacer y acontecer por su relación con la voluntad que les confiere su significado teleológico. La imputación es la relación de un hecho con su voluntad.

La voluntad dirige el proceso causal al orientarlo hacia un fin, al ponerlo al servicio de una finalidad. Existen dos aspectos que posibilitan esta «causalidad de la voluntad»: la capacidad del sujeto de prever un curso causal, de conocer los efectos de determinadas causas, el momento del conocimiento, de la previsibilidad; y la capacidad, de acuerdo a este conocimiento, de asir este proceso causal, de convertirse en causa y darle la dirección deseada, el momento de la causalidad de la voluntad.

Sólo el conocimiento no bastaría si el sujeto no tiene la posibilidad de incidir en este proceso causal, tampoco este poder sería útil si el sujeto no pudiese prever las consecuencias de su incidencia sobre el propio curso causal. En conclusión, la causalidad de la voluntad llega hasta donde alcanza la posibilidad de *prever y dominar*; esta posibilidad delimita la frontera de la imputación de los propios hechos respecto de los sucesos accidentales. Este juicio sobre el hecho no es el juicio sobre una relación causal, sino sobre una relación teleológica que reconduce el acontecimiento a la voluntad.

Sin embargo, la llamaremos imputación *objetiva*, porque esta posibilidad de prever no se mide de acuerdo a las capacidades y conocimientos del autor concreto, sino de acuerdo a un criterio general, objetivo, del hombre inteligente-prudente (einsichtigsten Menschen).

Del mismo modo deben ser tratados los casos de *omisión*. En estos no puede hablarse de causalidad, sino también de la posibilidad de la voluntad de dirigir el proceso causal, de la posibilidad de prever el resultado y de evitarlo.

Sólo cuando existe la posibilidad de actuar tiene sentido hablar de omisión, la naturaleza no puede ni actuar ni omitir, sólo acontecer, debido a que ella no se determina, no puede realizar su finalidad. Debido a que la posibilidad de omitir una determinada acción es una posibilidad de la voluntad, aparece por ello imputable la omisión. Las acciones y omisiones no describen por ello puros cursos causales, sino relaciones teleológicas, la relación de un acontecimiento con la voluntad del sujeto.

También la imputación de la omisión nos indica si este hecho del sujeto puede ser afirmado como su propia obra. Ello es independiente —al igual que sucedía en la acción— de la valoración jurídica de

esta omisión (82); ésta sólo aparecerá como imputable cuando existía la posibilidad de dirigir el proceso causal por la voluntad de acuerdo a una finalidad. *Son imputables, en consecuencia, aquellos acontecimientos sobre los cuales existía la posibilidad de ser dirigidos por la voluntad: ya sea hacia la realización de un suceso previsible o hacia su posible evitación.*

Del mismo modo que no puede imputarse cada curso causal, sino sólo aquel dirigible por la voluntad y previsible, también puede imputarse un curso que si bien no aparece relacionado causalmente con el sujeto tiene una determinada relación con su voluntad.

La complicación de la omisión, en palabras de Binding, sólo es debido a su unión con el naturalismo positivista que entendió que era un problema causal. En realidad es una cuestión de contestar si queremos responsabilizar a un determinado sujeto, es decir, imputarle el resultado, aun cuando no lo haya causado, por el hecho de que no podía y debía haberlo evitado (83).

*Síntesis del pensamiento de Larenz:*

— La imputación objetiva tiene como tarea deslindar los acontecimientos accidentales del hecho propio de un sujeto.

— Esta diferenciación no puede basarse en la causalidad común al hombre y a la naturaleza. Lo distintivo del hecho propio es que aparece como una realización de la voluntad del sujeto.

— Por hecho se entiende la acción y las consecuencias de la acción en cuanto era posible abarcarlas por la voluntad (84).

— El juicio de imputación objetiva es por ello un juicio teleológico que busca reconducir el hecho acaecido a la voluntad personal.

— Esta relación entre el hecho y la voluntad existe cuando el suceso es previsible (85) y dominable.

---

(82) La cual será dolosa cuando le era posible evitarla, previsible y la dejó entrar de propósito o culposa cuando le hubiera sido posible preverla.

(83) A continuación esboza Larenz la relación entre imputación y responsabilidad. Este aspecto no será objeto de desarrollo, baste destacar cómo la imputación aparece como un presupuesto de la responsabilidad. Así señala: «Sin imputación no existe responsabilidad, sólo cuando el hecho aparece como propio puede surgir de él una responsabilidad. Debe, consecuentemente, separarse el juicio teleológico acerca del hecho, del juicio normativo acerca de la valoración del hecho».

(84) No aparece claro en mi opinión si se refiere a lo que conocía y quería, y a lo que era conocido y, por tanto, podía ser abarcado por la voluntad. En este caso estamos frente a un conocimiento actual, LARENZ (1927), p. 68. O si por el contrario se comprende lo que conocía y quería y lo que le hubiera sido posible conocer. En estos casos se comprendería el conocimiento potencial. LARENZ (1927), p. 75.

(85) Si bien LARENZ (1927), p. 84, parte de una previsibilidad objetiva, en determinadas ocasiones parece acoger el criterio de una previsibilidad subjetiva dependiente de la capacidad del sujeto, LARENZ (1927), p. 76.

## 2. Exposición del pensamiento de Honig (86)

También Honig parte de que para el ordenamiento jurídico lo decisivo no es la constatación de una mera relación causal, sino de una relación jurídica especial entre la acción y el resultado.

En los procesos que conducen a un resultado no se trata de comprobar la causalidad, sino de valorar esta relación de causalidad. El problema de la causalidad está ya decidido cuando se constata que la acción fue una condición necesaria para que el resultado se produjese. Pero con la constatación de esta relación fáctica aún no se ha dicho si esta relación es significativa para el Derecho o si es suficiente. Esta es precisamente la *tarea de la imputación objetiva: contestar a la cuestión axiológica de la significación de la relación de causalidad para el ordenamiento jurídico, de acuerdo a criterios señalados desde el propio ordenamiento jurídico.*

Este juicio parte de la base de la existencia de un relación entre la acción humana (en el sentido de exteriorización de la voluntad) y el resultado. Se podría objetar que también la causalidad busca la conexión entre una acción y el resultado, pero ello no se deriva en modo alguno del concepto de causalidad. Este entiende como causa el conjunto de condiciones, por consiguiente, el tomar en consideración exclusivamente las *acciones* es ya un uso jurídico de la relación causal.

La segunda restricción de la causalidad filosófica es el resultado. En él reside la lesión (puesta en peligro) del bien jurídico. Este sólo tiene interés para el Derecho cuando aparece vinculado a la acción de un hombre.

No obstante, señalar que entre la acción y el resultado existe sólo una relación de causalidad, no hace justicia a la esencia del actuar humano como una exteriorización de la voluntad.

La conducta como exteriorización de la voluntad es, en oposición a los restantes innumerables factores, algo originario, una colocación consciente de causas, un acto quasi-productor, una intervención final (Zweckhaften Eingreifen) de la razón del hombre en la naturaleza precedente y por ello una manifestación teleológica. Si la imputación objetiva describe la relación de un resultado con la actuación, el contenido de este juicio de imputación dependerá de la originaria actuación *teleológica* de la voluntad humana. Esta relación teleológica es observable en base a que el hombre realiza sus objetivos (su finalidad) incidiendo en la naturaleza, poniendo a ésta a su servicio. Es obvio que este poder tiene límites, pero en tanto el hombre tiene capacidad prevé los efectos de determinado comportamiento, en tanto

---

(86) La exposición del pensamiento de Honig está basada en su artículo, HONIG (1930), pp. 174-201.



tiene capacidad dirige (realiza o evita) estos efectos variando su comportamiento. Por ello, su comportamiento —objetivamente considerado al margen de lo que de hecho quería— puede ser visto como exteriorización final de su voluntad. En consecuencia, el criterio que permite imputarle un hecho y diferenciarlo de los acontecimientos accidentales es esta objetiva finalidad (*objektive Zweckhaftigkeit*). De este modo puede afirmarse que son *imputables aquellos resultados que pueden ser pensados como colocados finalmente*.

Que con ello aún no se ha planteado la responsabilidad del sujeto por su comportamiento o por el resultado, debiera ser evidente. Aún no se ha dicho nada respecto de si el autor quería, aprobó o sólo previó el resultado, por consiguiente, aún no sabemos cuál era su relación psíquica con el resultado. Se trata sólo de un *juicio objetivo* sobre esta relación teleológica del comportamiento con el resultado, sobre su *alcanzabilidad* (*Erreichbarkeit*) o *evitabilidad* (*Abwendbarkeit*) *para cualquiera* que se encuentre en la misma situación.

Aun cuando este juicio no tome en consideración el conocimiento y querer actual del autor, sí debe atender a sus capacidades potenciales. El criterio es si el sujeto podía con su comportamiento, junto con el resto de factores exteriores, realizar o evitar el resultado. La contestación a esta pregunta debe ser resuelta en cada caso concreto —a diferencia de la generalización que opera la teoría de la adecuación— en atención a su alcanzabilidad.

A diferencia de la teoría de la causalidad adecuada, la clave de la relación del autor con el resultado no estriba en la previsibilidad, sino en la *dirigibilidad del proceso causal*. Ello es lógico porque el Derecho se dirige a comportamientos que al hombre le sea posible observar, los que estén en su ámbito de poder. Ello permite extraer la conclusión de que *sólo tienen significación jurídica aquellos comportamientos causales respecto del resultado cuando éste pueda ser pensado finalmente en virtud de su alcanzabilidad o evitabilidad*.

La antijuridicidad y reprochabilidad del mismo sólo pueden considerarse cuando existe la posibilidad de evitar el resultado prohibido o de realizar el resultado pedido.

Ello es también aplicable a los delitos de *omisión*. Si en los delitos de acción se afirma la causalidad de un comportamiento cuando éste no puede ser ignorado sin que desaparezca el resultado, en los delitos de omisión una falta de actividad puede ser descrita como causal cuando el comportamiento hubiese evitado el resultado. Sólo puede hablarse de causa cuando esta inactividad tenga el mismo significado que una acción.

Pero esta causalidad del hacer o del omitir se basa en la posibilidad de elegir una u otra actuación, en la posibilidad de autodeterminarse. Sólo cuando existe la posibilidad de actuar, adquiere la omisión su significado jurídico. Por consiguiente, hablamos de una omisión cuando el resultado era previsible y dominable, esto es, era evitable.

Si el sujeto no podía evitarlo no tiene ningún sentido decir que «omitió» su evitación.

De esta forma, en la omisión, junto con la causalidad, lo relevante era la posibilidad de evitar el resultado, si le era posible en vez de permanecer inactivo, evitar el resultado realizando la acción correspondiente.

La contestación debe ser positiva cuando en las circunstancias concretas el resultado era previsible y estaba en el ámbito de poder del autor por medio de un comportamiento evitarlo, o dicho de otro modo, cuando la inactividad respecto del resultado puede ser pensada como dispuesta finalmente. Precisamente, en base a esta previsibilidad y evitabilidad del resultado la omisión aparece objetivamente imputable.

Sólo la posibilidad de actuar confiere a la inactividad el significado de una omisión. En consecuencia, sólo cuando el resultado es objetivamente imputable a un no-hacer, tiene esta inactividad el significado de una omisión. *La imputación objetiva del resultado es un elemento constitutivo de la omisión.*

Este tipo de razonamiento es, asimismo, aplicable a los delitos de acción. También en éstos la imputación objetiva del resultado a la acción es un elemento constitutivo de la tipicidad.

Este juicio de imputación sobre la base de si la actuación de la voluntad era de acuerdo a la experiencia un medio adecuado para producir el resultado, si la actuación de la voluntad y el resultado pueden ser vistos como un todo teleológico, si el resultado constituye el objeto de la voluntad, esto es, si era dirigible por ésta.

De la misma forma que un comportamiento sólo se constituye en un objeto jurídico cuando éste es dependiente de la voluntad, el resultado sólo puede ser relacionado con este actuar cuando su realización aparece como un posible objetivo alcanzable por la actuación en las condiciones dadas.

Por consiguiente, sólo se puede hablar de una actuación en el sentido de realización típica cuando la producción del resultado puede ser pensado como el objetivo del comportamiento activo. O dicho de otro modo, un comportamiento activo sólo tiene el significado de actuación típica cuando el resultado, que no se hubiera producido sin este comportamiento, aparecía al mismo tiempo como un posible objeto de la voluntad, esto es, era alcanzable por un actuación correspondiente a la voluntad.

*Síntesis del pensamiento de Honig:*

— La imputación objetiva tiene como función dilucidar la significación jurídica de una relación de causalidad ya dada.

— Esta relación de causalidad es significativa para el Derecho penal cuando aparece dirigida por la voluntad humana.

— Sólo aparece presidida por la voluntad humana cuando ésta podía prever y dirigir (alcanzar o evitar) su curso.

— Por ello, sólo son imputables aquellos resultados que aparecían como previsibles y dirigibles, esto es, colocados finalmente por la voluntad.

— Sólo la imputación objetiva del resultado —previsibilidad y evitabilidad— permite constituir una omisión (típica); sólo la imputación objetiva del resultado —previsibilidad y alcanzabilidad— permite constituir una acción (típica) (87). La imputación objetiva del resultado es, por consiguiente, un presupuesto de la tipicidad del comportamiento.

— Con ello conseguimos imputar un resultado, pero ello no nos indica aún la relación psíquica del sujeto con este resultado. Es por ello una imputación objetiva.

#### *b) Explicación y revisión de los criterios elaborados por Roxin*

Como es sabido fue Roxin, fundamentalmente, quien en base a la doctrina elaborada por Honig, procedió a desarrollar diversos criterios de imputación objetiva. A continuación realizaremos una exposición de los mismos, señalando cuándo estos han sido complementados o bien objeto de revisión y crítica por parte de la doctrina española, quien en su mayoría, no obstante, los ha acogido sin variación.

También Roxin parte de que para Honig sólo es imputable aquel resultado que puede concebirse como dispuesto finalmente. De tal forma, aun cuando exista una relación de causalidad, faltará la posibilidad de imputar objetivamente el resultado en los cursos causales irregulares o no dominables, ya que en éstos falta la posibilidad de ejercer un control sobre ellos (88).

Este planteamiento se basa en la misión del Derecho penal. Este tiene que regular los comportamientos humanos dirigiendo sus mandatos y prohibiciones a la voluntad, pues sólo ésta es motivable. Pero estas directrices sólo tienen sentido respecto de algo que la persona pueda prever y dirigir (realizando o evitando). En consecuencia, aquellos resultados que no le sean dados prever o dirigir no aparecen dispuestos finalmente y consiguientemente no constituyen realizaciones típicas.

Sin embargo, de acuerdo con Roxin, esta finalidad objetiva (la posibilidad de prever y dirigir) no se basa en una «facticidad del poder» (89). En efecto, añade Roxin, si el ordenamiento jurídico no prohíbe a «A» que envíe a un guardabosques al bosque para que le alcance un rayo, ello no se debe a que el ordenamiento jurídico

---

(87) Véase al respecto las consideraciones expuestas por GIMBERNAT (1987b), p. 607 y nota 95, p. 607.

(88) ROXIN (1976), p. 129.

(89) ROXIN (1976), p. 130.

no pueda prohibirle esta actuación, el ordenamiento jurídico no lo prohíbe porque «dicha conducta no crea un riesgo mensurable de lesión de un bien jurídico» (90). Por consiguiente, Roxin equipara la finalidad objetiva, o posibilidad de dominio a través de la voluntad humana, con la creación de «un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico» (91). Este aspecto es independiente y anterior a la catalogación del comportamiento como doloso o culposo (92).

Hoy es aceptado unánimemente por la doctrina (93) como *principio general de imputación objetiva el que la acción humana haya creado un riesgo jurídicamente desvalorado y éste se haya realizado en el resultado*.

Ello requiere, por consiguiente, la comprobación de: 1.º) la acción ha creado un riesgo (en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones); 2.º) que este riesgo es jurídicamente desvalorado, y 3.º) que se ha plasmado en la realización de un resultado típico.

Desarrollando este principio Roxin ha elaborado los siguientes criterios de imputación objetiva:

### 1. Disminución de riesgo

Ejemplo: «A» ve cómo una piedra va a dar en el cuerpo de «B». No puede evitar que la piedra alcance a «B», pero sí desviarla de tal modo que el golpe sea menos peligroso.

En este caso, de acuerdo con Roxin, existe una disminución del riesgo para el bien jurídico protegido. En consecuencia, no puede hablarse de acción típica ya que «lo que reduce la probabilidad de una lesión no se puede concebir como dispuesto finalmente respecto a un menoscabo de la integridad corporal» (94).

Del mismo modo debieran tratarse los controvertidos casos en los que el sujeto (por ejemplo, un médico) intenta impedir una muerte y sólo consigue retrasarla.

#### *Observaciones:*

— Se ha planteado por algún sector de la doctrina que en estos supuestos la actuación podría estar amparada en una causa de justifi-

(90) ROXIN (1976), p. 130.

(91) ROXIN (1976), p. 131.

(92) ROXIN (1986), p. 5.

(93) MIR (1985), p. 189. GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 186. BUSTOS (1984), p. 229. ROMERO (1983), p. 163. TORIO (1986), p. 33. JESCHECK (1981), p. 389. STRATENWERTH (1982), p. 80. WESSELS (1980), p. 61.

(94) ROXIN (1976), p. 131. Aceptado en la doctrina española por BUSTOS (1984), p. 229. MIR (1985), p. 190. ROMERO (1983), p. 164.

cación —*estado de necesidad*— (95). Esto, no obstante, en opinión de Roxin, ello supondría reconocer que la acción constituye una acción típica de lesiones; sin embargo, en estos supuestos lo que aparece en un primer plano no es la realización de un riesgo para la integridad física, sino la evitación del mismo, aspecto éste que impide catalogar a dicho comportamiento como una acción *típica* de lesiones (96).

Esta conclusión es cuestionada por Torío (97) en base a tres consideraciones: 1.<sup>a</sup>) ésta sería la situación en todas aquellas causas de justificación en las que el autor pretende evitar una lesión al bien jurídico (por ejemplo, legítima defensa); 2.<sup>a</sup>) si este principio (elemento positivo) se analiza para imputar objetivamente el resultado, no puede tomarse nuevamente en consideración como elemento negativo del tipo, y 3.<sup>a</sup>) adicionalmente parece criticable que, a diferencia del estado de necesidad, el principio de disminución del riesgo no exija ningún requisito adicional.

— Cerezo cuestiona en estos casos la existencia de un *dolo* de lesiones (98).

— En opinión de Mir, el criterio de disminución del riesgo tropieza con dificultades cuando se trata de dos bienes jurídicos distintos. En estos casos la acción si bien disminuye el riesgo para un bien jurídico (la vida), lo crea para la integridad física. En ellos puede afirmarse la imputación objetiva del resultado y debería acudir al estado de necesidad para justificar la lesión. Por el contrario, «la negación de la imputación objetiva podrá mantenerse si se contempla la lesión a la salud o integridad física, no como un *aliud*, sino como un *minus* respecto a la muerte de la misma persona» (99).

— También Armin Kaufmann (100) ha cuestionado la corrección de dicho criterio.

En opinión de este autor, Roxin plantea el ejemplo de «desviación del golpe» en forma tal que este comportamiento aparece necesario para evitar un mal mayor, con lo cual late ya en el fondo una justifi-

---

(95) TORÍO (1987), p. 392. JESCHECK (1981), p. 389, plantea la posibilidad de acudir a la causa de justificación del riesgo permitido.

(96) ROXIN (1986), p. 9.

(97) TORÍO (1987), pp. 392-393.

(98) CEREZO (1985), p. 326. Sin embargo, en el ejemplo manejado por Cerezo, «“A” intenta matar a “B” y “C”, quien lo observa no puede impedirlo, pero si desviar el golpe», parece dudoso que la legítima defensa excluya el dolo de lesionar. En el resto de constelaciones, Cerezo se inclina, si existe dolo, por apreciar un delito de lesiones (excepto en el caso en que la conducta esté amparada por estado de necesidad). Pero con ello se desconoce la problemática de los casos en que el sujeto actúa con dolo de lesionar, a los que eventualmente no les sea aplicable el estado de necesidad, y que, sin embargo, hayan objetivamente disminuido el riesgo de lesión del bien jurídico. Adicionalmente, supone afirmar la tipicidad de este tipo de acciones que es precisamente el aspecto que se debate.

(99) MIR (1985), p. 190.

(100) KAUFMANN (1985), p. 811.

cación. Ahora bien, ¿qué sucede si el sujeto tenía la posibilidad de desviar totalmente el golpe? «Aquí se puede argumentar que la expectativa de salud no fue disminuida, sino aumentada» (101).

Ello ha sido contestado por Roxin (102) señalando que negar que existe un delito de lesiones cuando «aumentan las expectativas de salud» o cuando la acción «disminuye el riesgo de su lesión» es absolutamente idéntico. Si ello es así en el supuesto en que el sujeto tenía la posibilidad de desviar totalmente el golpe, con mayor razón deberá negarse la imputación objetiva del resultado en los casos en que la única posibilidad era desviar parcialmente el golpe (103).

— En los casos en que el médico intenta impedir una muerte y sólo consigue retrasarla, Roxin niega (a pesar de que el médico ha causado la muerte) la existencia de una acción típica de homicidio, pues la acción del médico está guiada por el principio de disminuir el riesgo.

También ello ha sido cuestionado por Kaufmann, quien rechaza la existencia de un *resultado típico*. En efecto, de acuerdo con este autor, «matar» sería sinónimo de «acortar la vida» y esto es precisamente lo que el médico no realiza. Sólo cuando se dé un resultado típico —elemento inexistente en estas constelaciones— puede surgir la problemática de imputar objetivamente el resultado (104).

Ello ha sido de nuevo contestado por Roxin. De acuerdo con este autor, es cierto que «matar» es sinónimo de acortar la vida. Pero si se pregunta por qué esta causación de la muerte no cumple el aspecto objetivo del tipo, la respuesta sólo puede ser que este alargamiento de la vida implica una disminución del riesgo de muerte y consecuentemente este tipo de comportamientos no son imputables al tipo del homicidio. Es, por consiguiente, idéntico decir: «matar» es sinónimo de acortar la vida, o «matar» es elevar el riesgo de muerte.

Finalmente, el argumento de que sólo cuando existe un resultado típico nos podemos preguntar por su imputación; es en opinión de Roxin erróneo, ya que con la comprobación de que existe un resultado (de muerte) típico, la imputación objetiva está ya completa; es

(101) KAUFMANN (1985), p. 811.

(102) ROXIN (1986), p. 10.

(103) En mi opinión, sin embargo, no resulta claro lo que Kaufmann pretende señalar. En efecto, aun cuando el sujeto tuviera la posibilidad de disminuir totalmente el golpe, su acción objetivamente ha disminuido el riesgo. Esto es, el sujeto pasivo tenía un riesgo 10, existía la posibilidad de anularlo totalmente, riesgo 0, y sólo se ha evitado parcialmente, riesgo 5. Podría plantearse consecuentemente si este riesgo 5, *aun cuando disminuido*, es objetivamente imputable al autor. Pero esta posibilidad parece ser deshechada por el propio Kaufmann, quien al señalar que *también* en estos supuestos las expectativas de salud han sido aumentadas, parece negar validez al argumento por él mismo propuesto.

(104) KAUFFMANN (1985), p. 811. En el mismo sentido, SCHÖNE (1984), p. 7, quien añade que adicionalmente el criterio de disminución del riesgo (en vez de conformarse con la causalidad y el dolo) añade un factor de inseguridad al tener que comprobarse el riesgo existente anterior y posteriormente.

precisamente la no imputación objetiva de la causación de la muerte lo que impide considerar a ésta como un resultado típico.

En definitiva, en opinión de Roxin, no se comprueba primero la tipicidad de la muerte y luego se procede a su imputación objetiva, sino que para saber si estamos frente a un resultado típico éste debe aparecer objetivamente imputable (105).

## 2. Creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante

Ejemplo: «A», sobrino y heredero de «B», envía a éste en viaje de avión con la esperanza de que sufra una avería y muera. Ello sucede efectivamente.

En estos casos la acción no ha creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión para el bien jurídico. Esta ausencia de riesgo jurídicamente relevante se dilucida en base a un juicio de adecuación, esto es, si el resultado era objetivamente previsible.

Este criterio constitutivo de la imprudencia es, asimismo, válido para los delitos dolosos. En esta constelación de casos en los que la acción no crea ya un riesgo jurídicamente relevante, la falta o la presencia del dolo es secundaria (106).

También con este criterio pueden tratarse de forma aceptable los casos de *desviación de cursos causales*.

Ejemplo: «A», atropellado, muere a consecuencia de un accidente de coche al ser trasladado al hospital.

En este caso debe negarse, asimismo, de acuerdo con Roxin, la imputación objetiva y no existirá ni un homicidio culposo ni doloso; ello es debido a que «el dar lugar a un recorrido en coche no implica ningún riesgo jurídicamente relevante; así no se puede pretender objetivamente causar una muerte» (107).

### *Observaciones:*

— En primer lugar, se cuestiona la corrección de esta denominación. Así Mir prefiere hablar de riesgo *típicamente relevante* por entender que de incluirse los casos de riesgo permitido al amparo de una causa de justificación, la imputación objetiva desbordaría el ám-

---

(105) Pareciera que ambos autores sitúan el acento de su desacuerdo en la necesidad o no de recurrir a la imputación objetiva para fundamentar una conclusión en la que ambos coinciden. En tanto para Kaufmann la no existencia del resultado típico exime de ulteriores averiguaciones, para Roxin es precisamente la imposibilidad de imputar objetivamente este resultado al tipo lo que conduce a negar la existencia de un resultado típico.

(106) Aceptado por la doctrina española, ROMERO (1985) p. 165. GÓMEZ BENÍTEZ (1984), pp. 187-188. BUSTOS (1984), p. 230. MIR (1985), pp. 190-192.

(107) ROXIN (1976), p. 132.

bito del tipo (108); también Kaufmann se pregunta cómo puede responderse a si el riesgo está jurídicamente desaprobado ya en el aspecto objetivo del tipo, cuando sólo la realización de todo el tipo es un indicio de antijuridicidad (109).

— En segundo lugar, debe observarse que el criterio de la creación de un riesgo jurídicamente relevante (adecuación) no aparece ya recogido en un artículo posterior del propio Roxin (110). La desviación de cursos causales será tratada de forma diferenciada en atención así son objetivamente imprevisibles —incluyéndolas en el criterio del ámbito de protección de la norma— o adecuadas —incluyéndolas bajo la rúbrica de imputación al tipo subjetivo doloso— (111).

Procede, pues, en consecuencia, clarificar qué tipo de comportamientos son los que pretenden excluirse en base al criterio de creación de un riesgo jurídicamente relevante.

— Dos parecen ser las hipótesis sobre las que se trabaja:

2.1) Aquellas acciones *inadecuadas*, esto es, que *ex ante* no constituyen un riesgo de lesión para el bien jurídico o bien que éste aparece como insignificante (112).

Varias son las cuestiones que deben observarse:

— Mir ha planteado si en los procesos de riesgo insignificante la previsibilidad objetiva puede venir afectada por el elemento subjetivo de la intención. El citado autor afirma la imputación en aquellos casos en que si bien el riesgo aparece *ex ante* como insignificante, la acción del sujeto se dirige a la lesión del bien jurídico (113).

— Se ha aducido la innecesariedad de recurrir a criterios de imputación objetiva señalando que en estos casos no existe dolo, ya sea porque el sujeto sólo desea el resultado y este deseo no integra el elemento volitivo del dolo (114) o bien porque este resultado no constituye voluntad realizada al situarse la dirección del curso causal en acontecimientos exteriores al sujeto (115). Ambas razones han sido objeto de crítica por Gimbernat. Este autor, citando a Engisch, señala la imposibilidad de negar el dolo en base a la pretendida diferencia entre desear y querer, ya que en estos casos «existe desde un punto de vista

(108) MIR (1985), p. 190.

(109) KAUFMANN, ARMIN (1985), p. 814. En el mismo sentido, STRATENWERTH (1982), p. 86.

(110) Confróntese ROXIN (1986).

(111) Véase ROXIN (1986), pp. 22-23.

(112) MIR (1985), pp. 190-192.

(113) MIR (1985), p. 192. En el mismo sentido, TORIO (1986), pp. 39-40, considera que el grado de adecuación no puede ser idéntico para los procesos dolosos y culposos. En este sentido, MIR (1985), p. 192, advierte que, «sin embargo, ello no supone que la “imputación objetiva” deje de ser “objetiva”, sino sólo que se condiciona a datos subjetivos. Sigue siendo “objetiva” porque no se refiere a la cuestión de si concurre el tipo subjetivo del tipo doloso».

(114) En este sentido, CEREZO (1985), p. 356.

(115) En este sentido, TORIO (1986), p. 36. También JESCHECK (1981), p. 390.



psicológico, intención de ocasionar una muerte; pues para el agente su comportamiento es un medio suficiente idóneo para la producción del resultado; cuenta con la producción del resultado con tal probabilidad subjetiva, que no se puede hablar de un mero desear» (116).

El argumento de que el sujeto no controla el curso causal tampoco puede considerarse decisivo, así en el famoso ejemplo de Thyren (un mal tirador situado a una distancia tal que incluso un excelente tirador carecería de posibilidades de acertar) también el mal tirador podría aducir que no controla el curso causal (117).

— También Kaufmann ha señalado que en estos casos debiera negarse el dolo, ya que éste presupone un juicio de adecuación del curso causal, esto es, el dolo es saber que se quiere la creación de un riesgo y ello falta en el reiterado ejemplo del sobrino (118). Ello es respondido por Roxin al señalar que en estos ejemplos en los que se niega el dolo, ello no se basa en una representación errónea —el sujeto consigue efectivamente lo que quiere—, sino en la alta improbabilidad del curso causal, pero éste es un criterio objetivo y no subjetivo (119).

— Finalmente entiendo que los supuestos en los que el sujeto posee conocimientos especiales (por ejemplo, sabe que alguien ha introducido una bomba en el avión) no deben tratarse al amparo de las acciones inadecuadas. El juicio de adecuación se realiza tomando en cuenta los conocimientos del hombre medio conjuntamente con los del particular autor. En estos casos, por consiguiente, se está frente a acciones adecuadas, las cuales precisan un tratamiento diferenciado (120).

2.2) Aquellas *acciones adecuadas* en las cuales el sujeto se vale de acciones lícitas para producir un resultado típico. La consideración del criterio del riesgo permitido avanzado ya tempranamente por Gimbernat (121), permiten solucionar, en mi opinión, estas constelaciones. En efecto, la diferencia entre ambos ejemplos (el sobrino que desconoce la existencia de una bomba y el sobrino que lo sabe) estriba que en el primer supuesto su acción se mantiene dentro de los límites del riesgo permitido (del tráfico aéreo); por el contrario, en el supuesto en que tenga conocimiento, su acción infringe el cuidado debido, sobrepasa el riesgo permitido y es por ello punible (122). Lo

(116) Engisch, *cit.* por GIMBERNAT (1966), p. 148.

(117) GIMBERNAT (1966), p. 150.

(118) KAUFMANN (1985), p. 816.

(119) ROXIN (1986), pp. 1-4. En tanto para Kaufmann la falta de adecuación del curso causal hace desaparecer el dolo, para Roxin ello impide el surgimiento del aspecto objetivo del tipo, lo que quiere el autor no es típico, porque no es jurídicamente relevante —adecuado.

(120) Esta confusión parece observable en la doctrina quien en el ejemplo del sobrino no duda en afirmar la atipicidad de tales supuestos, porque no se crea un riesgo mensurable o bien porque el riesgo creado no aparece prohibido; en mi opinión pareciera que ambos deben recibir un tratamiento distinto. Así utiliza ambos criterios indistintamente, GÓMEZ BENÍTEZ (1984), pp. 187-188. Afirman, por el contrario, el carácter no prohibido del riesgo ROMERO (1983), p. 164. BUSTOS (1984), p. 230.

(121) GIMBERNAT (1966), pp. 152-153.

(122) Inspirándonos en el esquema propuesto por GIMBERNAT (1966), pp. 155-156, podría aventurarse la siguiente propuesta, en el caso de acciones inadecuadas se estaría

decisivo, en consecuencia, no es la intención del sujeto, sino el hecho objetivo de que en un caso se ha infringido la norma de cuidado (y ello es lo que fundamenta su punibilidad), en tanto que en el otro no y debe por ello (al margen de la intención del sujeto) permanecer impune.

Varias son las observaciones que deben mencionarse:

— La aceptación del criterio del riesgo permitido en el ámbito de los delitos dolosos ha sido objeto de múltiples controversias en la doctrina. En mi opinión debe destacarse que el criterio de imputación objetiva de «creación de un riesgo jurídicamente relevante» propuesto por Roxin, incorpora los *dos* elementos constitutivos del injusto culposo (previsibilidad objetiva-diligencia debida). Por consiguiente, la discusión estriba en averiguar si ambos son *trasladables* como criterios adicionales a la estructura del delito doloso, o si por el contrario el dolo por sí los incorpora o los rinde innecesarios (123).

— Adicionalmente, debemos preguntarnos si se está frente a un problema de imputación objetiva o de *constitución* de los respectivos injustos doloso y culposo. Esto es, si el criterio de «creación de un riesgo jurídicamente relevante» que hemos desarticulado en previsibilidad objetiva/diligencia debida, es un elemento constitutivo del tipo culposo y/o doloso, o si ambos deben utilizarse como criterios de imputación objetiva una vez comprobada la existencia del tipo penal (124).

— Finalmente, surge la duda de la autonomía de este criterio («creación de un riesgo jurídicamente relevante»). En efecto, si éste sólo puede afirmarse cuando el sujeto ha sobrepasado el riesgo permitido, pareciera yuxtaponerse al tercer criterio propuesto por Roxin; sólo cuando el autor ha sobrepasado el riesgo permitido produciendo una elevación del riesgo de lesión, aparece éste como jurídicamente relevante. Ello quizá explicase por qué éste principio desaparece en elaboraciones posteriores del propio Roxin (125).

---

frente a una tentativa imposible; en el supuesto de acciones adecuadas debiera distinguirse cuándo la acción es atípica (por estar dentro del riesgo permitido) y constituye un delito putativo, de los casos en que la acción es típica (al sobrepasar el riesgo permitido) y constituye, por consiguiente, un comportamiento punible. Véanse también las últimas reflexiones de GIMBERNAT (1987a), pp. 179-183.

(123) Al respecto véase la polémica entre CEREZO (1985), p. 324, y OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), p. 92.

(124) Este aspecto suscita de nuevo la discusión sostenida entre Kaufmann y Roxin acerca del papel que juega la imputación objetiva —véase al respecto la nota 105—. Esto es, si la imputación objetiva del resultado es un elemento necesario para constituir el tipo penal o sólo una vez aparece éste constituido (por la presencia de los requisitos tradicionalmente exigidos) surge el problema de imputar objetivamente el resultado.

(125) Una forma de evitar esta yuxtaposición sería reservar el criterio de creación de un riesgo jurídicamente relevante para excluir los supuestos de acciones inadecuadas, y aplicar el criterio del aumento de riesgo para aquellas acciones adecuadas que no respeten la debida diligencia.

### 3. Aumento del riesgo permitido

Ejemplo: «A», fabricante —infringiendo los reglamentos—, entrega material no desinfectado para su manejo. Consecuencia de ello mueren cuatro trabajadoras. Se constata que la desinfección prescrita por los reglamentos tampoco hubiera eliminado la posibilidad de las muertes consecuencia de la infección.

Este ejemplo y otros similares utilizados por Roxin se caracterizan por: 1.º el sujeto activo ha actuado en forma incorrecta; 2.º el bien jurídico se ha lesionado, y 3.º esta lesión se hubiera producido (probablemente) de igual modo aun cuando el sujeto se hubiera comportado irreprochablemente (126). En estos casos procede afirmar la imputación objetiva del resultado cuando la conducta del sujeto ha significado un aumento del riesgo permitido. La base de la imputación objetiva reside en que el empresario ha aumentado con su actuación —al no observar los reglamentos— el ámbito del riesgo permitido.

Sin embargo, no basta la mera infracción de reglamentos, sino que es necesario que de ésta se derive un aumento del riesgo permitido. Ello se debe a: 1.º afirmar la responsabilidad por el resultado basándose en la mera infracción de reglamentos supondría resucitar la denostada idea del *versari in re illicita*, y 2.º conllevaría tratar en forma desigual dos situaciones iguales (127).

Ello es independiente de que con la conducta conforme al Derecho este resultado se hubiera producido igualmente. Lo contrario sería afirmar que aun la conducta más imprudente carece de consecuencias siempre que fuese posible constatar que también una conducta adecuada a Derecho hubiese comportado el mismo resultado. Adicionalmente, supone introducir factores hipotéticos, siempre de difícil prueba, cuando lo único que debiera importar es lo realmente acaecido y si ello ha elavado el riesgo de lesión del bien jurídico, aspecto éste constatable por medio de dictámenes periciales.

También ello se deduce de la posibilidad objetiva de pretender, ya que «si la desinfección prescrita resulta ser completamente inútil, por mucho que se omita no se puede pretender objetivamente provocar un resultado, por lo que incluso quien con ello se propone subjetivamente matar, sólo puede responder a lo sumo de tentativa imposible de asesinato...» (128).

(126) ROXIN (1976), p. 150.

(127) En realidad las dos situaciones no son idénticas, ya que en un supuesto el sujeto ha respetado las norma de cuidado, en tanto que otro no. No obstante, la igualdad proviene para Roxin de que en ambos casos el riesgo de lesión para el bien jurídico pudiera afirmarse idéntico.

(128) ROXIN (1976), p. 135. Este criterio ha sido aceptado por GÓMEZ BENÍTEZ (1984), pp. 188-190. ROMERO (1983), p. 165. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), pp. 99-100. GIMBERNAT (1963), p. 436. Quien, sin embargo, matiza posteriormente su apoyo en GIMBERNAT (1966), p. 131, nota 69. También MIR (1985), p. 240, lo matiza

*Observaciones:*

— De forma muy breve es interesante tomar en consideración otras soluciones propuestas por la doctrina (129).

a) Considerar estos supuestos como delitos de omisión. Ello ha sido objetado por Roxin, quien ha señalado que ello llevaría a la extraña consecuencia de considerar todos los delitos imprudentes como delitos de omisión (se omite la norma de cuidado).

b) Teoría del nexo («comportamiento alternativo ajustado a Derecho»). De acuerdo a esta perspectiva, el resultado debe ser plasmación de la falta de cuidado, consiguientemente si el resultado se sigue produciendo aun con un comportamiento prudente, la infracción de la norma de cuidado no ha sido determinante. Entre otras razones se ha objetado que de seguirse este razonamiento carecería de importancia el comportamiento imprudente del sujeto siempre que se demostrase que el resultado continúa produciéndose; adicionalmente, la imposibilidad de constatar que el resultado no se hubiera producido llevaría a una absolución en la mayoría de casos en base al principio *in dubio pro reo*.

c) Falta del desvalor de resultado. Esta posición afirma que en estos supuestos sólo existe un desvalor de acto debido a que el resultado se produciría en cualquier caso. La negación del desvalor de resultado en la lesión de objetos «que ya encierran en sí mismos el germen del daño», conduce en opinión de Roxin a resultados intolerables (130).

— Uno de los primeros problemas con los que ha tropezado este tercer criterio de imputación objetiva es el momento en que debe valorarse el aumento de riesgo. En opinión de Roxin debe realizarse de acuerdo a una prognosis posterior *ex ante*. Sin embargo, Stratenwerth (131) objeta que sólo se sabrá si se aumentó o disminuyó el riesgo de producción del resultado tomando en consideración todas las circunstancias, esto es, *ex post* (132).

— La segunda objeción que se le ha realizado proviene de Kauf-

---

al acentuar el carácter decisivo de que el resultado sea una realización típica del riesgo creado.

(129) Una exposición extensa de ellas puede verse en ROXIN (1976), pp. 151 y ss.

(130) Así, ROXIN (1976), pp. 163-164, se pregunta: «¿Se podrá, en consecuencia, matar imprudentemente con toda tranquilidad a personas que de todos modos iban a morir pronto?» Debe destacarse, no obstante, que algunos autores que afirman la inexistencia de un desvalor de resultado circunscriben esta posición a los cursos causales de reemplazo, en contraposición a los cursos causales hipotéticos que son los que Roxin está analizando. Esta última distinción puede verse en STRATENWERTH (1982), pp. 84-85. En sentido similar, ROMERO (1983), p. 168.

(131) STRATENWERTH (1982), p. 84. En sentido coincidente, ROMERO (1983), p. 168. Crítico con una perspectiva *ex post* CEREZO (1985), p. 398. MIR (1985), p. 241.

(132) Adicionalmente, en el caso de que sea imposible de constatar, OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), p. 100, abogan por la absolución en base al principio *in dubio pro reo*.

mann, quien ha señalado que el riesgo permitido como «figura correctora» de la tipicidad es un problema de interpretación de los respectivos tipos penales concretos (133). Roxin reconoce que, en efecto, sólo la interpretación de los concretos tipos penales puede indicar dónde finaliza una simple causación del resultado y dónde comienza una acción típica; sin embargo, el hecho de que este principio de interpretación sea aplicable a todos los tipos penales impide afirmar que este mismo frente a un problema de la Parte Especial, como alega Kaufmann, y se afirme por el contrario su consideración en la Parte General (134).

— También Gimbernat ha criticado el criterio del aumento del riesgo. De acuerdo con este autor hay casos en los que el comportamiento imprudente ha supuesto un aumento de riesgo y, sin embargo, procede la absolución por estar el resultado situado fuera del ámbito de protección de la norma (ejemplo: el guardabarreras, imprudentemente, no cierra la barrera cuando va a pasar un tren. Un suicida se arroja ante la locomotora y perece. Si el guardabarreras hubiese obrado prudentemente, *la muerte del suicida se habría evitado*, ya que la barrera era tan alta que éste no habría podido saltarla) (135); en otros por el contrario, la acción imprudente ha conllevado el mismo riesgo que la prudente y, sin embargo, parece adecuado proceder a su punición (ejemplo: el asesino quiere envenenar a su víctima a las siete de la tarde. A las cinco de la tarde va a la farmacia. Lleva una receta del veneno que le ha entregado un amigo suyo médico, quien conoce las intenciones del autor. Para no comprometer a su amigo, el asesino está decidido a hacer uso de la receta sólo si el farmacéutico se niega a despacharle el producto. Pero el farmacéutico infringe el deber y vende el preparado venenoso sin exigir presentación de la autorización médica) (136).

Por ello, de acuerdo con Gimbernat, el criterio adecuado en los cursos causales hipotéticos culposos es atender al fin de la norma para averiguar si el resultado producido era uno de los que la norma pretendía evitar (137).

— No sólo en los cursos causales hipotéticos culposos tropieza el criterio del aumento del riesgo permitido con dificultades, sino,

---

(133) KAUFMANN ARMIN (1985), p. 823. Adicionalmente Kaufmann observa que este criterio de aumento de riesgo no puede sustituir en ningún caso la comprobación de si efectivamente la actuación concreta *causó* el resultado.

(134) ROXIN (1986), p. 14. Sin embargo, Roxin no contesta a la segunda crítica que le dirige KAUFMANN (1985), p. 823, de que el criterio del riesgo permitido no introduce una mayor exactitud que el antaño de la adecuación social utilizado por Welzel y duramente criticado por su imprecisión.

(135) GIMBERNAT (1966), p. 136.

(136) GIMBERNAT (1966), p. 130.

(137) GIMBERNAT (1966), pp. 136-142. Por ello, aparece finalmente comprensible que gran parte de la doctrina aborde el criterio del aumento del riesgo permitido con la exigencia paralela de que este comportamiento se haya realizado en el resultado.

asimismo, en la averiguación de si hay un resultado imputable a una conducta imprudente. En los casos en que se constate que ha existido un aumento del riesgo ello pareciera conllevar necesariamente la afirmación de que se ha lesionado la norma de cuidado. Surge, en consecuencia, de nuevo la duda de si estamos ante un criterio de imputación objetiva del resultado o ante un elemento constitutivo del injusto culposo (138).

— Es cierto, como ya hemos destacado anteriormente, que Roxin argumentaría que sólo la imputación objetiva del resultado permite afirmar que nos hallamos en presencia de una acción *típica* (culposa). El problema es que para proceder a la imputación objetiva del resultado Roxin debe determinar *previamente* si la acción era imprudente, ya que lo que se analiza es si esta acción *imprudente* elevó el riesgo de lesión respecto de un comportamiento prudente.

— Por el contrario, este criterio de imputación objetiva sí podría utilizarse para excluir aquellas acciones dolosas que se mantienen en el marco del riesgo permitido. Sin embargo, ello conlleva de nuevo la problemática de admitir el criterio del aumento del riesgo permitido en el ámbito de los delitos dolosos (139).

— Finalmente, debemos referirnos a los cursos causales hipotéticos dolosos para comprobar si puede aplicarse el principio del aumento del riesgo. Esta posibilidad ha sido negada por sectores de la doctrina (140), entendiéndose que el hecho de que el resultado se hubiera producido de todos modos, no exime al autor de su conducta antijurídica (141).

No obstante, puede seguirse planteando la relevancia de este criterio para solucionar aquellos casos de causalidad de reemplazo, esto es, cuando otra causa ocupa el lugar de la puesta por el autor produciendo el mismo resultado (142).

En estos casos Stratenwerth entiende que aun cuando el autor ha-

(138) En esta dirección pareciera decantarse GIMBERNAT (1987), p. 178, quien afirma: «Pero si una acción no ha superado el riesgo permitido, entonces tampoco es imprudente en el sentido del artículo 1 CP; y si no es imprudente, entonces la ausencia de tipicidad viene fundamentada en un elemento de ésta expresamente exigido por la ley (la imprudencia), y no en la imputación objetiva...» En sentido similar, TORIÓ (1987), p. 399.

(139) De acuerdo con GIMBERNAT (1961), p. 437; (1966), p. 152; (1987), pp. 181-182, el criterio de la diligencia debida cumple, asimismo, la función de declarar atípicas aquellas acciones que estén dentro de los márgenes del riesgo permitido, aun cuando el sujeto tenga intención de lesionar el bien jurídico. En sentido similar, STRATENWERTH (1982), p. 121. Por el contrario, para CEREZO (1985), p. 325, esta exigencia no tiene sentido en el ámbito de los delitos dolosos debido a que la voluntad del sujeto se dirige precisamente a producir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

(140) Así, GIMBERNAT (1966), p. 140, recurre de nuevo para dilucidar estos casos al fin de protección de la norma.

(141) En opinión de BUSTOS (1984), p. 230, debe matizarse cuando existe un desvalor de resultado de cuando el resultado producido no está jurídicamente desvalorado.

(142) STRATENWERTH (1982), pp. 84-86. ROMERO (1983), pp. 168-169.

ya elevado con su acción el riesgo de lesión del bien jurídico, éste no le será objetivamente imputable si el resultado se ha producido igual, con la misma intensidad y en el mismo momento (143).

Con lo cual, implícitamente, admite que sí son objetivamente imputables aquellos resultados en los que la causa interpuesta por el autor actúa a modo de causa anticipada, adelantando la lesión del bien jurídico, aumentando el daño producido o incrementando el riesgo de su producción (144).

Contrario a negar la imputación del resultado en los casos de causalidad de reemplazo, se ha manifestado en la doctrina española Octavio de Toledo-Huerta. En opinión de estos autores dos son los motivos fundamentales: 1.º no puede alegarse la inevitabilidad del resultado para rechazar su imputación debido a que el fin de las normas no es la evitación de resultados, sino de comportamientos dirigidos a lesionar el bien jurídico, y 2.º la dificultad de encontrar una verdadera causa sustitutoria en la cual la actuación del sujeto no haya contribuido cuando menos a aumentar el riesgo de lesión, convierten a la mayoría de estos supuestos en casos de causalidad anticipada en los que de forma unánime se admite la imputación del resultado (145).

#### 4. La esfera de protección de la norma como criterio de imputación

Ejemplo: Dos ciclistas marchan sin luz en la oscuridad uno detrás de otro y un tercer ciclista que viene de frente choca con el primero. La marcha antirreglamentaria del segundo ciclista incrementó de modo previsible el peligro de accidente para el primer ciclista.

En estos casos, sostiene Roxin, el resultado no es imputable debido a que «la esfera de protección de la norma que impone el deber

(143) «En última instancia, esta controversia implica una decisión fundamental sobre la función de las normas jurídico-penales; o bien se las entiende en el sentido de que prohíben toda lesión de un bien jurídico, sin tomar en consideración si empeora su situación, es decir, partiendo de la lesión del bien jurídico como tal; o bien se antepone el fin de mantenimiento de los bienes jurídicos, limitándose su aplicación estrictamente a tal finalidad, de manera que las normas dejarán de intervenir una vez que se haya perdido el bien jurídico.» STRATENWERTH (1982), p. 85.

(144) STRATENWERTH (1982), p. 85. Del mismo modo también es imputable el resultado cuando la causa de reemplazo consista en la actuación antijurídica de un tercero ya que en este supuesto de no imputarse a uno de los actuantes también el otro debiera beneficiarse. Para un razonamiento afirmativo de por qué son imputables los supuestos de causalidad anticipada, véase OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), pp. 103-104. Adicionalmente, reafirman la necesidad de tratar los supuestos de causalidad anticipada con el criterio del aumento de riesgo y no con el criterio del ámbito de protección de la norma debido a que en base a este último pudiera negarse la protección de aquellos bienes prácticamente perdidos respecto de los que, sin embargo, la actuación del sujeto ha contribuido a lesionar.

(145) OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), pp. 105-108.

de alumbrado sólo se extiende a los riesgos de accidentes que proceden de la propia bicicleta» (146).

En un estudio complementario, Roxin (147) brinda una serie de ejemplos adicionales que deben considerarse excluidos del ámbito de protección de la norma. De forma sintetizada éstos comprenden: 1.º la provocación de suicidios, de autolesiones y de casos de autopuesta en peligro; 2.º la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste (148); 3.º los daños sobrevenidos posteriormente, y 4.º los casos en que se produce un segundo daño.

Este último por su generalización es el que ha recibido una mayor difusión por lo que procederemos a un desarrollo más detenido del mismo. Ha sido denominado *consecuencias secundarias* y bajo este epígrafe la doctrina aborda el alcance de la norma prohibitiva.

Ejemplo: «A», vigilante de una finca, deja la puerta abierta de la misma. Descuido éste que es aprovechado por unos niños para bañarse en el riachuelo que la cruza. Alertada otra persona del peligro, al intentar salvarlos encuentra la muerte.

De acuerdo con Roxin, lo correcto es limitar la esfera de protección de la norma a los daños directos. La conclusión contraria, en opinión de Roxin, aboca al absurdo de que la persona que ha creado el riesgo (en nuestro ejemplo, el vigilante) estaría interesada en no pedir ayuda si se le hace responder por el resultado fracasado de la misma. Adicionalmente, no puede argumentarse que la persona se ha puesto voluntariamente en una situación de peligro (supuesto en el que el consentimiento del sujeto pasivo exoneraría de responsabilidad) debido a que la ley impone en determinadas ocasiones el deber de socorrer. Por consiguiente, en estos supuestos hay que excluir de antemano los daños secundarios del ámbito de protección de la norma.

Debe observarse que la particularidad del criterio del «ámbito de protección de la norma» está en su distinto alcance en atención a si el hecho es doloso o culposo. De acuerdo a Roxin en los tres primeros criterios es imposible la imputación del resultado independientemente de que exista dolo o culpa (149); sin embargo, para decidir

(146) ROXIN (1976), p. 137. Aceptado en la doctrina española por CEREZO (1985), p. 326. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), p. 101. GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 190. MIR (1985), pp. 192-193. TORÍO (1987), p. 393. Avanzando por GIMBERNAT (1966), p. 136; (1987), p. 183.

(147) Véase ROXIN (1976), pp. 181 y ss.

(148) «La idea del fin de la norma se puede reducir a dos principios fundamentales, a saber: la serie de argumentos que se desprende de la impunidad de la participación en el suicidio, por un lado; y, por otro, la idea de que a nadie se le pueden imputar unas consecuencias si no le está permitido oponerse a la acción del causante del daño (como, por ejemplo, en los casos de medidas de salvamento o de persecución impuestas legalmente).» ROXIN (1976), p. 189.

(149) «Las acciones que no crean ningún peligro o que sólo crean un peligro permitido para el bien jurídico no pueden ser concebidas como acciones que pretenden objetivamente causar el resultado, de tal modo que desde el punto de vista del orden



la esfera de protección de la norma sí debe atenderse al carácter doloso o imprudente del hecho (En nuestro ejemplo, por consiguiente, sería distinta la imputación si el vigilante se hubiese propuesto matar de este modo a «Z» —persona que realiza la acción de salvamento—).

Otros casos catalogados bajo la rúbrica de consecuencias secundarias lo constituyen aquellas situaciones en las que un primer daño facilita la lesión de un bien jurídico de otra persona. Como ejemplos se acostumbra a citar los «schocks» que un tercero sufre al serle comunicada una noticia de muerte o de lesiones causadas imprudentemente. El problema es si también estos daños secundarios pueden imputarse al causante del primer daño.

Roxin entiende que en estos supuestos la diferencia no puede estar en el origen lícito o ilícito de la acción, pues ello supondría la aplicación del *versari in re illicita*. Adicionalmente, tampoco puede alegarse en estas constelaciones la falta de previsibilidad objetiva. La única respuesta parece ser, en consecuencia, que «el fin de protección de la prohibición penal del homicidio o las lesiones no pretende preservar a personas distintas del afectado de las repercusiones físicas de conmociones psíquicas» (150).

Otro tipo de ejemplos son las lesiones que a raíz de un primer accidente imprudente sufren terceros por su propia culpa o de otros extraños. También aquí se intenta averiguar si estos resultados lesivos (secundarios) son imputables al primer causante (151).

En opinión de Roxin no deben imputársele al causante del primer accidente imprudente las segundas consecuencias que obedezcan a una actitud imprudente del tercero o de extraños. Ello es debido fundamentalmente a que esta actitud imprudente del tercero o de extraños podría producirse también aun cuando el primer causante hubiese actuado de forma fortuita o totalmente lícita, en consecuencia también estos segundos daños quedan excluidos del ámbito de protección de la norma que castiga la primera actividad imprudente (152).

### Observaciones:

— Antes de proceder a un comentario de estas situaciones debe recordarse que el criterio «ámbito de protección de la norma» es ofre-

---

jurídico incluso una voluntad que subjetivamente pueda perseguir ese fin es irrelevante y no da lugar a la imputación del resultado.» ROXIN (1976), p. 140. Coincidente, GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 191.

(150) ROXIN (1976), p. 196.

(151) Comentarios a la STS (27-1-84), que versa sobre un hecho similar, pueden verse en SILVA (1984). LUZÓN (1984).

(152) Coincidente con este criterio, SILVA (1984), p. 1.046. LUZÓN (1984), p. 282. Sin embargo, al comentar la STS (27-1-84) ambos llegan a soluciones divergentes. En tanto Silva afirma la no imputación objetiva del resultado, Luzón entiende, por el contrario, que éste es objetivamente imputable. El supuesto planteado por la mencionada sentencia es: «A», conduciendo imprudentemente, atropella a «B», ante lo cual «C», presa de nervios, sale corriendo para alertar a la esposa de «B», momento en que es atropellada por «D», quien nada puede hacer para evitarlo.

cido por algún sector de la doctrina como único, o sustitutorio, criterio de imputación objetiva en el ámbito de los delitos culposos, desplazando al principio del aumento de riesgo permitido (153).

— La primera cuestión que sorprende es la variedad de situaciones que se abordan al amparo de este criterio. En efecto, constatamos que dos son los casos que acostumbran a incluirse y que quizá a efectos de claridad sería conveniente deslindar.

a) Casos de no plasmación del riesgo en el resultado.

Aquellos supuestos en los que el peligro creado no procede de la infracción de la norma (ámbito de la imprudencia). Estos son aquellos ejemplos en los que si bien existe una infracción de la norma, el peligro de lesión del bien jurídico no surge de esta inobservancia, sino de fuentes de riesgo diversas.

Esta constelación acostumbra a tratarse o bien con los planteamientos de los cursos causales hipotéticos expuestos anteriormente —comportamiento alternativo ajustado a Derecho, aumento de riesgo (tercer criterio)—, o bien como casos de no plasmación del riesgo creado en el resultado —ámbito de protección de la norma (cuarto criterio).

También en este grupo encontramos los casos en los que si bien se crea un peligro, éste no se realiza en el resultado, sino que el resultado es plasmación de otras fuentes de peligro diversas (ámbito del dolo). Estos ejemplos, tratados anteriormente bajo la problemática de la desviación causal, son abordados actualmente por la doctrina en el epígrafe del ámbito de protección de la norma (154). A tal fin se cita el conocido ejemplo: «A», con intención de matar, dispara contra «B», ocasionándole una ligera herida. Este muere al ser trasladado posteriormente al hospital, ya por un accidente de tráfico, por una intervención con bisturí infectado o por un incendio del hospital.

b) Ambito de protección *strictu sensu*.

El segundo grupo de casos serían aquellos en los que el resultado es una plasmación del riesgo creado, pero éste como tal no aparece como uno de los que la norma pretende evitar; se afirma, en consecuencia, que no está comprendido dentro del ámbito de protección de la norma.

Obsérvese que en éste [a diferencia del grupo a)], la infracción de la norma de cuidado es lo que efectivamente ha determinado el resultado; pero el motivo de que dicho comportamiento estuviese pro-

(153) Por lo que respecta a los tipos dolosos, conjuntamente con éste se admitirían como criterios de imputación objetiva la previsibilidad objetiva y el aumento del riesgo permitido. Al ser estos elementos constitutivos del injusto culposo, no operarían en la imprudencia como criterios de imputación objetiva, GIMBERNAT (1987), p. 178.

(154) En este sentido, CEREZO (1985), p. 326. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), p. 101. GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 190. MIR (1985), pp. 192-193.

hibido no era la evitación de este concreto resultado (ejemplo: «A» inyecta novocaína, «B» muere a causa de ello por infarto. No se trata de averiguar si también hubiese muerto con una inyección de cocaína, sino de que el uso de la novocaína se prohíbe por razones distintas que la evitación de infartos).

También en este grupo se aborda la problemática de las consecuencias secundarias (ejemplo: se comunica una noticia luctuosa que ocasiona un «shock» en la persona que lo recibe).

— La problemática de la *desviación causal*:

Estos casos han sido tratados por Roxin de forma diferenciada. El autor los aborda indistintamente como ejemplos en los cuales la acción no crea un riesgo jurídicamente relevante; o bien bajo la rúbrica de no realización del riesgo en el resultado; e incluso como supuestos de imputación al tipo subjetivo del dolo (155).

De acuerdo a Welzel en los casos de desviación causal el aspecto objetivo del tipo está completo, pero falta el dolo, ya que éste debe comprender los extremos esenciales del curso causal; por consiguiente, una desviación esencial del curso causal impediría la apreciación de un delito (doloso) consumado y conllevaría la pena de tentativa.

Ello es objetado por Roxin (156), quien arguye: 1.º para apreciar tentativa también se requiere la presencia del dolo, y 2.º la clasificación de qué extremos son esenciales y cuáles no, es un criterio objetivo y no subjetivo. Las desviaciones del curso causal son, por consiguiente, un problema del aspecto objetivo y no del aspecto subjetivo (157). Por ello, la solución correcta es negar en estos casos la imputación objetiva. Ello puede basarse: 1º la acción ha creado un riesgo de morir, pero este riesgo es tan insignificante que por ello no puede ser castigado (158), y 2.º el riesgo de morir incendiado puede suceder igualmente al margen de cuál sea la causa por la que el sujeto se encuentra en el hospital (159).

Otra cuestión es cuando la desviación causal aparece como objetivamente previsible, en estos casos sí puede afirmarse que se da el aspecto objetivo del tipo, y si además concurre el dolo del autor, el resultado puede imputarse porque el riesgo se ha realizado en el resultado (160).

(155) Roxin parece aplicar los dos primeros criterios a las desviaciones causales inadecuadas —objetivamente imprevisibles—; en tanto reserva el último para las desviaciones causales adecuadas.

(156) ROXIN (1986), pp. 2 y ss.

(157) Es interesante observar que «lo que inicialmente se planteaba como un problema subjetivo (hablándose de “errores sobre el curso causal”) deviene un mero problema de imputación objetiva». SILVA (1984), p. 362.

(158) Obsérvese cómo en este razonamiento aplica Roxin la fórmula de que la acción no ha creado un riesgo jurídicamente relevante.

(159) Aquí pareciera aplicarse el razonamiento del ámbito de protección de la norma.

(160) Debe observarse que Roxin añade un criterio adicional de imputación subjetiva. Este es desarrollado posteriormente, pero su formulación escueta es: cuando la

Kaufmann afirma, por el contrario, que también los supuestos de desviación causal pueden ser solucionados eficazmente con el alcance del dolo y la aplicación del juicio de adecuación. En opinión de este autor tres son las objeciones con las que tropieza la argumentación de Roxin:

—El *saber* del autor es imprescindible para afirmar si el sujeto creó un riesgo (¿sabía que la pistola estaba cargada?), jurídicamente relevante (¿sabía que «X» se encontraba en las proximidades?), y si éste se ha plasmado en el resultado (¿sabía que no había ningún médico disponible en el hospital?). Ahora bien, si se traslada el aspecto intelectual del dolo a la parte objetiva: ¿no sería acaso conveniente trasladar también el aspecto volitivo? Todo el dolo debiera finalmente pertenecer al aspecto objetivo del tipo, pero con ello no se desvirtuaría la preeminencia del dolo, sino que simplemente cambiaría de lugar (161).

—Queda claro que Roxin no puede resolver toda la problemática en el tipo objetivo, ya que debe conocerse el plan del autor (162), por lo cual primero deberemos atribuirlo objetivamente al aspecto objetivo del tipo y luego atribuirlo objetivamente al ámbito del dolo, dependiendo de si ha realizado o no el plan del autor.

—Por último, si el autor nunca pensó en la muerte en el hospital, ¿cómo se fundamenta la solución de la consumación dolosa?, necesariamente debería exigir que el dolo abarque, asimismo, la imputación objetiva (163).

Por ello, si pretendo afirmar la consumación para castigar los casos de desviación causal, ello sólo es posible en base a un juicio de adecuación que aparece configurado como una condición objetiva de punibilidad. «En cualquier caso se ha de insertar *detrás* del dolo, pues su desvío del mismo es precisamente el objetivo de la valoración. Esto significa que, la problemática puede y debe, *como hasta ahora*, permanecer agregada al *dolo*» (164).

— Ello ha sido objeto de nueva contestación por Roxin.

---

acción ha creado un riesgo jurídicamente relevante (riesgo previsible, desviaciones causales adecuadas) existe la imputación objetiva al aspecto objetivo del tipo; posteriormente, debemos analizar si este comportamiento ha realizado el plan del autor, sólo entonces podemos señalar que el resultado ha sido abarcado por su voluntad, e imputarlo a título de dolo. El plan del autor aparece, por consiguiente, como un criterio de imputación al ámbito subjetivo del dolo.

(161) KAUFMANN, ARMIN (1985), pp. 815-816.

(162) Véase nota 160.

(163) En estos casos Roxin excluye la posibilidad de aplicar la consumación dolosa aun cuando el autor hubiera pensado en la posibilidad de que la víctima encontrase la muerte en el incendio del hospital. La razón de ello es que al ser la desviación causal objetivamente imprevisible debe negarse ya la presencia del aspecto objetivo del tipo. Sin embargo, las objeciones de Kaufmann no carecen de fundamento en aquellos casos en los que la desviación causal es adecuada, ya que en estos casos, afirmando el aspecto objetivo del tipo, debiera exigirse que el dolo hubiese abarcado la concreta forma en la que el resultado se ha producido y no contentarse con afirmar que el plan del autor se ha realizado.

(164) KAUFMANN, ARMIN (1985), p. 819.

— Kaufmann señala que el juicio de adecuación de las desviaciones causales es una condición objetiva de punibilidad en vez de decir lisa y llanamente que no se ha realizado el aspecto objetivo del tipo, porque no se ha plasmado el riesgo creado por el autor.

— Al señalar que lo que se valora es una desviación del dolo se plantea una petición de principio ya que «el problema del dolo no se presenta en absoluto cuando se reconoce que de entrada el autor no ha creado objetivamente ningún riesgo relevante jurídicamente de muerte por incendio» (165).

— Sólo por esta razón el tipo no está completo, tampoco aún cuando confiase en alcanzar el resultado por medio de un incendio, ya que la intención no puede hacer variar el proceso. «Lo decisivo no es por consiguiente si el curso causal se ha desviado de lo representado, sino si el peligro creado por él se ha realizado de forma adecuada. Y esto es una cuestión de imputación objetiva y no primariamente de dolo» (166)

— La problemática de las *consecuencias secundarias*.

En primer lugar se ha destacado la dificultad de precisar que debe entenderse por daño principal y secundario (167).

En segundo lugar surge el grave problema de la imposibilidad de contestar adecuadamente a esta pregunta sin tomar en consideración los aspectos subjetivos del conocimiento. ¿Qué sucede cuando el sujeto ha ideado cometer un homicidio por medio de la causación de un «schok»? Es cierto que Roxin contesta a esta pregunta señalando que el criterio de la «esfera de protección de la norma» puede tener una delimitación diversa según se esté frente a hechos dolosos o culposos (168), sin embargo, ello no soluciona los problemas, sino más bien plantea otras preguntas adicionales.

En efecto, incluso en el propio campo de los delitos culposos surgen dificultades. Ya que si el resultado es previsible (un «schock» cuando se comunican noticias luctuosas) pareciera adecuado exigir del sujeto unas medidas razonables de cuidado. Sólo si éstas se adoptan, podría señalarse que incluso en determinados supuestos el resultado cae fuera del ámbito de protección de la norma (169).

---

(165) ROXIN (1986), p. 7.

(166) ROXIN (1986), p. 7.. En el mismo sentido, MIR (1985), p. 192. Sin embargo, debemos insistir que en los casos de desvíos causales adecuados, también Roxin debe analizarlos necesariamente en el ámbito subjetivo, que él denomina «plan del autor».

(167) TORIO (1987), p. 390.

(168) ROXIN (1976), p. 140.

(169) Esta problemática no parece ser tomada en consideración por GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 191, quien señala que «en los delitos dolosos no existe un marco autónomo para este criterio, ya que en éstos todos los casos son reconducibles a los de creación o incremento del riesgo, pudiéndose concluir que, efectivamente, los resultados que no son manifestación del riesgo creado o incrementado no pertenecen a la esfera de protección de la norma, y, por tanto, no son objetivamente imputables a la acción del autor». Sin embargo, como he indicado, lo mismo podría predicarse

De forma similar sucede en los procesos dolosos. La respuesta será diversa atendiendo a si el sujeto quería causar el resultado por este medio, o si, por el contrario, sólo contaba con su producción (170).

Ello plantea con crudeza un problema ya entrevisto. Roxin afirma que la imputación objetiva del resultado es un presupuesto del surgimiento del aspecto objetivo del tipo, sin embargo, en estos casos aparece con claridad que difícilmente puedo responder a la pregunta de si el resultado es o no imputable sin considerar el aspecto subjetivo (dolo o culpa). La consideración de este aspecto aparece como indispensable para saber si puedo imputar el resultado y, en consecuencia, afirmar la concurrencia del aspecto objetivo del tipo. ¿Hasta qué punto puede entonces sostenerse que estamos frente a una imputación objetiva? (171).

En un artículo reciente, Roxin (172) ha añadido unos criterios adicionales que pretenden completar el principio general de imputación objetiva, el cual no abarcaría todas las posibles constelaciones.

## 5. Pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma penal

Con ello se expresa «cuando alguien ha creado un riesgo no permitido para un bien jurídico protegido y este peligro se ha realizado, la imputación del resultado debe, sin embargo, negarse cuando ésta se opone a otros principios del ordenamiento jurídico» (173). Estos criterios son un segundo nivel de imputación y en opinión de Roxin no pueden reconducirse a un principio único, sino que constituyen un catálogo de diversos principios. Entre ellos, destaca:

---

de los delitos culposos, ya que si el sujeto no ha creado el riesgo o no lo ha incrementado, también podría afirmarse que el resultado producido no pertenece al ámbito de protección de la norma.

(170) Este es el caso planteado por STRATENWERTH (1982), p. 122, de quien comete un incendio contando con la posibilidad de desencadenar un desequilibrio nervioso en el propietario. El autor se muestra partidario de excluir estas lesiones del fin de protección de la norma.

(171) En este sentido, TORIO (1987), p. 388. Es cierto que esta problemática ha sido también planteada en otras constelaciones por Mir, quien asegura que tomar en cuenta determinados elementos subjetivos —la intención del sujeto— no desvirtúa el carácter objetivo de la imputación. Sin embargo, estos supuestos son ligeramente distintos, en primer lugar, Mir plantea la necesidad de tomar en consideración la intención del sujeto en aquellos casos en los que la acción carece objetivamente de riesgo o éste aparece *ex ante* como insignificante, diversamente en estos ejemplos que ahora se plantean el riesgo aparece *ex ante* objetivamente previsible; en segundo lugar, no son determinados elementos subjetivos los que se toman en consideración, sino la voluntad del sujeto para dar un sentido a su comportamiento exteriorizado, esto es, no sólo el conocimiento, sino también el aspecto volitivo.

(172) ROXIN (1986), particularmente, pp. 16 y ss.

(173) ROXIN (1986), p. 17.

a) *El principio de autonomía de la víctima*

Ejemplo: «A», policía, sabe que su novia tiene intenciones de suicidarse. «A» deja olvidada una pistola en el asiento de su coche particular. Olvido que es aprovechado por su novia para ocasionarse la muerte.

En estos casos advierte Roxin, la acción ha creado un peligro y éste se ha realizado. Sin embargo, el campo de prohibición de la norma que prohíbe matar no alcanza a los potenciales suicidas mayores de edad (174).

Del mismo modo deben ser tratados los casos que consisten en una *autopuesta en peligro*.

*Observaciones:*

— Pareciera que la problemática no difiere de la abordada en el ámbito de protección de la norma penal.

b) *La atribución a distintos ámbitos de responsabilidad*

Ejemplo: «A» conduce un coche remolque, el cual carece de la adecuada iluminación. Este es parado por la policía, que acepta guiarle hasta la próxima gasolinera donde proceder a la reparación. Antes de iniciar la marcha el policía retira la linterna con la que se iluminaba el remolque mientras duraba la conversación. Momento en el que un coche choca con el remolque de lo cual resulta la muerte del conductor.

De acuerdo con Roxin, cuando la responsabilidad de evitación del resultado ha sido asumida por un tercero (en este caso el policía), la responsabilidad por éste cae en su ámbito y no en el del chófer.

Del mismo modo deben solucionarse aquellos casos en que si bien existe una acción imprudente del primer actor, a ésta le sigue otra acción imprudente de un segundo sujeto.

Ejemplo: «A», conduciendo imprudentemente, ocasiona un accidente. Al ser trasladado «B» al hospital muere consecuencia de una intervención quirúrgica imprudente realizada por el médico.

En estos casos, cuando el paciente es conducido al hospital entra ya en el ámbito de responsabilidad del médico, el cual ha creado y realizado un riesgo para la vida del paciente (175). Incluso el dolo

---

(174) ROXIN (1986), p. 18. Como advierte Roxin este criterio aparece también defendible en las legislaciones que prevén un tipo especial de inducción y auxilio al suicidio. Precisamente, la existencia de esta norma indica que esta constelación de casos no está abarcada por la norma genérica que prohíbe matar.

(175) ROXIN (1986), p. 22. Roxin admite, sin embargo, que la solución sea distinta en el supuesto en que el accidente hubiese ya creado un riesgo para la vida, ya que entonces el médico no habría creado un peligro para la vida, sino que no habría podido evitar la realización de un peligro anterior.

eventual de «A» (representación de la muerte en el hospital) no cambiaría el hecho objetivo de que el accidentado está en otro ámbito de responsabilidad, por lo que subsistiría la calificación de homicidio por imprudencia.

*Observaciones:*

— También en este caso la problemática parece similar a los casos de desviación causal, abordados en el ámbito de protección de la norma.

## 6. La realización del plan

En tanto que estos criterios se refieren a la imputación al aspecto objetivo del tipo, Roxin propone un segundo nivel de imputación caracterizado por plantear la imputación objetiva al ámbito del dolo (aspecto subjetivo del tipo)

Para clarificar estos criterios se refiere a los casos de *aberratio ictus*.

Ejemplo: «A» quiere matar a «B». Al disparar la bala se desvía y lesiona a «C» —su hijo—, que se encontraba también allí. «C» muere.

La doctrina dominante diría que hay un concurso de tentativa de homicidio doloso con homicidio culposo consumado.

De acuerdo con Roxin, ello es cierto porque el curso causal es adecuado, de lo contrario tampoco se plantearía la existencia de un homicidio imprudente. Ahora bien, aun cuando existe el aspecto objetivo del tipo y un resultado adecuado abarcado por la voluntad del autor ello no puede ser imputado al dolo, como afirmaría la teoría de la igualdad de valor (176).

Por consiguiente, existe un principio de imputación objetiva al aspecto objetivo del tipo —la acción debe realizar un peligro no permitido— y existe un principio de imputación al aspecto subjetivo del tipo —la realización del plan del autor— y sólo hablaremos de hecho doloso consumado cuando el resultado haya realizado el plan de autor. El presupuesto es que el resultado se haya desviado de forma adecuada y que exista la voluntad del autor respecto de éste.

Distinta es la situación si el sujeto quiere matar a un policía «A» y mata a un policía «B»; la teoría de la concreción afirmaría que este error es relevante, por el contrario, Roxin lo negaría en base a que se ha realizado el plan del autor (177).

---

(176) Roxin señala que esta conclusión es divergente de la mantenida por la teoría de la igualdad de valor, sin embargo, ello aparece confuso debido a que en este caso incluso esta teoría señalaría que el error es relevante al tratarse de dos objetos de diversa protección penal.

(177) Debemos entender que al autor le sería igual matar a uno u otro policía, pues de lo contrario es difícil afirmar que el plan del autor se ha realizado.



Este criterio se presenta como un planteamiento intermedio respecto de la teoría de la concreción (que afirmaría la relevancia del error en todo caso) y la teoría de la igualdad de valor (partidaria de apreciar delito doloso consumado).

Este principio sirve también de acuerdo con Roxin para solucionar los casos de *dolo general*.

Ejemplo: «A» quiere matar a «B» y le dispara. Lo cree muerto y para evitar su pronto descubrimiento lo echa al río. «B» muere ahogado.

En tanto un sector de la doctrina afirmaría que no existe un desvio causal relevante y castigaría por homicidio doloso consumado, otro afirma una tentativa de homicidio en concurso real con homicidio imprudente consumado, ya que la primera acción no mata y en la segunda no existe el dolo. La opinión de Roxin sería afirmar una imputación a título de dolo, ya que el autor tenía finalidad de matar y el plan del autor se ha realizado, independientemente de que éste haya acontecido por un camino diverso del ideado. Por el contrario, si en la primera acción sólo existiese un dolo eventual, debería preferirse la solución del concurso, debido a que la segunda acción del sujeto —al creerlo ya muerto— no ha realizado el plan del autor.

Finalmente este criterio permite solucionar también los casos de *desviación adecuada de cursos causales*.

Ejemplo: «A» con ánimo de matar lanza a «B» a un río. Este no muere ahogado como había supuesto «A», sino desnucado al chocar su cabeza con un saliente del puente.

En estos casos en los que la desviación causal es adecuada se afirma el aspecto objetivo del tipo, y debido a que se ha producido el mismo resultado querido por el sujeto, el plan del autor se ha realizado y es imputable a título de dolo. Sin embargo, es distinto el caso en que alguien quiere dañar un mural religioso con pintura y, sin embargo, sólo acierta parcialmente al mural y el resto de la pintura da en la pared vacía. La desviación causal es adecuada y por ello puede afirmarse el aspecto objetivo del tipo de daños. Sin embargo, el plan del autor objetivamente ha fracasado a pesar de haber conseguido dañar parcialmente el mural religioso, ya que él atribuía a su acto un significado diverso. Por consiguiente, debe negarse la imputación dolosa (consumada) del resultado y apreciar en su caso una tentativa de delito (respecto del mural religioso) en concurso con un delito de daños por imprudencia.

#### *Observaciones:*

— Esta propuesta de Roxin pretende solucionar los casos de *aberratio ictus* (aplicable también a las desviaciones causales adecuadas y al dolo general) en los cuales los objetos tienen una protección pe-

nal equivalente, sugiriendo un camino intermedio entre la solución de la tentativa (teoría de la corrección) y la posición que defiende un delito consumado (teoría de la igualdad de valor).

— El punto discutido en todos estos casos radica en la suficiencia de un «dolo genérico» (el sujeto quería matar) para poder imputar un resultado determinado (quería matar a «A» y mató a «B») a título de dolo (178).

— Debe distinguirse los casos de *error in objecto*: en ellos junto al dolo genérico existe una congruencia objetivo-subjetiva (esto es, en el momento de disparar el sujeto quiere matar a «A»); *aberratio ictus*: sólo concurre el dolo genérico, pero falta dicha congruencia; *desviaciones causales*: se produce el resultado pretendido por el sujeto, pero por un camino diverso.

— ¿Cómo deben tratarse estos supuestos? ¿Pueden imputarse como delitos *dolosos consumados*?

· En primer lugar se requiere que la conducta aparezca *ex ante* como adecuada —objetivamente previsible—. Si la desviación causal no es adecuada se afirma que la desviación es esencial y se niega la imputación dolosa (consumada) del resultado producido.

El problema surge cuando ésta es adecuada, pero no ha sido abarcada por el dolo del sujeto. En estos casos se discute si basta un dolo genérico para apreciar delito doloso consumado o si ello es insuficiente y debe estimarse sólo tentativa.

— Por consiguiente, debieran distinguirse dos niveles: un primer nivel de imputación objetiva y un segundo nivel que aborde «cuál ha de ser el objeto de referencia del *dolo* y qué grado de congruencia o concreción ha de revestir la relación entre ambos» (179).

—Este segundo aspecto es el que Roxin pretende solucionar recurriendo al plan del autor. Esta propuesta ha sido criticada por Silva para quien «la responsabilidad por delito doloso consumado surge, no cuando se realiza ese “plan del autor”, sino cuando el resultado producido es realización de un riesgo —apreciable— *ex ante* en la conducta del sujeto y abarcado por éste con el dolo» (180).

— Esta problemática se acostumbra a circunscribir exclusivamente para los casos de *aberratio ictus*. En las constelaciones de *error in objecto* y desviaciones causales se afirma la consumación en base

(178) Una extensa y fundamentada exposición de esta problemática puede verse en SILVA (1984). A continuación se expone un extracto de dicho artículo para clarificar la problemática que Roxin pretende solucionar.

(179) SILVA (1984), p. 366. El primer aspecto es lo que Silva denomina los *presupuestos* de la imputación objetiva; el segundo es la propia *relación* de imputación objetiva. En tanto que la falta del primero impide el surgimiento del injusto, la carencia del segundo sólo implica la ausencia de la consumación, pero no impide que se castigue por tentativa. SILVA (1984), pp. 368-369.

(180) SILVA (1984), p. 379. La crítica detallada puede verse en SILVA (1984), pp. 378-379.

a un juicio de adecuación (181). Sin embargo, no hay motivos convincentes que fundamenten esta solución, por lo que aparece como un problema de los tres supuestos planteados.

### c) Consideración de los delitos culposos y omisivos

#### 1. Los delitos culposos

Es prácticamente unánime la doctrina española al recoger como criterio de imputación objetiva en los delitos culposos que el resultado producido «sea una concretización o plasmación de la lesión de cuidado» (182), y que este resultado «sea de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado» (183).

##### *Observaciones:*

— Sorprende, en primer lugar, el recurso a criterios de imputación objetiva en el ámbito de los delitos culposos. En efecto, la elaboración de los criterios de imputación objetiva por Roxin pretenden ser «una teoría general de la imputación estructurada sistemáticamente, que también podría ser válida para los delitos dolosos y superar las aporías del concepto de acción» (184).

Sin embargo, en las páginas precedentes, al desglosar estos criterios de imputación objetiva, hemos observado como dos de ellos incorporaban elementos constitutivos del injusto culposos —previsibilidad objetiva, diligencia debida—. Quizá, debido a ello, la doctrina considera como criterio exclusivo de imputación objetiva el cuarto de los principios elaborados por Roxin —ámbito de protección de la norma— relegando el resto a elementos constitutivos del injusto culposos.

— Ello trae de nuevo a colación el papel que la imputación objetiva está llamada a desempeñar. En tanto Roxin afirma que la imputación objetiva es presupuesto de constitución del tipo (185), existe una

---

(181) Véase nota 157.

(182) BUSTOS (1984), p. 272. CEREZO (1985), p. 396. MIR (1985), pp. 238-241. QUINTERO (1986), pp. 359-360. También COBO-VIVES (1987), p. 432, aceptan que el resultado debe ser una consecuencia de la falta de cuidado, sin embargo, entienden que ello es un problema de imputación subjetiva (o conexión de culpabilidad) ya que «quien no observa un cuidado que hubiera sido ineficaz e inútil no infringe deber alguno y, en consecuencia, el resultado no puede reprochársele».

(183) CEREZO (1985), p. 399. En opinión de este autor esta exigencia está ya contenida al señalarse que para apreciar imprudencia con infracción de reglamentos no basta la mera infracción de éstos, sino que el reglamento debía pretender precisamente la evitación de resultados como el producido.

(184) ROXIN (1976), p. 182.

(185) «(...) la afirmación de que existe una concreta “acción de homicidio” presupone la imputación de un resultado de muerte. Ya hemos visto que para ello, a más de la comprobación de la lógica conexión con una condición, hay que acudir a cuatro criterios que son la falta de disminución del riesgo, la creación de un riesgo jurídicamente relevante, el aumento del riesgo permitido y la esfera de protección de la norma...» ROXIN (1976), p. 142.

tendencia (en general, no declarada) en la doctrina española a considerar la imputación objetiva del resultado una vez se ha afirmado la presencia de una acción típica (186).

Esta tendencia resulta mayormente visible en el ámbito de los delitos culposos en los que los autores tienden a considerar la imputación objetiva del resultado una vez se ha comprobado la existencia de un comportamiento imprudente. Por el contrario, en los delitos dolosos es observable que los criterios de imputación objetiva —disminución de riesgo, previsibilidad objetiva, diligencia debida, ámbito de protección de la norma— son examinados antes de constatar la existencia del dolo (187).

— Como ya hemos indicado, dos son los tipos de procesos que acostumbran a ser incluidos:

a) Cuando el resultado no aparece como una plasmación de la inobservancia de la norma de cuidado.

— En estos casos se acostumbra a excluir la imputación objetiva del resultado recurriendo a razonamientos como el de «comportamiento alternativo conforme a Derecho» o incluso la idea de «aumento de riesgo» (189).

— Debe observarse, no obstante, que la idea de elevación de riesgo es elaborada por Roxin precisamente para oponerse a las conclusiones que el «comportamiento alternativo ajustado a Derecho» comporta (189).

— Adicionalmente, debe destacarse que Roxin soluciona estas constelaciones no al amparo del «fin de protección de la norma», sino precisamente mediante el recurso al principio del incremento del riesgo (190).

— Finalmente, recordemos que algún sector de la doctrina excluye la aplicación de los criterios mencionados y aboga como único criterio de imputación objetiva en el ámbito de los delitos culposos el «fin de protección de la norma» (191).

---

(186) Esto es, Roxin pretende con la doctrina de la imputación objetiva elaborar una teoría que supere las aporías del concepto final de acción y dote a la teoría del delito de una estructura unitaria. Sin embargo, en España la doctrina de la imputación objetiva no se ha aceptado «en vez de» la estructura del delito finalista —se acepte o no el concepto final de acción—, sino «además de».

(187) Excepción a este planteamiento, BUSTOS (19847, pp. 227-230, quien trata la problemática de la imputación objetiva siempre en la antijuridicidad. También STRATENWERTH (1982), pp. 118-123, aborda determinados criterios de imputación objetiva —riesgo jurídicamente relevante, ámbito de protección de la norma— en la antijuridicidad. GIMBERNAT (1987), pp. 178-179, utiliza los criterios de imputación objetiva para excluir del ámbito penal aquellos resultados en los que aún existiendo dolo o imprudencia no aparecen objetivamente imputables al comportamiento realizado.

(188) En este sentido, BUSTOS (1984), p. 272. CEREZO (1985), p. 396. MIR (1985), pp. 238-241., quien acepta la idea de «comportamiento alternativo ajustado a Derecho», siempre que el resultado se hubiese producido *exactamente* igual, pero matiza la idea de aumento de riesgo.

(189) ROXIN (1976), pp. 156 y ss.

(190) ROXIN (1976), p. 133.

(191) GIMBERNAT (1966), p. 136.

b) Aquellos supuestos en los que el resultado es una concreción de la inobservancia del cuidado debido, pero, sin embargo, éste no es del tipo de los que la norma quería evitar.

— Estos son en puridad los casos abordados por Roxin al amparo del «fin de protección de la norma» (192).

## 2. Los delitos de omisión

En los delitos de omisión impropia acostumbra a requerir la doctrina: «(...) para que sea posible la imputación objetiva del resultado (...) basta que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante» (193).

La imposibilidad de constatar con total seguridad si el resultado se hubiera producido igualmente de haber mediado el comportamiento omitido, ha llevado a algunos autores a aplicar la idea del *incremento del riesgo* (194).

Adicionalmente también se requiere como criterio de imputación objetiva averiguar «si el resultado coincide con la exigencia de evitación conocida» (195).

### *Observaciones:*

— En primer lugar pareciera claro que los criterios de imputación objetiva van referidos exclusivamente a los delitos de omisión impropia (196).

— En tanto en los delitos de acción se afirma que la causalidad constituye un presupuesto de la imputación objetiva, es admitido de forma unánime que en los delitos de omisión impropios, la imputación objetiva sustituye la relación de causalidad (197).

---

(192) ROXIN (1976), p. 183.

(193) MIR (1985), p. 273.

(194) En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 603. MIR (1985), p. 273. STRATENWERTH (1982), p. 84. ROMERO (1983), p. 167.

(195) BUSTOS (1984), p. 286, quien adicionalmente requiere que «el resultado sea concreción del deber de garante específico».

(196) Ello es consecuente con la posición mantenida hasta el momento por la doctrina de atribuir un papel a la imputación objetiva exclusivamente en los delitos de resultado. En un futuro, quizá, choque con nuevas tendencias que pretenden dotar a la imputación objetiva de un mayor significado en el ámbito de todos los delitos. Expresión de éstas, TORIO (1986), p. 47. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), p. 83.

(197) Ello es coherente con las dificultades de afirmar la causalidad en el ámbito de la omisión, lo que condujo a plantear que en estos casos bastaba la mera causalidad hipotética, a la que precisamente se le objeta que no constituye causalidad. En este sentido MIR (1985), p. 273. GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 603. También JESCHECK (1981), pp. 852-853, tras recoger que esta polémica ha sido una de las más estériles de la ciencia penal afirma que en los delitos de omisión basta con la constatación de que: «(...) la acción omitida se halla respecto del resultado producido en aquella relación ajustada a las leyes de la experiencia que implicaba la causalidad en el hacer positivo cuando el hacer imaginado hubiera evitado el resultado».

— Respecto del primer criterio de imputación objetiva, esto es, que el sujeto hubiera podido con su acción omitida evitar el resultado, pueden realizarse algunas consideraciones:

— La utilización de la idea del incremento del riesgo reproduce los problemas ya abordados respecto el momento de su apreciación —*ex ante* o *ex post*.

— Adicionalmente surge la duda de si esta exigencia configura un elemento constitutivo del tipo omisivo o si por el contrario nos hallamos ante un criterio de imputación objetiva posterior a dicha afirmación (198).

— Ello reproduce de nuevo la problemática de entender si la imputación objetiva del resultado es un elemento indispensable para la afirmación del respectivo tipo omisivo o si por el contrario sólo verificada la presencia de éste, tiene sentido averiguar si el resultado le es objetivamente imputable (199).

— Por lo que respecta al segundo criterio, éste pareciera ser una aplicación de la idea del ámbito de protección de la norma. Esta requiere no sólo la constatación de que el riesgo hubiera sido evitable, sino adicionalmente que el resultado sea una plasmación de la acción omitida y no de fuentes de peligro diversas (200).

## 7. BASES PARA UNA FUTURA DISCUSION

Como adelantamos en un principio, la complejidad y novedad del tema impiden la formulación de conclusiones que pudieran desprenderse de las reflexiones desarrolladas en las páginas precedentes. Lo que sí es posible, y en nuestra opinión necesario, es exponer una serie de aspectos que requieren una mayor discusión.

Base 1.<sup>a</sup>: El intento de determinar la acción típica en base a las teorías causales ha sido objeto de críticas unánimes. Es hoy opinión dominante que la declaración de tipicidad de determinados comporta-

---

(198) Esta pareciera ser la posición de MIR (1985), p. 274, quien si bien acepta este criterio para la constitución del injusto, entiende que la imputación objetiva del resultado requiere «que el resultado constituya *realización* del riesgo creado (mejor, no disminuido)». Por el contrario, GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 603, parece entender el aumento del riesgo como único criterio de imputación objetiva.

(199) Pudiera también entenderse que en tanto la ausencia de aumento de riesgo impide la configuración del tipo omisivo, la falta de realización del riesgo creado impide exclusivamente el castigo por hecho consumado. Ello es una aplicación de la diferenciación introducida por Silva (véase nota 179) entre presupuestos de imputación objetiva y relación de imputación objetiva. En esta dirección pareciera inclinarse también MIR (1985), p. 274, quien afirma que si el riesgo no disminuido no se ha realizado en el resultado cabe apreciar sólo frustración.

(200) En este sentido, JESCHECK (1981), p. 854.

mientos tiene como *presupuesto* la causalidad, pero ésta requiere además que el resultado sea objetivamente imputable.

El primer punto que puede ser objeto de debate es la necesidad de seguir adoptando la causalidad como presupuesto.

En tanto, un sector de la doctrina se muestra partidario de considerar la problemática de subsumir los diversos comportamientos en los tipos legales como una cuestión de *atribución* que puede y debe realizarse fundamentalmente en base a criterios normativos (201), otros autores entienden que la causalidad sigue teniendo un papel indispensable (202) o incluso de garantía (203).

Adicionalmente, se constata la dificultad de operar con leyes causales en determinados grupos de delitos (especialmente delitos contra la salud pública y el medio ambiente), en los que se propugna la necesidad de operar con otros criterios (generalmente, estadísticos) (204).

Finalmente, se plantea si toda la discusión desarrollada al amparo de la imputación objetiva debe quedar circunscrita a los casos problemáticos de causalidad, o si por el contrario ésta debe tener un ámbito de aplicación más amplio configurándose como una serie de principios aplicables a todos los delitos (205).

Base 2.<sup>a</sup>: Una lectura de los planteamientos de Larenz y Honig nos ha permitido sintetizar que para ambos autores el resultado sólo aparece objetivamente imputable cuando la voluntad ha podido prever y dirigir el curso causal. Esta doctrina surge en un intento de deslindar los hechos meramente causales del concepto de acción en un período histórico en el que las teorías causales de la acción son dominantes (206).

El aspecto controvertido es, por consiguiente, si y hasta qué punto la doctrina de la acción finalista absorbe ambos criterios de previsibilidad y dominabilidad (207) en su concepción del injusto personal, esto es, al exigir dolo o imprudencia para afirmar la presencia de una acción típica.

Base 3.<sup>a</sup>: Si se acepta la estructura finalista del delito —se com-

(201) BUSTOS (1984), p. 174. Sin embargo, ello conlleva la necesidad de *diferenciar* los criterios de atribución (al tipo legal) y los criterios de imputación objetiva (a la antijuridicidad).

(202) COBO-VIVES (1987), p. 287.

(203) KAUFMANN (1985), p. 812; (1973), *passim*.

(204) TORIO (1983), p. 235. SAMSON (1987), p. 630.

(205) TORIO (1986), p. 47. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), p. 83.

(206) En este sentido KAUFMANN (1985), p. 808, señala que la imputación objetiva desarrollada por Larenz siguiendo a Hegel, fue adoptada por Honig «con la clara pretensión de completar la teoría causal de la acción».

(207) La diferencia estribaría en opinión de GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 186, en que Honig no alude a «una pretensión subjetiva del resultado (esto sería el dolo), sino a que el resultado aparezca como “objeto de una posible finalidad”, es decir, que exista objetivamente una “posibilidad de control del curso causal”».

parta o no el carácter final ontológico de la acción— ello plantea el papel que la imputación objetiva está llamada a desempeñar:

— Para un sector de la doctrina la imputación objetiva del resultado es *presupuesto* de constitución del tipo legal, esto es, la afirmación de que una acción es típica comporta como paso previo que el resultado sea objetivamente imputable (208).

— Opiniones de otros autores prefieren hablar de imputación objetiva afirmada ya la tipicidad del comportamiento, desde esta perspectiva la imputación objetiva funcionaría a modo de *segundo correctivo* (209).

— No faltan, por último, opiniones que distinguen entre la imputación objetiva como *presupuesto*, que impide el surgimiento del injusto, y la *relación* de imputación objetiva cuya ausencia sólo implica la imposibilidad de castigar por delito consumado, pero no impide la constitución del injusto (210).

Base 4.<sup>a</sup>: Adicionalmente surge el problema de la *ubicación sistemática* de los criterios de imputación objetiva. Los autores que defienden su papel como presupuesto de constitución del tipo legal los analizarán en el aspecto objetivo del tipo. La doctrina que postule la admisión de la imputación objetiva a modo de lo que he denominado segundo correctivo, optará por examinarlos como criterio adicional de la tipicidad o bien en el ámbito de la antijuridicidad (211).

— Constatamos que esta discusión se ve entorpecida por la variedad y multitud de casos que pretenden solucionarse con el recurso a la imputación objetiva. En algunas situaciones (por ejemplo, en las que el daño aparece como objetivamente imprevisible, o bien en las que el comportamiento se mantiene en los márgenes del riesgo permitido) pudiera afirmarse la inexistencia de un desvalor de acto. En otras, por el contrario (por ejemplo, cuando existe un comportamiento doloso o imprudente que no se ha plasmado en el resultado), pareciera claro la presencia de un desvalor de acto, discutiéndose, en consecuencia, si éste ha producido un aumento del desvalor de resultado.

(208) ROXIN (1976), p. 142. ROXIN (1986), p. 12.

(209) En sentido expreso, GIMBERNAT (1987), pp. 178-179. «Para el viaje de explicar por qué lo que no es acción o no es causante del resultado típico o no es doloso (en los tipos dólodos) o no es imprudente (en los tipos imprudentes), no es tampoco típico, no se necesitan las alforjas de la imputación objetiva: *esas alforjas se necesitan para el viaje de explicar por qué lo que es acción (dolosa o imprudente) causantes del resultado típico, a veces y, no obstante, tampoco es típico*» (subrayado nuestro). Pareciera decantarse en esta posición TORIO (1986), p. 40.

(210) SILVA (1984), pp. 368-369.

(211) En este sentido BUSTOS (1987), p. 226: «(...) la relación entre acción y resultado separable físicamente, en caso alguno sería un problema de tipicidad. Este es un problema propio de la antijuridicidad, donde se determina si con relación al comportamiento realizado es posible *imputar* determinada afectación efectiva al bien jurídico».



Base 5.<sup>a</sup>: Discusión del principio de *disminución del riesgo*. El análisis de este principio nos ha revelado la existencia de dos aspectos que requieren una mayor discusión:

— La posibilidad de afirmar que en toda causa de justificación concurre una acción tendente a disminuir el riesgo, por lo que este criterio podría absorber el juicio de antijuridicidad (212).

— La posibilidad de considerar objetivamente imputable el resultado producido —aun cuando disminuido— si la persona podía haber evitado totalmente su producción.

Base 6.<sup>a</sup>: Discusión del principio *creación de un riesgo jurídicamente relevante*.

La desarticulación de este principio nos ha permitido observar que cobija dos elementos conocidos: la previsibilidad objetiva (por el que se pretende la exclusión de las acciones inadecuadas) y la diligencia debida (por el que se excluyen las acciones adecuadas permitidas). Se trata, por consiguiente, de analizar el papel que ambos desempeñan en las estructuras dolosas y culposas del delito.

Respecto del tipo *doloso*:

— Algún sector de la doctrina considera que la previsibilidad objetiva está incorporada en la afirmación del dolo, las acciones inadecuadas no serían por ello dolosas (213).

— Por lo que respecta al riesgo permitido, la situación es diversa, ya que incluso los autores que niegan la necesidad de la imputación objetiva, entienden que el tipo doloso requiere este criterio corrector de la tipicidad, pero niegan que ello constituya un principio general (214).

Por lo que se refiere al tipo *culposo*:

— La duda surge precisamente en que ambos elementos son constitutivos del injusto. Por consiguiente, para una posición que defienda la imputación objetiva como segundo correctivo, ambos criterios son inservibles, ya que estos han sido precisamente tomados en consideración para la constitución del tipo culposo.

Adicionalmente surge el interrogante acerca de la posibilidad de contestar la pregunta de creación de un riesgo jurídicamente relevante en el *aspecto objetivo del tipo*. Ello tropieza con:

(212) Véase, no obstante, las reflexiones de MIR (1984), p. 190, acerca de la posibilidad de aplicar este criterio cuando se esté en presencia de un mismo bien jurídico.

(213) Así, KAUFMANN (1985), p. 816. CEREZO (1985), p. 324, por el contrario, considera que no es requisito en los delitos dolosos. Véase al respecto las reflexiones de OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), pp. 92-95, quienes matizan el distinto alcance de este elemento en los delitos dolosos y culposos.

(214) Así, KAUFMANN (1985), pp. 822-823. Para CEREZO (1985), p. 325, este criterio es también innecesario en el ámbito de los delitos dolosos.

- La necesidad de tomar en consideración el *saber* del autor en cada caso concreto.
- La *intención* del autor como elemento que puede hacer variar la calificación jurídica de determinados comportamientos en los cuales existe un riesgo insignificante.
- La imposibilidad de constatar totalmente la relevancia jurídica del riesgo sin considerar aspectos propios de la antijuridicidad.

Finalmente, destacar que si bien este criterio permitiría la exclusión *ab initio* de las acciones inadecuadas (dolosas o culposas), difícilmente sucede lo mismo con las acciones adecuadas. La afirmación de que éstas han creado un riesgo jurídicamente relevante conlleva el examen de si se ha sobrepasado el riesgo permitido. Ello pareciera yuxtaponerse en consecuencia al tercer criterio elaborado por Roxin del incremento del riesgo.

Base 7.<sup>a</sup>: El principio del *incremento del riesgo permitido*.

Parecería que en estos supuestos la afirmación de un comportamiento imprudente es *previa* a la imputación objetiva del resultado, ya que para poder imputar este resultado se requiere comprobar que la acción *imprudente* ha elevado el riesgo respecto de la realizada prudentemente (215).

Respecto de los delitos *dolosos*:

- Se admite que este principio puede constituir un criterio de imputación objetiva en el ámbito de los delitos dolosos (obsérvese, no obstante, las consideraciones realizadas en la base 6.<sup>a</sup>).
- Por el contrario, su adopción tropieza con serias dificultades en los cursos causales hipotéticos en los que la doctrina estima suficiente la existencia de una acción dolosa, aun cuando ésta no haya incrementado el riesgo de producción del resultado (216).

Respecto de los delitos *culposos*:

- Surge, asimismo, la problemática de si se está en presencia de un elemento constitutivo del tipo culposo o de un criterio de imputación objetiva.
- Como criterio de imputación objetiva tropieza con varias consideraciones:

---

(215) Lógicamente Roxin argumentaría que cuando se dice: «se trata de ver si la acción imprudente ha elevado el riesgo respecto de la prudente», ello constituye una expresión incorrecta. Ya que sólo podría afirmarse que se está ante una acción imprudente cuando el sujeto no ha adoptado las medidas razonables de cuidado y ha elevado el riesgo. Este criterio sería, por consiguiente, requisito indispensable para afirmar que se está en presencia de una acción imprudente.

(216) Como se vio, sólo algunos autores lo admiten en los casos de causación de reemplazo, STRATENWERTH (1982), pp. 84-86. ROMERO (1983), pp. 168-169.

— La suficiencia de constatar que la acción imprudente ha elevado el riesgo o la necesidad de exigir adicionalmente que ésta haya *causado* el resultado, o bien que ésta se haya realizado en el resultado.

— Las críticas de que ha sido objeto y la necesidad de sustituirlo por el ámbito de protección de la norma.

Adicionalmente, deben considerarse las discrepancias surgidas respecto el momento en que este aumento del riesgo debe ser apreciable, esto es, *ex ante* o *ex post*.

Base 8.<sup>a</sup>: El principio del *ámbito de protección de la norma*.

Este criterio es el que goza de mayor aceptación ya sea en el ámbito de los delitos dolosos o culposos. No obstante, se observa la gran variedad de casos *abordados que son tratados en ocasiones con argumentaciones divergentes*.

Por lo que se refiere a la problemática de las *desviaciones causales*:

— Cuando éstas son *inadecuadas* —objetivamente imprevisibles— se constata la utilización de este criterio junto con la afirmación de que no se ha creado un riesgo jurídicamente relevante. Adicionalmente, otros autores entienden que ello no dice relación con el aspecto objetivo del tipo, sino con la ausencia de dolo.

— Respecto de las desviaciones causales *adecuadas* se confirma la imposibilidad de solucionarlas exclusivamente con un análisis del tipo objetivo, por lo que incluso Roxin debe acudir a criterios subjetivos como el de realización del plan del autor.

Otros autores entienden que esta problemática se resuelve exclusivamente en base a un juicio de adecuación, pero éste debe necesariamente considerar el dolo del autor.

Finalmente, la exclusión de las *consecuencias secundarias* al amparo de este criterio tropieza con el inconveniente de tener que determinar previamente la existencia de una acción dolosa o culposa, aspecto éste que influye decisivamente en la extensión del ámbito de protección de la norma.

Base 9.<sup>a</sup>: La consideración de los criterios de imputación objetiva del resultado en los delitos culposos y omisivos plantean la duda de su *carácter de elementos constitutivos del tipo o de verdaderos criterios de imputación objetiva*. Ello trae de nuevo a colación el distinto papel que actualmente juega la imputación objetiva del resultado, esto es, presupuesto de la existencia de un tipo penal o su consideración una vez éste haya sido constatado.

Base 10.<sup>a</sup>: El criterio del *plan del autor* elaborado por Roxin, no dice relación con la problemática abordada hasta el momento. Este principio se plantea no como presupuesto del aspecto objetivo del tipo, sino como elemento necesario para imputar un delito *consumado* a título de dolo.

## BIBLIOGRAFIA

- BUSTOS, J. (1984): *Manual de Derecho penal español, Parte General*, pp. 226-231, Barcelona.
- (1987), *Significación social y tipicidad*, en «Control Social y Sistema Social», Barcelona.
- (1988), *Die objektive Zurechnung (Methodologische und Systematische Fragen)*, en «Homenaje a Armin Kaufmann», en prensa.
- CEREZO, J. (1985): *Curso de Derecho penal español*, pp. 280-291, 3.ª ed., Madrid.
- COBO DEL ROSAL, M., [VIVES, T. S.] (1987): *Derecho penal. Parte General*, pp. 281-293, Valencia.
- GIMBERNAT, E. (1962): *La causalidad en Derecho penal*, en «ADP».
- (1963), comentario al libro de Roxin, Claus, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, en «ADP».
- (1966), *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, ed. Reus, Madrid.
- (1987a), *¿Qué es la imputación objetiva?*, en «Estudios de Santiago de Compostela».
- (1987b), *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, en «ADP», pp. 579-607.
- GÓMEZ BENÍTEZ (1984): *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, pp. 172-191, Madrid.
- HART, H. L. A. (1964): *Contributi all'analisi del diritto*, p. 536, Milano.
- HONIG, R. (1930): *Kausalität und objektive Zurechnung*, en «Festgabe für Reinhard von Frank», Tübingen, nueva ed., 1969.
- HUERTA, S. (1983): *La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial*, en «La Ley».
- JESCHECK, H. H. (1981): *Tratado de Derecho penal. Parte General*, vol. 1, pp. 377-394, Barcelona.
- KAUFMANN, A. (1973): *Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan*, en «Nuevo Pensamiento Penal», núm. 1.
- (1985): *¿Atribución objetiva en el delito doloso?*, en «ADP».
- LARENZ, K. (1927): *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der Objektiven Zurechnung*, Leipzig, nueva ed., 1970.
- LUZÓN, D. M. (1981): *Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto*, en «Actualidad Jurídica».
- (1984), *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales*, en «Revista de Derecho de Circulación».
- MEZGER, E. (1955): *Tratado de Derecho penal*, trad. Rodríguez Muñoz, 1.ª ed., Madrid.
- MIR, S. (1985): *Derecho penal. Parte General*, pp. 176-194, Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. (1984): *Teoría general del delito*, pp. 21-27, Bogotá.

- OCTAVIO DE TOLEDO, E., HUERTA, S. (1986): *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, pp. 81-117.
- PUPPE, I. (1987): *Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, en «ZStW», 99, Heft 4.
- QUINTERO, G. (1986): *Derecho penal. Parte General*, pp. 326-333, Barcelona.
- REGLERO, F. (1987): *El nexo de causalidad y la socialización del riesgo*, en «Revista del Poder Judicial».
- RODRÍGUEZ MOURULLO (1978): *Derecho penal. Parte General*, pp. 289-305, Madrid.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (1984): *Compendio de Derecho penal. Parte General*, pp. 165-169, Madrid.
- ROMERO, G. (1983): *La conexión entre acción y resultado en los delitos de lesión*, en «CPC», núm. 19.
- ROXIN, C. (1976): *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal*, en «Problemas Básicos de Derecho Penal», Madrid.
- (1976), *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, en «Problemas Básicos de Derecho Penal», Madrid.
- (1976), *Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, en «Problemas Básicos de Derecho Penal», Madrid.
- (1986), *Die Problematik der Objektiven Zurechnung*, Palma de Mallorca, inédito.
- SAMSON, E. (1987): *Kausalitäts-und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht*, en «ZStW» 99, Heft 4.
- SCHÖNE, W. (1984): *El problema de la imputación objetiva*, en «La Toga», revista estudiantil de Derecho y Ciencias Penales, Palma de Mallorca.
- SILVA, J. M. (1984): *Aberratio ictus e imputación objetiva*, en «ADP».
- (1984), *Límites en la responsabilidad por imprudencia*, en «La Ley», núm. 1.049.
- STRATENWERTH, G. (1982): *Derecho penal. Parte General. El hecho punible*, pp. 75-87, Madrid.
- TORIO, A. (1983): *Cursos causales no verificables en Derecho penal*, en «ADP».
- (1986), *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, en «ADP».
- (1987), *Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma*, en «Estudios de Santiago de Compostela».
- WELZEL, H. (1976): *Derecho penal alemán*, pp. 66-71, Santiago de Chile.
- WESSELS, J. (1980): *Derecho penal. Parte General*, pp. 51-65, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, E. (1981): *Tratado de Derecho penal. Parte General*, pp. 277-282, Buenos Aires.



# Tratamiento de los presos provisionales

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Profesora de Derecho Penitenciario del Instituto de Cooperación y Asistencia Técnica, ICAT (de la Asociación de Enseñanza Unificada del Distrito Federal, AEUDF), y del Curso Superior de la Academia de Policía Civil del Distrito Federal, Brasil

**SUMARIO:** I. Aclaración en cuanto al título de este artículo y al sentido genérico de la expresión «presos provisionales».—II. Los derechos y el tratamiento de los presos —provisionales y condenados— según las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (ONU) y según algunos instrumentos jurídicos internacionales; los presos provisionales según el proceso penal, y vistos en su condición humana; objetivo del tratamiento destinado a ellos.—III. El número muy elevado de presos, principalmente de los provisionales, no obstante, las medidas tomadas para bajarlo. La necesidad que también los provisionales tienen de adecuado tratamiento y asistencia de la comunidad, como personas que son, sujetos de derechos, de deberes y de responsabilidad, presumiblemente inocentes.—IV. El choque de ingreso en la prisión. Irregularidades en cuanto a la práctica y a la duración de la prisión provisional. Deben ser conciliados los legítimos intereses del orden público y de la justicia, con la salvaguardia de los derechos individuales.—V. La prisión provisional en una nueva situación vital, que quiebra repentinamente el curso de la vida; perplejidades y problemas para el preso; sufrimiento; falta de respeto a su dignidad humana, si la prisión no es más que un sórdido depósito de presos.—VI. La pena y las medidas procesales cautelares deben ser humanizadas; mientras no puede dejar de existir la reducción a prisión, las prisiones también deben ser humanizadas. Las inquietudes demostradas en favor de los condenados y sus prisiones deben abarcar a los provisionales y respectivas prisiones. Factores de falta de humanidad, ausencia de formación del personal, malas condiciones físicas del establecimiento, hacinamiento.—VII. El equívoco del tratamiento (terapia) sustitutivo de la pena. Lo que la generalidad de los presos (condenados y provisionales) necesitan es un tratamiento (trato) humano para evitar el deterioro de su salud y de su personalidad, minimizar la «prisonalización», bien como preservar su dignidad humana. Los males del encierro, cómo prevenirllos, disminuirlos y corregirlos.—VIII. La prisión provisional afecta también a la familia del preso. No es posible eliminar la prisionalización y otros malos efectos del encierro, pero sí disminuirlos, para lo que contribuyen los contactos con la familia. La participación de la comunidad en la asistencia también a la familia del preso provisional, con atención a dichos contactos. La buena influencia de la presencia de representantes de la comunidad en las prisiones.—IX. El trabajo (un deber —u obligación— para los condenados)

es un derecho para los presos provisionales; el Estado tiene el deber de ofrecerles posibilidades de trabajo: locales, aparatos, condiciones... en el establecimiento. El trabajo no se confunde con terapia (laborterapia, ergoterapia) y debe ser remunerado. El trabajo forzado hiere la dignidad humana; la ociosidad forzada la hiere igualmente.—X. Los presos provisionales (como los condenados) tienen derecho a la asistencia religiosa, prestada por representantes de su misma religión. Si el Estado no la permite o no da condiciones para que pueda ser prestada, estará, por omisión, hiriendo un derecho fundamental de los mismos presos.—XI. La prisión provisional es una medida procesal cautelar extrema, tomada cuando cualquier otra, sin prisión, no sería eficaz. Destinada a garantizar el buen ejercicio del derecho de punir, exige establecimiento de máxima seguridad, admitiendo, muchas legislaciones, breves días de incomunicación. Si el preso provisional es condenado, si es absuelto...—XII. Las medidas procesales cautelares no son penas ni con penas deben ser confundidas, sea teóricamente, sea prácticamente. El tratamiento debido a los presos provisionales, con todas las formas de asistencia que él incluye, entre ellas la jurídica y judicial, no puede ser confundido con tratamiento penitenciario. Importancia y necesidad de servicio jurídico en todas las prisiones.—XIII. Necesidad de locales propios para las diversas formas de asistencia —social, jurídica, médica, religiosa, etc.— en las prisiones destinadas a provisionales, de igual modo que en las destinadas a condenados, sea la asistencia prestada por funcionarios de la Administración de las prisiones, sea por representantes (personas, entidades) de la comunidad.

## I

Preliminarmente, una aclaración en cuanto al título de este artículo, eso es, de los sujetos del tratamiento: los presos provisionales.

No se ignora que la terminología puede variar como, en efecto, se percibe de un país para otro. A veces, en un mismo país hay variaciones de un autor para otro. Así, se puede encontrar las mismas palabras empleadas con sentidos ligeramente diversos o muy diversos, como se pueden encontrar palabras diversas empleadas en el mismo sentido. Tratándose de lenguaje técnico (no de lenguaje común) puede ser, por tanto, si no necesario, por lo menos útil aclarar en qué sentido se emplean.

Presos provisionales son los reducidos a prisión provisional, eso es, no definitiva, destinada a cumplimiento de pena.

En Brasil, hablándose portugués, tenemos semejante problema, encontrándose variaciones de una para otra de las Unidades de la Federación (Estados, Territorios, Distrito Federal), y de un autor para otro.

Es pues, oportuno aceptar la lección de Helio Tornaghi, cuando dice: «...prisão provisória é toda aquela que não é definitiva, isto é, não decorre de sentença condenatória. Prisão provisória é o gênero de que a prisão preventiva é uma das espécies (...), a verdade é que



a prisão preventiva, a prisão em flagrante (...) e qualquer outra prisão autorizada em lei antes de condenação são provisórias» (1).

Las expresiones «presos provisionales» y «prisión provisional» son usadas en esa acepción genérica tanto en el título como en el texto de este artículo, lo que no excluye referencias específicas a prisión en flagrante u otra, según sea el caso.

Además, en citaciones textuales, el sentido de las palabras y expresiones, aunque el autor citado las haya empleado en alguna variación, resultará claro por la misma frase o el mismo contexto en que se encuentran.

## II

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 1955, no se limitan a los condenados; al contrario, abarcan inclusive a los presos provisionales, no sólo en su parte general, sino también en su parte especial, dedicándoles una sección con diez reglas.

Las Reglas Mínimas no tienen fuerza jurídica, siendo más bien principios generales con fuerza moral; otros instrumentos internacionales hay que tienen fuerza jurídica y, en artículos específicos, cuidan de los derechos de los reclusos, incluyendo a los provisionales. Me refiero al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Latinoamericana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (de Costa Rica), entre otros. Los derechos contemplados en esos instrumentos, correspondiendo a disposiciones de las Reglas Mínimas, significan tratamiento a los reclusos condenados bien como de los presos provisionales.

Sin embargo, al mismo tiempo son muchos los autores que, en sus escritos, se ocupan del tratamiento de los condenados y no pocas las entidades que, colaborando con los órganos de ejecución penal, participan de semejante tratamiento, y es muy raro encontrar algún escrito que hable del tratamiento de los presos provisionales. Hay, sí, capítulos sobre la prisión provisional en obras generales de proceso penal, monografías y artículos sobre el tema en sus diversos aspectos y modalidades, con el enfoque de las normas y formalidades del mismo proceso penal, en el ámbito de la dogmática jurídica. El preso está siempre presente, sin duda, aunque implícitamente; cuando se habla de él expresamente, es con el mismo enfoque jurídico-procesal, dogmático-jurídico, sólo eventualmente incluyendo consideraciones de sentido *humano*.

---

(1) HÉLIO TORNAGHI: *Manual de Processo Penal* (Prisão e Liberdade), Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1963, vol. II, pp. 609-610.

Con esas características, es fácil encontrar obras en cantidad y cualidad.

Entre los raros autores que se han ocupado de los presos provisionales vistos principalmente en su condición humana, cabe mencionar a doña Concepción Arenal, la cual, en el siglo XIX, dedicó a «La Prisión Preventiva» la primera de las dos partes del volumen primero de su libro *Estudios Penitenciarios*. Hablando de la prisión preventiva habla más detenidamente del tratamiento humano debido a los presos preventivos, sin dejar de, atinadamente, hacer referencias a sus derechos y deberes (2).

En cuanto a la práctica, no existen (por lo que se puede saber) entidades así específicas; lo que a veces ocurre es la extensión a los provisionales, como actividad accesorio, que sigue las principales, de entidades dedicadas al tratamiento de condenados o a la asistencia postpenal, eso es, de liberados (condicionalmente) y salidos (definitivamente).

El núcleo de las preocupaciones de esas entidades consiste —como de diversos modos y en diversos términos manifiestan— en ayudar al condenado para que se disponga a enmendarse a fin de que, cuando recupere la libertad, pueda reintegrarse en la convivencia social y vivir honestamente.

Por supuesto, el tratamiento destinado a los presos provisionales no puede tener ese objetivo, ya que no siendo condenados, se presumen inocentes, según el principio consagrado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el número 84.2 de las Reglas Mínimas, bien como en el artículo 14.2 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8.2 del Pacto de San José, que le dan validez jurídica. Quien es jurídicamente inocente, no tiene, jurídicamente, de qué enmendarse. El artículo 10.3 del Pacto Internacional atribuye al régimen penitenciario la finalidad esencial de reforma y readaptación social de los penados, esto es, de los condenados a una pena. A su vez, el artículo 5.6 del Pacto de San José consagra la misma regla, atribuyendo a las penas privativas de la libertad la finalidad esencial de reforma y readaptación social de los condenados.

¿Cuál deberá ser, entonces, el objetivo del tratamiento de los presos provisionales?

Presumiéndose como se presume que son inocentes, el objetivo del tratamiento deberá ser el de minimizar su sufrimiento, impuesto por la vivencia de la situación de preso, y preservar, tanto cuanto posible, la integridad de su personalidad, así como su decoro y su dignidad humana. Si vienen a ser condenados, el tratamiento que de-

---

(2) Doña CONCEPCIÓN ARENAL: *Obras completas*, T. V; *Estudios Penitenciarios*, vol. I, Madrid, Victoriano Suárez, 1895.

berán seguir recibiendo será otro, de acuerdo con la finalidad confirmada en lo dispuesto por las citadas normas internacionales. Si vienen a ser absueltos, la presunción de inocencia se transforma en certeza de inocencia jurídicamente comprobada. Como tales deberán retornar a su ambiente, su familia, su trabajo, su iglesia, su círculo de amistades, en condiciones físicas y psíquicas, morales y sociales que les permitan retomar su puesto con el mínimo posible de desajuste de su parte y con la debida y necesaria receptividad de parte de los otros, de la comunidad, de la sociedad.

### III

El propósito de estas páginas no es hacer cualquier juicio de valor —moral, social, jurídico, político...— de la prisión provisional, sino encarar la realidad de los presos provisionales. El tratamiento que, encarando esa realidad, debe serles prestado, puede comportar, en cuanto a casos individuales, la toma de medidas de carácter jurídico, procesal. Esas medidas tendrán siempre y solamente la finalidad de corregir desaciertos o solucionar problemas individuales en el ámbito de la realidad establecida. Eso no significa que ella no sea merecedora de críticas y modificaciones. Sin embargo, mientras se hacen o no se hacen, hay que prestar tratamiento a los presos provisionales que se encuentran en la realidad existente.

No son pocos los presos en esa situación.

De acuerdo con una encuesta hecha por la ONU, en la primera mitad de la década de 1970, respondida por países de todos los continentes, el porcentaje de presos provisionales en el total con los condenados, es, de modo general, muy elevado. Los países con sistema jurídico-penal y procesal anglosajón son los que tienen más bajos porcentajes, siendo por lo general inferiores a los (aproximadamente) 35 por 100 tolerables. De los países con otro sistema, hay los que tienen ese porcentaje o poco menos, y hay los que tienen uno más elevado, hasta más del doble (3).

De acuerdo con otra encuesta hecha en América Latina y Caribe por Elías Carranza, Mario Houed, Luis Paulino Mora y Eugenio Raul Zaffaroni, del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas (ILANUD), refiriéndose los datos a los primeros años de la década de 1980, el porcentaje de los presos provisionales en los países con sistema anglosajón es semajante al verificado por la ONU; en los países

---

(3) Nations Unies. Cinquième Congrès pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, *Traitement des délinquants dans les prisons et dans la collectivité, compte spécialement tenu de l'application de l'ensemble de Règles Minima pour le traitement des détenus adopté par l'Organisation des Nations Unies*, document de travail établi par le Secrétariat. A/CONF. 56/6, Anexe II.

con otro sistema diverso de los que no figuran en la encuesta de la ONU, los porcentajes son mucho más elevados, no sólo llegando al doble del máximo tolerable, como ultrapasándolo, hasta más de 80 por 100 y, en un caso, configurando el 95,25 por 100 (4).

Es verdad que desde alrededor de la mitad de la década de 1970, unos y otros países, atendiendo a insistentes recomendaciones de la ONU, han introducido reformas en sus leyes penales y de proceso penal para adoptar formas de pena sin prisión, cumplidas en la comunidad urbana, y, bien así, medidas procesales —medidas cautelares— sustitutivas de la prisión provisional. Sin embargo, por las noticias que se tienen de las estimativas hechas, la situación sigue siendo semejante a la verificada por la ONU y por el ILANUD.

¿Por qué? ¿Por qué, una vez que las reformas serían eficaces para disminuir el número de presos, condenados y provisionales, notándose que, en cuanto a esos, se estaba seguro de que, con dichas medidas, su número disminuiría considerablemente, ya que la prisión provisional dejaría de ser la regla?

Parece que se puede entender que si, por un lado, ciertos hechos legalmente previstos como crímenes dejaron de serlo, tornándose lícitos, o bien permaneciendo ilícitos dejaron de ser penalmente punibles para serlo sólo según otros criterios jurídicos, por otro lado, hechos nuevos, suscitados por la vida moderna, particularmente dañinos, han sido incluidos como crímenes en las previsiones legales; su gravedad ha exigido previsión de penas más severas, generalmente privativas de la libertad y, asimismo, medidas procesales cautelares como la prisión provisional. Todo eso en un panorama de continuo crecimiento del crimen y de la criminalidad, no obstante, los esfuerzos para contener aquél y éste, hechos en límites nacionales como en extensión internacional.

Un factor que parece contribuye, sea conscientemente sea inconscientemente, para el número de presos, condenados o provisionales, a mantenerse elevado a pesar de las medidas legales destinadas a disminuirlo (sin dejar impunes a los delincuentes), es la idea arraigada en la opinión pública de que la privación de la libertad (en prisión) es la única pena, es la pena por antonomasia, añadiéndose a esa idea la de que el autor o supuesto autor de un crimen debe ser inmediatamente puesto en prisión y ahí mantenido. Puede ser que ciertos profesionales de los medios de comunicación tengan ellos mismos esas ideas y que, directamente o indirectamente, contribuyen para mantenerlas vivas y fuertes en la opinión pública, la cual fácilmente pierde la serenidad, transformándose en *pasión pública*. Arturo J. Zavaleta se refiere a «un error hartó generalizado por desgracia: el error de

---

(4) ELÍAS CARRANZA, *et alii*: *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, San José (Costa Rica), ILANUD, 1983, pp. 22-24.

confundir *pasión pública con opinión pública*». En seguida, citando a Rafael Bielsa, dice que «la pasión pública se manifiesta como impaciencia enfermiza y ávida de sensaciones». Más adelante subraya: «*Pero la pasión pública no es la opinión pública*: al contrario, nada más opuesto» (5).

No se puede negar que la pasión pública confundida con opinión pública hace presión sobre los encargados de aplicar y hacer observar la ley, de tal modo que ellos, *volenter nolenter*, son susceptibles de sufrir su influencia.

La realidad es, pues, ésta: si en ciertos países el número de presos provisionales no es tan elevado (en parangón o no con el de condenados), en otros lo es, y en otros es elevadísimo. Todos ellos necesitan un tratamiento adecuado, prestado no sólo por el personal de la prisión (el cual, si realmente prestado, es algo apreciable, sin duda, pero insuficiente), como, asimismo, por la comunidad urbana. Todos necesitan la atención, la asistencia de la comunidad, la cual tiene ese deber para con ellos, que no dejan de ser sus miembros por estar presos. Aunque en una prisión haya un sólo preso provisional, la comunidad le debe atención y asistencia, como la debe a cualquier persona, cualquier de sus miembros que se encuentre en estado de necesidad y sufrimiento. En los últimos tiempos se insiste mucho y con razón, afirmando que el condenado es una persona, sujeto de derechos, de deberes y de responsabilidad (*responsabilidad*, en el singular, eso es, calidad de responsable; conciencia intelectual y moral de los propios derechos y deberes, y voluntad de ejercer los unos y cumplir los otros; capacidad de ser dueño de su propia conducta). El preso provisional también es una persona; una persona que se presume inocente mientras no haya en su contra una sentencia condenatoria firme y, como dice el número 84.2 de las Reglas Mínimas, «debe ser tratado en consecuencia».

#### IV

Unos y otros autores hablan del choque de ingreso en la prisión, pero refiriéndose a los condenados. Es como si los condenados no hubiesen estado presos antes de la sentencia. Se dice, aunque con diversas palabras, que el condenado debe recibir la adecuada asistencia para que ese choque sea atenuado y no deje secuelas que puedan perjudicar su enmienda y su futura reintegración en la convivencia social. No obstante, se debía saber, y siempre se supo que no era y no es así. Ocurre que se sabía y siempre se supo sin tomar conciencia.

---

(5) ARTURO J. ZAVALETA: *La prisión preventiva y la libertad provisoria*, Buenos Aires, Arayú, 1954, p. 68.

En los últimos tiempos, unos y otros factores, entre ellos probablemente el hacinamiento de las prisiones, han llamado la atención sobre los presos provisionales, cuyo número, como lo demuestran los datos estadísticos, es considerablemente significativo.

Ya no es tiempo que empiece la preocupación con los presos provisionales, los cuales sufren todos los males que sufren los presos condenados, sin las mitigaciones legales ni prácticas. Además, hay una diferencia en disfavor de los provisionales. Eso es: el condenado tiene una visión de su futuro, según los términos de la sentencia, siendo determinado el tiempo de duración de la pena aplicada y siendo legalmente previstos los posibles beneficios que pueden abreviarla, bien como las condiciones requeridas para obtenerlos. Mientras tanto, el provisional no sabe cuanto tiempo debe permanecer preso; en el momento de su encierro él pierde la visión de su futuro.

Es verdad que las leyes de unos y otros países fijan los límites para la prisión provisional del procesado —prisión preventiva—; pero también es verdad que, en la práctica, muchas interferencias— algunas excusables, algunas, quizá, justificables, pero otras enteramente ilegítimas— determinan prolongamientos que, no definidos, pueden durar días, semanas, meses o años; no obstante, el *remedium juris* de *habeas corpus* (o similar) previsto por las mismas leyes... No es tan raro como se podría pensar que la prisión en flagrante deje de ser judicialmente legitimada dentro del plazo legal (según la generalidad de las legislaciones, veinticuatro horas) y se prolongue por tiempo más corto o más largo.

En lo tocante a las detenciones por motivos o para fines de policía, lo que sucede es que, generalmente, no son comunicadas a la autoridad judicial, siendo prácticamente arbitraria su duración. Las legislaciones suelen no prever esa forma de prisión y los autores suelen no cuidar de ella. Sin embargo, sabemos que en la práctica ella existe en unos y otros países.

Existiendo ella en Brasil, Galdino Siqueira le dedicó unas pocas líneas diciendo que esa forma de prisión, denominada, por eufemismo, «de averiguações policiais» era una «inqualificável abuso» e informaba que dos «Avisos» del Ministro de Justicia, uno de 2 de enero de 1888 y otro de 3 de julio de 1889, ya la habían «profligado e proscrito expressamente» (6).

Hoy, pasado un siglo, y, sin embargo, de otras medidas tomadas en el mismo sentido de aquellos dos «Avisos», sigue siendo practicada.

La policía busca justificarse (y justificarla) con argumentos diversos, uno de los cuales es que, en muchos casos, de las averiguaciones resulta que hay suficientes fundamentos para prisión preventiva, lo

---

(6) GALDINO SIQUEIRA: *Curso de Processo Criminal*, 2.<sup>a</sup> ed., rev. e aum., São Paulo, Livr. Magalhães, 1937, p. 125.

que entonces debe ser comunicado a la autoridad judicial en el más breve plazo para que sea decretada; en la práctica no siempre esa comunicación es hecha con dicha brevedad. Otro argumento es que, entre los «presos para averiguações» no es raro que se encuentre algún delincuente contra quien ya existe mandato de captura, siendo él buscado en vano. Otro argumento más es que hay situaciones (de manutención y, principalmente, de restablecimiento del orden) que, por su contenido y por sus circunstancias, exigen medidas urgentes, inmediatas, entre las cuales la detención de personas participantes de tales situaciones, no siendo posible aguardar cualquier formalidad para efectuar dicha detención.

Por lo que se puede inferir de lo que dicen y muestran los medios de comunicación, es semejante lo que ocurre en otros países.

En algunas legislaciones se encuentran ciertas reglas cuya finalidad, parece, es disciplinar esa modalidad espuria de prisión. Como ejemplo ilustrativo se menciona la italiana, que admite la detención por la policía —el *fermo di polizia*— «de los individuos sobre los que pesan indicios de delito, aun sin flagrante, cuando los indicios son graves o cuando existe fundado temor de fuga» (7). La ley determina las medidas que deben ser tomadas y las formalidades que deben ser practicadas inmediatamente, para que pueda seguirse prisión provisional (8).

Por tanto, no se trata de eliminar esa forma de prisión, sino de disciplinarla, aunque para eso sea necesaria alguna reforma de la policía y del mismo Poder Judicial.

## V

Sea lo que sea la forma o modalidad o especie de prisión provisional, legalmente prevista o fuera de la ley, es siempre una nueva situación vital, en la cual el preso queda, por lo menos, perplejo; a la perplejidad se añaden otros sentimientos y estados deprimentes, aún más si es un «preso primario» —preso por la primera vez—. Hay una repentina quiebra en el curso de su vida. Es algo abrumador, principalmente si él está consciente de su inocencia.

Como señalan Antonio Lovati y Martina Panetti Lovati, para alguien que es reducido a prisión se presenta en el mismo momento una multitud de cosas que no pueden dejar de ser hechas, tales como avisar a la familia o a la novia; comunicar la prisión a su patrón (para evitar la pérdida del empleo, por faltas no justificadas); pagar

(7) EUGENIO FLORIÁN: *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. y ref. al Derecho español por L. Prieto Castro, Barcelona, Bosh, 1934, p. 262.

(8) ITALIA: *I Codici Penale e di Procedura Penale*, annotazioni e coordinamenti a cura di Mario Abate, quarta ed., Piacenza, La Tribuna, 1978.

el alquiler, la cuenta de la luz, del gas y del agua; buscar la ropa en la lavandería; encontrar las gafas olvidadas en cualquier lugar; quitar el coche parqueado en sitio prohibido... (9).

Son, de modo general, pequeñas cosas que todos hacemos cotidianamente sin darnos cuenta; hacemos personalmente o alguien hace a nuestro pedido o a nuestra orden. Así, si tenemos motivo para no regresar a casa cuando somos esperados, o faltar al trabajo, avisamos; pagamos las cuentas en el respectivo plazo, y así por delante. Si no hacemos esas cosas en la ocasión debida y oportuna, luego, disponiendo de nuestra voluntad y libertad, sabremos arreglarlas... Otras pequeñas alteraciones, análogas a las de esos ejemplos ilustrativos, pueden presentarse, las cuales, variando de persona para persona, hacen parte del día a día y no llegan a causar trastorno.

Todo cambia para quien, reducido a prisión —tanto más si, como debe ser para los provisionales, es en establecimiento de máxima seguridad— se vé constreñido dentro de los estrechos límites formados por paredes y muros... bajo la vigilancia de los ojos atentos del personal... «Un doble círculo —murallas de cemento y murallas humanas», como dice Víctor J. Irurzun (10). No sólo todo cambia para quien es reducido a prisión, como se agregan sufrimientos y falta de respeto a la dignidad humana del preso, si, con esta o aquella denominación, la prisión no pasa de un sórdido depósito de presos.

Aunque la prisión no sea un simple depósito de presos, la angostura (física) y la angustia (psíquica) se confunden. Las cosas que en libertad no pasarían de pequeñas alteraciones del día a día, crecen y se deforman como monstruosos fantasmas. El sufrimiento es aumentado por la humillación (que no es momentánea, sino duradera) de las formalidades de identificación e higiene: la toma de impresiones digitales, la fotografía con el número en el pecho, los cabellos rapados y, si es el caso, igualmente la barba y el bigote; además, la entrega de pequeñas cosas personales, como reloj, algún anillo, dinero, para ser guardadas en local propio de la Administración... El preso siente miedo, se siente despojado de sí mismo, abandonado, agobiado por el terrible sufrimiento de la soledad afectiva, más terrible en un ambiente que él siente como hostil.

A pesar de estar sometido a tan traumatizante situación, él debe, como bien observa Julio Aparicio, «asimilar las normas que le imponen los guardacárceles, pero también que fijan sus iguales. Necesita adaptarse rápidamente a un ambiente tan desconocido para

(9) ANTONIO LOVATI e MARTINA PANETTI LOVATI: *Esperienza di volontariato nel mondo occidentale*, «Rassegna penitenziaria e criminologica» (Roma, Ministero di Grazia e Giustizia), V, gen/apr. 1983, pp. 324-325.

(10) VÍCTOR J. IRURZUN: *Aspectos sociológicos*, in ELÍAS NEUMAN y VÍCTOR J. IRURZUN: *La sociedad carcelaria*, aspectos penológicos y sociológicos, 2.ª ed., corr. y ampl., Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 111.



él como inusual, aprender nuevos códigos gestuales, modificar su vocabulario, simular; en síntesis, sobrevivir» (11).

Pongámonos en el lugar de ellos, con espíritu de Caridad o, por lo menos, con una dosis de empatía y preguntémoslos: ¿Qué pensaría yo?, ¿qué sentiría yo?, ¿cómo reaccionaría yo?, ¿qué desearía yo?

## VI

Los días empiezan a transcurrir: para una parte de los presos, se siguen semanas; para otra parte, meses; para otra, años...

¿Qué especie de vida tendrán los presos provisionales durante ese tiempo —días, semanas, meses, años—?

¿Tantas inquietudes que se manifiestan en favor de los presos condenados, serían provechosas también para los provisionales?

Se ha hablado y se sigue hablando mucho de humanización de la pena. En la doctrina y en las leyes pueden verse los reflejos de esa preocupación, traducida en modificaciones en el sentido y en la forma de pena que la práctica busca adoptar. De las inquietudes con respecto a la pena privativa de la libertad, cumplida en prisión, han resultado formas diversas de pena sin prisión. Análogas inquietudes han conducido a la adopción de medidas procesales cautelares sin prisión, y algo se ha alcanzado en ese sentido. Con todo, aún no se ve posibilidad de eliminar dicha privación de la libertad, sea como pena, sea como medida procesal cautelar. En otras palabras: existen prisiones y existen presos, no sabiéndose cuándo podrán dejar de existir, si es que un día podrán dejar de existir... Hay, pues, que humanizar la pena y las medidas cautelares, no sólo buscando otras formas, sin prisión, como también humanizando las prisiones. En cuanto a las prisiones destinadas a cumplimiento de pena, ya se ha hecho algo, a veces más que algo, en países diversos. En cuanto a casas o establecimientos destinados a prisión provisional, no ocurre lo mismo; no es frecuente que la preocupación vaya más allá de la seguridad contra la fuga.

Suponiendo que el precepto de la Regla Mínima número 8-b), «los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena», sea observado, ¿cómo son las prisiones destinadas a ellos? Deben ser de máxima seguridad... ¡y tantas veces no son más que asquerosos, inhumanos depósitos de gente!

Israel Drapkin, que ha recorrido muchos países, hace una síntesis de la realidad que, en la generalidad de ellos, ha, con razón, herido

---

(11) JULIO ENRIQUE APARICIO: *Droga-delito-rehabilitación*, «Doctrina y acción post-penitenciaria», publicación del Patronato de Liberados de la Capital Federal, Rep. Argentina, 1 (1), 1987, p. 167.

su sensibilidad. Dice él: «...no es un secreto que son estos lugares de detención —que deberían ser los mejores, porque nadie tiene la seguridad de no ser detenido un día por sospechas— los que reúnen condiciones más deplorables. Las características higiénicas, médicas y dietéticas, así como los programas para consumir las infinitas horas libres de los reclusos, si es que existen, no son muy diferentes de las que predominaban en 1777, cuando John Howard (1726-1790) publicó su famosa obra *The state of prisons in England and Wales* (...). En términos generales, con muy escasas y honrosas excepciones, es posible afirmar que las cárceles ocupan edificios antiquísimos, no siempre construidos para esa finalidad, incapaces de satisfacer las necesidades mínimas de sanidad, luz, calefacción, ventilación, seguridad personal y prevención de incendios (...). Si a las condiciones descritas agregamos el apiñamiento humano —derivado de la reclusión de una cantidad de detenidos dos o tres veces mayor que el número de plazas originalmente previsto—, no resulta difícil comprender que la higiene en estos recintos es un mito. El mal trato y la tortura de los procesados, tanto más cruel cuanto más ilegítima, se aplica “generosamente” e indiscriminadamente. Por otra parte, y debido a la intolerable e irritante demora con que tramitan los procesos de los infortunados que ahí caen, no son excepcionales los casos en que algunos de ellos terminan por ser declarados inocentes, después de meses o años de injusta detención, o salen en libertad apenas dictada la sentencia condenatoria, porque la pena en ella establecida es mucho más corta que el tiempo que ya llevan de reclusión...» (12).

Es larga la citación. Pero si no la hiciese, debería yo decir las mismas cosas, con mis propias palabras, quizá no tan claras, sucintas, cabales. Es que la situación descrita por Drapkin corresponde, inclusive en cuanto a escasas y honrosas excepciones, a lo que yo conozco de mi experiencia profesional, con una u otra pequeña diferencia, como, por ejemplo, en lo que se refiere a «edificios antiquísimos, no siempre construidos para esa finalidad». He podido conocer casas o establecimientos para presos provisionales, no tan antiguos como también recientes, entre ellos algunos construidos para esa finalidad, en los cuales, no obstante, todo —estática y dinámicamente— era como en lo descrito por el citado autor. Esa diferencia no disminuye la gravedad de los hechos y de la situación, al contrario.

Para que así sea, diversos factores contribuyen, entre los cuales el apiñamiento mencionado en la citación. Pero el apiñamiento no es factor original, sino resultado de otros factores, tales como: la generalizada idea de que la prisión es solución para todo, y, en cualquier caso de hecho ilícito o de sospecha, debe ser efectuada sin vaci-

---

(12) ISRAEL DRAPKIN: *Criminología de la violencia*, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 127-129.

lar (con la condición de que el que deba ser preso no sea «yo» ni nadie de «mi» familia...); las demasiado amplias previsiones legales de prisión cautelar, lo que, de cierto modo, alimenta esa idea errónea; la no observancia de los plazos legales, tantas veces ultrapasados. Otro factor —muy importante— es la falta de adecuada preparación del personal: del personal que trabaja en las prisiones, como también del que integra el sector de la Administración Pública responsable por las casas o establecimientos destinados a prisión. Esos son responsables por los edificios, su construcción y sus condiciones de funcionamiento; aquellos son responsables por el mismo funcionamiento y los cuidados para que se mantengan dichas condiciones. Si la construcción de los edificios no obedece a apropiadas normas de la arquitectura de prisiones, o no disponen de los necesarios aparatos, habrá problemas inherentes, de difícil, sino imposible solución. Si el personal que trabaja en la prisión no es adecuadamente preparado, no sabrá hacer funcionar la misma prisión, aunque su arquitectura sea buena y disponga de los necesarios aparatos. El buen funcionamiento de una prisión no sólo incluye el debido tratamiento (o trato) de los presos, como ese tratamiento debe ser su objetivo. Que así se realice, todo depende del personal. Realmente, aunque el edificio haya sido construido de acuerdo con las mejores normas de la arquitectura de prisiones, y que los aparatos sean los mejores y potencialmente más eficientes, si el personal que ahí trabaja no tiene la adecuada preparación, esa prisión no funcionará debidamente; luego podrá no pasar de un sórdido inhumano depósito de presos. En una prisión así todo es tétrico, sucio, exhalando el característico mal olor —característico, sí, como he podido sentir, siempre igual, en prisiones (para condenados y para provisionales) en países diversos. Por otro lado, aunque el edificio de una prisión no sea como determinan las normas de la respectiva arquitectura y tampoco disponga de los necesarios aparatos, un personal bien preparado y atinado sabrá proceder de modo que, a pesar de ciertos problemas inevitables o insolubles, haya un mínimo indispensable de condiciones físicas que posibiliten tratar a los presos humanamente. Prisiones así conozco diversas. Físicamente, en ellas todo es precario y rudimental, pero el personal, bien preparado y atinado, sabe qué hacer y cómo hacer, de lo que resulta, por lo menos, lo mínimo indispensable para que sea preservada y respetada la dignidad humana de los presos. En una u otra de esas prisiones (siempre pequeñas, con no más de 300 plazas, o bien menos) me llamó la atención la ausencia de aquél característico mal olor...

De todo se puede entender que las prisiones, mientras son necesarias, deben disponer, para su instalación, de apropiados edificios, de acuerdo con las normas de la respectiva arquitectura, y de los necesarios aparatos; al mismo tiempo deben poder contar para su funcionamiento con un personal bien preparado y atinado. Sin embargo, en

el caso de que no puedan coexistir ambas cosas, debiéndose escoger una con exclusión de la otra, la preferencia deberá ser en favor del personal.

## VII

A la doctrina de la Escuela Positiva de Derecho Penal italiana se debe la imagen del delincuente como la de un enfermo o, por lo menos, un anormal, siendo el delito un síntoma de enfermedad o anomalía. Por eso, la pena retributiva del hecho que constituye delito, y punitiva de su autor, debía ser sustituida por tratamiento (terapia) de naturaleza médica, educativa o análoga. Mediante ese tratamiento, se entendía curar, reeducar, recuperar socialmente o resocializar al delincuente, el cual, para ser así tratado, debía permanecer segregado en un establecimiento apropiado, que ya no sería prisión o penitenciaria, sino instituto de reeducación, de recuperación social, de resocialización... El tratamiento debía tener duración indeterminada, eso es, hasta cuando los especialistas encargados de él entendiesen que el delincuente estaba curado, reeducado, recuperado socialmente, resocializado...

No obstante, el entusiasmo, la euforia con que fue acogida esa orientación propia del cientificismo de las últimas décadas del siglo XIX y primeras del siglo XX, su aplicación práctica no fue tan amplia como imaginaban y esperaban sus creadores. Entre los motivos de esa discrepancia aparecen: el alto costo de los establecimientos con sus aparatos igualmente costosos, la necesidad de personal técnico y científico muy especializado —y remunerado convenientemente—.

Los resultados de las experiencias que, a pesar de todo, pudieron ser hechas, no correspondieron a lo previsto y deseado. ¡Por supuesto! Sin hablar de otras razones de la frustración, ¿cómo se podría «resocializar» a alguien segregándole de la sociedad?

Pocas han sido las experiencias efectivamente hechas, pero la terminología de la doctrina de la Escuela Positiva, tan propia del lenguaje médico, pasó a ser usada aun cuando ningún tratamiento (terapia) fuese hecho, y sigue siendo usada en lugar de la terminología del Derecho Penal, del Derecho Procesal Penal y del Derecho Penitenciario. Sea porque los resultados del tratamiento sustitutivo de la pena no han correspondido al optimismo de sus partidarios, sea porque se ha verificado que no es verdad que la generalidad de los delincuentes sean enfermos o anormales y el delito sea efecto de esa enfermedad o anomalía, sea porque la preocupación con los derechos humanos ha contribuido para percibir que aquel tratamiento, que había sido propuesto como humanización de la pena, los ignora y los hiere; sea por esos o aquellos motivos científica y éticamente válidos, ya hace algún tiempo que los especialistas han retomado su apoyo

a la pena ontológicamente ético-jurídica, con funciones y finalidades éticas y utilitarias. Naturalmente, la terminología ya no debe ser la del lenguaje médico, sino la del lenguaje jurídico. Para los que insisten en usar la del lenguaje médico, valga la observación de Inkeri Anttila: «Punishment should never be camouflaged by calling it treatment, rehabilitation or therapy» (12).

En este panorama, los especialistas han podido comprobar que la necesidad del tratamiento médico o similar no constituye la regla general, debiendo ser verificada y certificada en cada caso individual de los que están (o parece que están) fuera de la regla general; dicha verificación no significa, por sí misma, que el delito cometido tenga relación de causa y efecto con la enfermedad o anomalía, pero reclama el apropiado tratamiento, según el diagnóstico hecho, mirando tan sólo la salud o la integridad física de quien padece la enfermedad o anomalía, como ocurre con cualquier persona que sufre cualquier enfermedad.

La generalidad de los presos (condenados) no necesitan, pues, un tratamiento (terapia) para ser curados, reeducados, recuperados socialmente, resocializados (u otros términos de sentido semejantes), sino de un tratamiento (trato) humano, para evitar el deterioro de su salud y de su personalidad, bien como el desajustamiento social causados por el encierro en la prisión.

Una encuesta hecha por expertos de Ministerio de Gracia y Justicia de Italia, los cuales han tomado en cuenta estudios hechos por sociólogos, psicólogos, psiquiatras y otros científicos sociales que ya habían examinado la cuestión no sólo en prisiones como en otros establecimientos destinados a internación colectiva (para fines médicos o asistenciales) comprobó que, no obstante, ciertas diferencias en las verificaciones, debidas a los diversos puntos de vista de los especialistas, una de dichas verificaciones se repetía en todos ellos. Eso es: el encierro o la permanencia en cualquier establecimiento o instituto es nocivo, destructor.

Prosiguen los expertos italianos esclareciendo que el deterioro de la personalidad resulta de la vivencia con otras personas de igual condición, en el mismo ambiente, como también del mismo encierro en un establecimiento donde todo es distinto de la vida «normal» en la sociedad fuera de él.

En lo que se refiere específicamente a las prisiones y a los presos (subentendido: condenados) citan a Clemmer (D. Clemmer, *The prison community*, New York, Rinehart and Co., 1958, reimpresión de la edición original de 1940), para hablar del fenómeno conocido co-

---

(13) INKERI ANTILA: *Techniques of Individualization Processes Why?* in «Les techniques de l'individualisation judiciaire», VIII Congrès international de Défense sociale, rapports nationaux et particuliers, Milan, Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, 1971, p. 42.

mo «prisonalización». La prisonalización consiste en la integración del preso en la vida y cultura de la prisión, desintegrándose, al mismo tiempo, de la vida y cultura fuera de ella. Si el preso busca oponerse a su propia prisonalización, sufre demasiado. Con el pasar del tiempo, todos los presos acaban prisonalizados, lo que disminuye su sufrimiento, pero no lo quita enteramente; la privación de la libertad, con las frustraciones que impone, y la convivencia forzada con los otros presos, son fuentes de sufrimiento.

Los mismos expertos, citando a Glaser (D. Glaser, *The effectiveness of a prison and parole system*, New York, The Sobbs Meril Co. Onc., 1964), observan que el grado de prisonalización es más intenso en prisiones de mayor seguridad y control. Entre las manifestaciones del deterioro propio de la prisonalización se cuentan: confusión en cuanto a la noción de tiempo, comprometimiento de la potencia cognitiva, alteraciones perceptivas, restricciones sensoriales... (14).

Aunque los expertos italianos hayan tomado en consideración estudios concernientes a personas encerradas o internadas en cualesquiera establecimientos o institutos —prisiones, hospitales, asilos, etc.— de varios países, su encuesta se fijó en presos condenados. Verificaron que el tratamiento que ellos necesitan no es, en general, una terapia para curarlos, reeducarlos, readaptarlos socialmente, resocializarlos..., sino un tratamiento humano para prevenir o, por lo menos, disminuir los males propios del encierro.

Que el encierro tiene sus propios males, es afirmado también por Drapkin, cuando dice: «...las prisiones no se cuentan precisamente entre las instituciones que sostienen y desarrollan la moral. Al contrario, la vida penal afecta el equilibrio mental y emocional de todo recluso, incluso del más estable entre ellos» (15).

Se debe notar que, sin olvidar los males advenidos del encierro, el preso es una persona como cualquier otra, susceptible de enfermarse como cualquier persona. El preso puede tener dolor de muelas o de cabeza, puede sufrir de cáncer o de males del corazón; en fin, puede tener cualquier enfermedad. Se debe notar más que ciertas enfermedades (por ejemplo, males de las vías respiratorias, del aparato digestivo, enfermedades de la piel...) no son propias de las prisiones, sino de las indeseables condiciones de limpieza, higiene, alimentación y otras. La frecuencia de esas indeseables condiciones en las prisiones hace que se confundan las cosas... El tratamiento de los presos como gente y, en el caso de presos provisionales, como personas que se presumen inocentes, tiene que incluir en las atribuciones de los servicios médicos —tratamiento, asistencia— la verificación de las condi-

---

(14) Italia, Ministero di Grazia e Giustizia, *Deterioramento mentale da detenzione*, Quaderni dell'Ufficio Studi e Ricerche delle Direzione Generale per gli Istituti di Prevenzione e di Pena (Roma), 13 (1976), *passim*.

(15) ISRAEL DRAPKIN: *Op. cit.*, p. 134.

ciones de la prisión que pueden afectar la salud y, según sea el caso, la toma de adecuadas medidas. En suma, el servicio médico, necesario en todas las prisiones, sin excluir la participación de la asistencia de la comunidad, debe cuidar de la salud de los presos personalmente, bien como de las condiciones generales del establecimiento, para que no dañen la salud física y psíquica de quienes ahí están encerrados. Esos cuidados —genéricamente preventivos e individualmente curativos, para los cuales se encuentra apoyo en los números 25 y 26 de las Reglas Mínimas— contribuirán, por cierto, para disminuir los malos efectos del mismo encierro, minorar la prisionalización o atenuar el sufrimiento de los que se esfuerzan para no ser vencidos por la misma prisionalización.

## VIII

A su vez, Jaime Morlotte Acoste, ocupándose de presos provisionales y condenados, dice, al hablar de la detención como medida cautelar: «...no obstante su transitoriedad constituye una medida de gran afectación, tanto para el sujeto que la sufre como para su familia» (16). Y sigue hablando de la importancia de la asistencia que debe ser dada a la familia del preso, afirmando en las «conclusiones»: «1.ª) No obstante, que la detención y prisión preventiva suponen cierta transitoriedad como medidas cautelares que son, también dañan material y moralmente a la familia del privado de su libertad, al igual que la prisión penitenciaria. Es necesario, en consecuencia, asistencia social del Estado desde el momento mismo de su detención» (17).

Ese autor ha tocado un aspecto muy importante, eso es, la familia del preso, sea provisorio o condenado, la cual necesita asistencia en razón de los daños que ella, a su vez, sufre, derivados de la prisión de uno de sus miembros. En cuanto a eso estoy enteramente de acuerdo, así como en cuanto a que la asistencia deba ser prestada «desde el momento mismo de la detención». No lo estoy en cuanto a que deba ser prestada (exclusivamente) por el Estado, como parece que entiende el autor. La experiencia de los más distintos países ya ha demostrado hartamente que en el campo de la asistencia (sea cual sea su objeto y tenga ella los destinatarios que tenga), el Estado, debiendo observar leyes, reglamentos y formalidades de la burocracia, no siempre es tempestivo y humano. Probablemente ese es uno de los motivos que han llevado a invocar tan insistentemente la participación de la comunidad en el tratamiento de los presos, en eso ha-

---

(16) Lic. JAIME MORLOTTE ACOSTA: *Asistencia social del Estado a la familia del privado de su libertad*, «Criminalia», órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, XLI (1-6), enero-junio, 1975, p. 72.

(17) *Idem, ibidem*, p. 83.

ciéndose oír muy bien la voz de Naciones Unidas. El tratamiento —trato, asistencia— de los presos alcanza, extensivamente, debe alcanzar, el de su familia.

El recién citado autor se ocupa señaladamente de la asistencia de la familia, en su sufrimiento, necesidades y peligros advenidos de la ausencia del padre preso. Está subentendido que el preso —padre, hijo, hermano— sufre más si no tiene noticias de su familia o si las que tiene son malas. Viceversa, el peso de su sufrimiento es de cierto modo aliviado, si él tiene buenas noticias de su familia, si sabe que ella está bien y recibe asistencia moral, social, económica u otra, como necesita.

Pero es no es todo. Es imprescindible que el preso mantenga contacto con su familia. Y que sea lo más pronto posible. Cuando ingresa en la prisión, ese contacto es necesario para atenuar el choque de ingreso y sus efectos inmediatos, bien como para tomar conocimiento de las obligaciones o quehaceres —problemas grandes o chicos, los cuales, para quien acaba de ser privado de su libertad, aparecen agigantados— y encargarse de ellos.

Cuando el tiempo empieza a pasar y transcurren semanas, meses años..., la familia se acostumbra a la ausencia de su miembro preso, y tiende a disminuir los contactos con él, sea por carta o por visitas. Disminuyendo los contactos se aflojan los lazos afectivos, pudiendo llegar a soltarse enteramente y desaparecer. Esa es una triste realidad. En tal caso, el preso sufre una tremenda soledad afectiva, con distintas consecuencias, una de las cuales puede ser su entrega sin resistencia a la prisionalización. Y cuando pasados meses, quizá años (como lamentablemente tantas veces ocurre), salga de la prisión absuelto —judicialmente comprobada, pues, su inocencia— es un desajustado en relación a sí mismo, en relación a su familia y en relación a la sociedad... Si sale por haber sido condenado a una pena de duración inferior al tiempo que estuvo preso, la situación es semejante. Irónicamente, si la pena a que viene a ser condenado es de duración superior al tiempo de prisión provisional, posiblemente tendrá, como condenado, la asistencia de específicos órganos públicos o, lo que es más frecuente, de entidades de comunidad, que, igualmente asistirán a su familia...

Sí, en cambio, hay —aunque no tan bueno como el hecho por el Servicio Social— un trabajo de simple asistencia de voluntarios de la comunidad, hecho de buena gana y con espíritu de Caridad (eso es, amor al prójimo por amor a Dios), el sufrimiento del preso tiene algún alivio; sus contactos con la familia le ayudarán contra la prisionalización y sus nocivos efectos, protegiéndole también contra las malas consecuencias para su salud física y psíquica que pueden resultar de su resistencia contra la prisionalización.

La experiencia de trabajo enseña que no es posible eliminar enteramente la prisionalización o las consecuencias de la resistencia con-



tra ella. Pero es inegable que los contactos con la familia, durante los cuales hay las más normales demostraciones de afecto y cariño, pueden reducir mucho aquélla y esas. Tanto mayor será la reducción, hasta un mínimo tolerable, quizá casi imperceptible, si se añaden otros contactos, eso es, con los diversos sectores del mundo «normal» fuera de la prisión. Entre ellos se menciona: leer periódicos, escuchar la radio, ver la televisión, recibir cartas y visitas de amigos (aunque con prudentes restricciones y vigilancia, como, en cada caso, sea necesario para salvaguardar los objetivos procesales y los intereses de la justicia).

Sea que, para «ayudar al preso a ayudarse» existe un órgano de Servicio Social o una entidad religiosa, o sea, que una simple asistencia es prestada por voluntarios de la comunidad, individualmente u organizada en una entidad, algo semejante es necesario para estimular y mantener los contactos del preso con su familia y con el ambiente fuera de la prisión. Pero esas personas, órganos o entidades no han de limitarse a esa tarea. Su disponibilidad para colaborar con la Administración de la prisión y con el Poder Judicial debe ser amplia.

Así, sin pretender ejercer una especie de fiscalización, deben, con sensatez y comedimiento, colaborar con la Administración para mantener lo que sea bueno y mejorar lo que no lo sea, en las condiciones internas de la prisión, tal como: limpieza general e higiene; ropa de cama, baño y mesa; alimentación; conservación del edificio y de los aparatos (adquisición de nuevos, si es el caso)... buen uso de todas las cosas, para que no haya desperdicios... Si es verdad que los mejoramientos resultan de un acción conjunta, de esas personas, entidades u órganos con la Administración de la prisión, también es verdad que su simple presencia estimula a la Administración y a todo el personal a proceder más correctamente, no sólo manteniendo la prisión en mejores condiciones, como tratando mejor a los presos.

## IX

En el tratamiento dispensado por la Administración a los presos, se incluye lo que se refiere al trabajo.

En las prisiones para cumplimiento de pena, no hay duda: las mismas Reglas Mínimas prescriben que «todos los condenados serán sometidos a la obligación de trabajar habida cuenta de su aptitud física y mental según la determine el médico» (número 71.2). Antes de la existencia de esas reglas, había no pocas opiniones en el sentido de que a los presos provisionales les era prohibido trabajar. Ya busqué encontrar la fuente de tan equivocada opinión; lo que encontré no me pareció satisfactorio. Eso es: La connotación de «forzado» que el trabajo, como pena en sí mismo, tuvo en el pasado y (oída también en algún congreso) la invocación de la presunción de inocencia

del preso provisional. Parece que otras fuentes no hay, pues son las que Elías Neuman, a su vez, menciona (18).

Las Reglas Mínimas, en la sección dedicada a «personas detenidas o en prisión preventiva», establecen: «Al acusado deberá siempre ofrecérsele posibilidad de trabajar, pero no se le requerirá a ello. Si trabaja, se le deberá remunerar» (número 89). Trabajo facultativo, pues; un derecho y no una obligación o siquiera mero deber. Sin embargo, el mismo Elías Neuman, aludiendo a la encíclica *Laborem exercens*, de Juan Pablo II, que reafirma la dimensión fundamental del trabajo en la existencia humana, pregunta: «¿Por qué, entonces, el procesado no ha de trabajar? ¿Por qué se deja en sus manos la posibilidad de optar por el trabajo o no?» (19). Parece que la respuesta es que el Estado no tiene el derecho de obligarle a trabajar, ya que la privación de la libertad que, legalmente le impone, es restricta al aspecto físico de la locomoción. En otras palabras: el Estado puede, legalmente, obligarle a ingresar en la prisión y ahí permanecer. El Estado puede, eso es, tiene el derecho, que no es mera *facultas agendi*, sino *potestas agendi*. Como consecuencia del ejercicio de ese derecho por el Estado, el preso está prácticamente impedido de ejercer su trabajo. ¿Podría, pues, el Estado, con fundamento en la lógica jurídica, obligar al preso provisional a trabajar? Por otro lado, ¿podría el Estado impedir al mismo preso provisional de trabajar, obligándole a la ociosidad? En cuanto a eso, ya no hay duda: no puede. Si el preso provisional, como tal, no tiene el deber de trabajar, tiene, en cambio, el derecho de trabajar, de ejercer una actividad útil, equitativamente remunerada. Es un derecho reconocido no sólo en las Reglas Mínimas, como en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23), con fuerza jurídica dada por el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales (artículo 6).

De ahí se sigue que si alguien está preso provisionalmente, quien le mantiene en esa situación (eso es, el Estado) tiene el deber de darle condiciones para que ejerza su derecho de trabajar. La Administración de la prisión (representando al Estado) no tiene el derecho de obligar al preso provisional a trabajar, pero sí tiene el deber de darle posibilidades de trabajo. Por eso, las casas o establecimientos destinados a prisión provisional deben disponer de talleres, sitios para trabajos de artesanía, posibilidades de trabajo al aire libre (huerta, criadero de pequeños animales...) u otros, según las peculiaridades de cada prisión y del ambiente donde está situada. Lamentablemente, con mucha frecuencia en las casas o establecimientos destinados a prisión provisional no es cumplido el deber de ofrecer a los presos

---

(18) ELÍAS NEUMAN: *Aspectos penológicos*, in ELÍAS NEUMAN y VÍCTOR J. IRURZUN: *La sociedad carcelaria*, cit. (nota 10), p. 13.

(19) *Idem*, *ibidem*.

un mínimo que sea de posibilidades de trabajo, para que él pueda ejercer su derecho humano, fundamental, de trabajar. Lo que se puede notar es que donde existen posibilidades, los presos, aunque durante breve tiempo parezcan indolentes, manifiestan deseo de trabajar y escojen algo entre las posibilidades ofrecidas. Donde nada existe, la ociosidad, además de aumentar el sufrimiento de los presos, es factor de indisciplina, libertinaje, inmoralidades, y estimula anomalías sexuales.

El trabajo de los provisionales es un punto que debe merecer atención del Servicio Social o de la entidad que se propone colaborar en el tratamiento de los presos. El trabajo, no es demasiado repetir, aunque no sea un deber, es un derecho fundamental; su ejercicio contribuye para minorar los efectos destructivos del encierro, de la vivencia en prisión.

Quienes tienen el recelo de que si no son obligados los presos provisionales no trabajarán, tal vez estén equivocados. Realmente, lo que la realidad enseña es que, tanto en las prisiones para condenados, como en las destinadas a provisionales, la ociosidad es intolerable para la mayor parte de ellos. En las prisiones para condenados, donde el trabajo es obligatorio, no es raro que, por motivos diversos, falten posibilidades de trabajo para un número menor o mayor de presos, quedándose ellos ociosos. Pero no soportan la ociosidad por mucho tiempo. Y si la Administración no tiene condiciones para darles una actividad laboral, «inventan» algo que hacer para «llenar el tiempo». Ese algo puede incluir juegos lícitos o ilícitos, charlas, planes de fugas y desórdenes (que a veces no pasan de la simple abstracción como si fuese un sueño, pero otras veces los realizan o, por lo menos, intentan realizarlos), prácticas sexuales anormales, solitarias o entre dos o más partícipes, o, en fin, cualquier actividad que la imaginación incitada por la ociosidad forzada (no deseada) presente como factible. El trabajo no es, como regla, una terapia; no lo es para los presos provisionales, como no lo es para los que, condenados, cumplen su pena, como no lo es para nosotros. Parece que no es demasiado recordar que si fuera una terapia, no debería «ser remunerado de una manera equitativa» (Regla Mínima número 76.1, referente a los condenados), ni «(...) se le deberá remunerar» (Regla Mínima número 89, referente a los provisionales). Quien es sometido a una terapia, no recibe remuneración por eso; al contrario, es él quien paga... El trabajo es, eso sí, un derecho fundamental y al mismo tiempo un deber. Si en ciertas circunstancias o condiciones, como las del preso provisional, alguien no puede ser obligado a cumplir ese deber, no puede, por otro lado, ser impedido de ejercer su derecho. Y cuando es impedido (abusivamente) de ejercerlo, él padece física y psíquicamente, su salud puede dañarse y su personalidad puede sufrir deterioros. Así pues, si el encierro por sí mismo es causa (o factor) de daño a la salud y de deterioro de la personalidad, más

grave es la situación si al encierro se añade la ociosidad forzada. El trabajo forzado hiere la dignidad y los derechos humanos; la ociosidad forzada los hiere igualmente.

## X

Otro aspecto importante del tratamiento de los presos en general y, por supuesto, de los provisionales, es lo que se refiere a la asistencia religiosa.

Hay especialistas en el área penal y penitenciaria que se manifiestan contra la asistencia religiosa en las prisiones. Buscan fundamentar su posición en argumentos que pretenden defender los derechos humanos de los presos. Prestar asistencia religiosa a los presos sería un desrespeto a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, mencionada como derecho fundamental en la Declaración Universal (artículo 18). Tal entendimiento no es interpretación de lo que dispone ese instrumento internacional, sino una lamentable confusión, la cual, generada por un equívoco, a su vez genera equívocos.

Deseando contribuir para una correcta interpretación, ya tuve ocasión de escribir lo que sigue:

«Deve aqui ser lembrado o seguinte: por um lado, os socorros espirituais não devem ser impostos, para não invadir a liberdade de consciência; por outro lado, contudo, é mister lembrar também que, principalmente em estabelecimento fechado, se não houver assistência religiosa à disposição dos presos, eles ficarão inibidos, tolhidos na sua liberdade. Uma vez que os presos e internados estão privados de sua liberdade de ir e vir, pelo Estado, titular do direito de punir, é esse mesmo Estado que deve pôr à disposição deles a assistência espiritual ou religiosa; se o Estado assim não fizer, estará interferindo na liberdade de consciência deles, e impedindo, ou pelo menos dificultando, o exercício dos cultos religiosos, *por omissão*. Em outros termos: não basta «não impedir», para respeitar a liberdade de consciência, de vez que os sentenciados, privados (por força de sentença) da liberdade de locomoção, ficarão desprovidos de ensino de religião, de assistência espiritual (quer coletiva, quer individual), da realização de culto, da celebração da Missa e, bem assim, outras práticas espirituais se os meios, as possibilidades de reatização não lhes forem postos à disposição» (20). Al pie de la página, la nota: «Não só os sentenciados, aliés, mas também os provisórios, pois que a prisão provisória é uma cautela procesual para garantir o exercício do direito de punir».

(20) ARMIDA BERGAMINI MIOTTO: *Curso de Direito Penitenciário*, São Paulo, Saraiva, 1975, 2.º vol., p. 472.

El Estado, titular del derecho de punir, no puede violar la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de las personas que mantiene presas; no puede violarla por acción ni por omisión. La violaría por omisión si no pusiese a la disposición de ellos la asistencia espiritual y religiosa que necesitan para ejercer esa libertad, consagrada como derecho fundamental. Sin duda, no será el mismo Estado quien presta esa asistencia, pues eso está fuera de su competencia. Lo que compete al Estado y constituye deber suyo, es destinar, en las prisiones, locales apropiados donde los presos puedan recibir la asistencia de su religión, inclusive enseñanza y prácticas de culto, por medio de representantes calificados de su misma religión.

En ese sentido habla también Antonio Beristáin Ipiña, cuando dice: «El Estado debe poner a disposición de los internos la asistencia espiritual o religiosa. Si no lo hiciese estaría imposibilitando (por omisión) la libertad de conciencia de los presos y la libertad de ejercicio de los cultos religiosos. El Estado tiene la obligación de respetar la libertad de conciencia, y no basta, por tanto, que no prohíba el ejercicio de la religión; es necesario que a las personas que priva de su libertad les facilite el ejercicio de su vida religiosa dentro de las instituciones penitenciarias de las cuales les impide salir» (21).

Las Reglas Mínimas, ocupándose de la religión, lo hacen en su parte general (números 41 y 42), cuyas disposiciones son aplicables igualmente a todos los presos de todas las categorías. Para mejor salvaguardar el derecho a la libertad de religión y los derechos a él accesorios, las Reglas Mínimas determinan que en un establecimiento donde hay suficiente número de presos de una misma religión, sea nombrado un representante autorizado de ese culto, el cual, según sea el caso, deberá prestar servicio con carácter continuo y ejercer todas sus actividades propias. Es el Capellán. Sin embargo, los presos de otras religiones no pueden ser obligados a recibir asistencia o participar de cualquier actividad de la religión del Capellán, que es la de la mayoría de los presos. Si quieren, eso no les será negado. Pero debe ser respetado su derecho de ser asistidos por un representante de su misma religión, bien como de rechazar cualquier asistencia religiosa.

Lo que las Reglas Mínimas establecen específicamente para los presos tiene fuerza jurídica supranacional, en virtud de lo dispuesto en términos generales y extensivos a cualesquiera personas, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18) y, en cuanto a los Estados americanos, por el Pacto de San José (artículo 12).

No siempre es posible haber un Capellán permanente en las prisiones.

---

(21) ANTONIO BERISTAIN IPIÑA: *Religión de jóvenes (y adultos) en la cárcel*, «Revista de Informação Legislativa», Brasília, Senado Federal, 23 (90), abr.-jun., 1986, p. 377.

nes, lo que ocurre por motivos diversos y, a veces, a pesar de los buenos esfuerzos de la Administración. Pero siempre ha habido visitadores de presos y de prisiones, los cuales, en la medida de lo posible, siempre han prestado asistencia religiosa. En lo que concierne a visitadores católicos, siempre ha habido entre ellos algún sacerdote realizando las actividades específicamente sacerdotales (misa, sacramentos), quedando para los seglares todos los demás aspectos de la asistencia.

En esta segunda mitad del siglo XX, la Iglesia Católica incluye entre las ramas de su Pastoral, la que tiene como objetivo ser ejercida en las prisiones, con los presos. En cierto sentido, los grupos de Pastoral Penal (o Penitenciaria) son entidades de la comunidad que participan del tratamiento de los presos. En donde no hay cualquier otra entidad de la comunidad, no es raro que el grupo de Pastoral no pueda limitarse a la asistencia exclusivamente religiosa, debiendo prestarla en cualquier otra forma, según las necesidades manifestadas por los presos.

Pero como las entidades de la comunidad en general, los grupos de Pastoral, también ellos, extrañamente suelen dirigirse a los presos condenados, olvidando con cierta frecuencia a los provisionales.

En los establecimientos destinados a presos provisionales debe haber locales apropiados para la asistencia religiosa y las prácticas religiosas (enseñanza, culto, oraciones...), tanto cuanto debe haberlas en los establecimientos para condenados. Los presos provisionales han de poder ejercer los derechos inherentes a su libertad de conciencia y religión y, para eso, recibir la debida asistencia, tanto cuanto los condenados. No se requiere que dichos locales sean reservados únicamente para la asistencia religiosa. A veces cuestiones de carácter económico lo impiden. Sin embargo, debe haber, por lo menos, locales (como, por ejemplo, los de la escuela) que, en días y horarios establecidos, estén a la disposición de la asistencia religiosa.

## XI

La asistencia debida a los presos en general tiene también un aspecto jurídico. Eso es: cualquier aspecto (o forma) de asistencia se refiere a algún derecho del preso. Sin embargo, uno de esos aspectos no sólo se refiere a algún derecho del preso, como tiene carácter jurídico y, según el caso, judicial. Una vez que la situación jurídica del preso provisional es distinta de la del preso condenado, se sigue que los matices de una y de la otra son distintos.

---

(22) SERGIO GARCÍA RAMÍREZ: *Curso de Derecho Procesal Penal*, México, Porrúa, 1974, p. 399.

Conviene empezar haciendo algunas consideraciones con apoyo también en los especialistas en proceso penal.

La prisión provisional es una medida cautelar extrema destinada a contribuir para la defensa social y la tutela del orden jurídico y para la justa aplicación de la ley (cuando violada); en términos más sucintos: destinada a garantizar el ejercicio del derecho de punir (por su titular, el Estado).

Si, por un lado, las penas privativas de la libertad no más gozan del optimismo ni de la complacencia de algunos pasados decenios (ya habiendo sido, en parte, sustituidas por otras formas de penas, en no pocas legislaciones), por otro lado, la prisión provisional como medida cautelar repugna al sentido o a los sentimientos de justicia. Unas y otras legislaciones ya han hecho algo para disminuir el número de casos de su aplicación, sustituyéndola para otras medidas. Empero, no es posible preveer cuándo será descubierta alguna medida que pueda sustituirla de modo eficaz en todos los casos, no bastando que sea simplemente «otra medida».

Dice, con razón, Alejandro A. Abal Olín: «Si una determinada medida procesal —por más que sea dispuesta como cautelar— no es idónea, no es apta para evitar la frustración de la ejecución de la otra medida que se quiere garantizar, objetivamente no será una medida procesal cautelar» (23).

Por tanto, si una medida procesal penal cautelar es eficaz para alcanzar los fines propios, esa es la que debe ser tomada y no otra.

En lo que se refiere personalmente al inculcado, si una medida cautelar sin reducción a prisión es eficaz para que él esté presente en el proceso, y para que, en caso de sentencia condenatoria firme, la pena aplicada puede ser ejecutada (por el condenado, cumplida) —para que, en otras palabras, el derecho de punir pueda ser ejercido en todas sus fases— esa es la que debe ser tomada y no otra.

Las legislaciones de muchos países han hecho, en los últimos años, apreciables progresos en cuanto a previsiones en ese sentido.

Todo lleva a concluir que la medida de reducción a prisión sólo puede y debe ser tomada cuando hay motivos suficientes para temer que el inculcado, sometido a otra medida, no estará presente en el proceso, o frustrará la ejecución de la pena; cuando hay motivos suficientes para temer que él huya. Eventualmente, puede ser preciso reducirle a prisión para protegerle contra reacciones de venganza.

Por eso, debiendo ser tomada esa medida privativa de la libertad, el inculcado tendrá que ser reducido a prisión en establecimiento provisto de las indispensables precauciones contra la fuga, eso es, de máxima seguridad, donde, si es el caso, él estará protegido contra

---

(23) ALEJANDRO A. ABAL OLÍN: *Medidas cautelares sobre la libertad del imputado*, Montevideo, ed. Jur. Analio M. Fernandes (1974), p. 55.

las eventuales reacciones de venganza. Sea para evitar la fuga, sea para detener las reacciones de venganza, un establecimiento de media seguridad no será suficiente; mucho menos lo será uno de seguridad mínima. Así pues, o la medida cautelar de prisión provisional es necesaria y será efectuada en establecimiento de máxima seguridad o no es necesaria, tomándose entonces otras medidas cautelares. Entre esas otras medidas cautelares se encuentra, por ejemplo, la «custodia in casa», admitida por el Código de Procedimiento Penal italiano, de 1939; con la denominación de «prisão domiciliar», adoptada en Brasil, por la Ley número 5.256 de 6 de abril de 1967; en España, como una clase atenuada de la prisión provisional, consistiendo en el arresto en el propio domicilio, según los términos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de abril de 1980, con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica de 23 de abril de 1983 (24). Los presos en su propio domicilio no están exentos de la vigilancia (discreta) de los órganos competentes, sin duda. Pero, permaneciendo en su propio domicilio, no son agobiados por los sufrimientos y las restricciones que agobian a los presos en establecimientos apropiados, ni están expuestos a desajustamiento familiar o social (uno de los efectos de la prisionalización).

Parece claro que para aquellos que deben ser reducidos a prisión en establecimiento apropiado, ese no puede ser sino de máxima seguridad. En él, los presos quedan segregados del mundo exterior. Algunas legislaciones admiten, por el tiempo absolutamente necesario para que no sean frustrados los altos intereses de la justicia, no más que algunos días, por ejemplo, cinco, según la legislación española, de incomunicación. De ella dice Antonio María Lorca Navarrete: «(...) la prisión incomunicada es el más completo aislamiento entre el detenido y el mundo exterior. Comprende no sólo la privación del contacto directo o físico con terceras personas, distintas del personal jurisdiccional o subalterno, sino además la supresión de todo contacto indirecto como cartas y recados» (25).

La legislación costarricense la admite «(...) cuando existen motivos para temer que el imputado obstaculizará la investigación, poniéndose de acuerdo con sus cómplices o de cualquier otro modo. Si es ordenada por el Juez no puede durar más de diez días (continuos o alternados); si es ordenada por la Policial judicial, no puede durar más de dos horas, salvo que no fuere posible localizar una autoridad judicial en cuyo caso podrá prolongarse la incomunicación hasta por cuarenta y ocho horas» (artículo 164, Inc. 7.º CPP) (26).

---

(24) Dr. ANTONIO M.<sup>a</sup> LORCA NAVARRETE: *La prisión provisional en España y la crisis de una ley socialista*, «Revista de Informação Legislativa», Brasília, Senado Federal, 22 (85), jan.-mar., 1985, pp. 397-398.

(25) *Idem, ibidem*, p. 397.

(26) J. ENRIQUE CASTILLO BARRANTES: *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal*, San José (Costa Rica), Colegio de Abogados, 1977, p. 127.



La legislación brasileña admite la incomunicación «quando o interesse da sociedade ou a conveniência de investigação o exigir (...) não excederá de três dias, será decretada por despacho fundamentado do Juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no art. 89 inciso III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil» (CPP, artículo 21). La citada disposición establece, entre los derechos propios del Abogado, el de «comunicar-se, pessoal e reservadamente, com seus clientes, ainda quando se echem presos ou detidos em estabelecimento civil ou militar, mesmo incomunicáveis».

Otras legislaciones no la admiten, como, por ejemplo, la mexicana, que «excluye toda incomunicación y cualquier otro medio que tienda obtener ésta», estando pues, «terminantemente proscrita» (27).

Los días de incomunicación son, indudablemente, de acrecido sufrimiento para el preso provisional. Es una doble segregación: en lo que se refiere al ambiente fuera de la prisión y en lo que se refiere al ambiente de la misma prisión.

No se puede olvidar que los presos provisionales se suponen inocentes y que una parte de ellos efectivamente lo son, no sabiéndose quienes lo sean mientras no sea dictada la sentencia —condenatoria o absolutoria—.

Si es condenatoria, la prisión provisional habrá sido una anticipación de la pena, sin los beneficios, las concesiones, las sucesivas mitigaciones que las legislaciones suelen prever (principalmente desde mitad del siglo XX), y que el condenado puede obtener durante el cumplimiento de su pena —más restrictamente si se encuentra en régimen cerrado, más ampliamente en régimen semiabierto y aún más en régimen abierto.

El preso provisional está sometido a un régimen rígidamente cerrado, en establecimiento de máxima seguridad...

Si absuelto se comprueba su inocencia, el tiempo de prisión provisional habrá sido, para él, no sólo un tiempo de vida perdido, jamás recuperable, como dejará marcas profundas en su personalidad, y el estigma de haber estado preso. Bien decía doña Concepción Arenal: «¡Oh!, si se escribiera la historia de las víctimas de la prisión preventiva, se leería en ella una de las más terribles acusaciones contra la sociedad. Cuando ella abre al inocente las puertas de la cárcel diciéndole: *Me he equivocado*, ¿quién le devuelve su honor empañado, su salud, tal vez la vida, si sucumbe de la enfermedad contraída en su encierro (...)?» (28).

---

(27) SERGIO GARCÍA RAMÍREZ: *Op. cit.* (nota 22), p. 405.

(28) Doña CONCEPCIÓN ARENAL: *Op. cit.* (nota 2), pp. 22-23.

## XII

Es para ablandar tanto sufrimiento, tanto dolor, tornándolo más soportable, y para prevenir o, por lo menos, minorar las negativas consecuencias de semejante encierro, que se debe prestar tratamiento, asistencia, a los presos provisionales.

Romeu Pires de Campos Barros, hablando de «um confronto entre a medida cautelar e as outras medidas jurídicas previstas nas leis processuais», admite: «Nesse sentido, é bom se lembrar que a medida cautelar penal não visa reagir ao ilícito, nem exigir o cumprimento de uma obrigação, ou reagir a um comando inobservado; nem visa a segurança social. Sujeitando-se à prisão preventiva o imputado, apenas se garante a futura execução da pena, bem como, assegura-se a sua presença no processo, que dele necessita como instrumento de prova» (29).

En otras palabras: la medida cautelar no es pena, ni con pena debe ser confundida —no debe serlo teóricamente ni prácticamente—.

La advertencia vale aún cuando se piensa en tratamiento prestado a los presos provisionales, para que no sea confundido con tratamiento penitenciario. El tratamiento penitenciario es el debido a los condenados y, sin excluir otros aspectos suyos, se propone garantizar las funciones éticas y utilitarias de la pena, sin que la misma pena deje de ser retributiva del hecho, del crimen, y punitiva del respectivo autor.

Eso es, el tratamiento penitenciario consiste, intrínsecamente, en proceder para con el condenado y ofrecerle condiciones, teniendo en mira «ayudarle a que se ayude a sí mismo», haga su propio esfuerzo para que, reconociendo su culpabilidad y asumiendo la responsabilidad por el crimen cometido, pueda enmendarse y reintegrarse en la convivencia social, viviendo honestamente. Todo el tratamiento del condenado y toda la asistencia que, como parte del mismo tratamiento se le presta, deben convergir para esa meta. La asistencia jurídica, cumpliendo su papel, ayudará al preso condenado a entender y aceptar la sentencia condenatoria, con un nuevo cuadro de derechos y deberes que de ella habrán resultado (algunos derechos habrán sido suspendidos por ella; otros, bien como deberes y obligaciones, habrán sido creados por ella, directa o indirectamente, expresa o implícitamente). Así, a la luz de la sentencia, de la ley y del reglamento de la prisión, le ayudará a conocer sus derechos y legítimos intereses (distinguiéndolos de supuestos derechos e intereses espurios), para correctamente ejercer aquellos y defender esos; le ayudará a conocer y aceptar, bien como cumplir de buena voluntad sus deberes y obliga-

---

(29) ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS: *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 11.

ciones. Pero también es papel de la asistencia jurídica informar a los presos condenados en cuanto a los beneficios legales y las exigencias para llegar a obtenerlos, de suerte que no haya, por un lado, vanas esperanzas o, por otro lado, no dejen ellos, por ignorancia o erróneo entendimiento, de hacer su propio esfuerzo para cumplir las exigencias legales, requisitos indispensables para obtener el deseado beneficio. Por lo menos alguna de las personas que prestan asistencia jurídica deben tener poderes para defender derechos y legítimos intereses de los presos (condenados), o requerir beneficios ante cualquier órgano del Poder Judicial, según sea el caso, siempre que el preso no tenga su propio Abogado.

¿*Quid* en cuanto a la asistencia jurídica prestada a los presos provisionales? Presumiéndose ellos inocentes, su *status* jurídico nada sufre formalmente, sino la privación de la libertad de locomoción. Prácticamente, otros derechos son afectados, pues la situación de encierro en prisión impide su ejercicio; algunos podrán ser ejercidos por otra persona, mientras otros, como los personalísimos, no lo podrán, razón por la cual será como si estuviesen suspendidos, análogamente ocurriendo con los deberes y obligaciones. La asistencia jurídica les dará las convenientes explicaciones y orientación, para que, si quieren, puedan encargar a otras personas del ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes y obligaciones. Los presos provisionales necesitan de Abogado para su defensa. Unos ya lo tendrán; para eso, ellos mismos o parientes o amigos habrán tomado adecuadas y oportunas providencias. Otros no lo tendrán, pero, pudiendo pagar los respectivos honorarios, desean ser defendidos por un específico Abogado (o más de uno...), necesitando sólo que alguien le llame. El servicio jurídico podrá prestar esa ayuda al preso, invitando (por teléfono u otro medio) al Abogado mencionado por el preso, a ir a la prisión a hablar con el posible cliente. Otros presos no tienen Abogado y no pueden pagar los honorarios de un profesional. Esos necesitan los servicios gratuitos de un defensor público o asistente judicial. Algunos países tienen un órgano de defensoría pública o asistencia judicial; otros no lo tienen, pero las normas que regulan la profesión de Abogado suelen contener alguna disposición concerniente al deber de prestar asistencia judicial a los necesitados. Sea como sea, la experiencia enseña que conviene que las prisiones tengan su propia asistencia jurídica: en el servicio de asistencia jurídica deberá haber el número de asistentes judiciales según la precisión. Es enteramente aconsejable que entre los asistentes —jurídicos y judiciales— haya voluntarios representantes de la comunidad, debidamente calificados de acuerdo con la ley y las normas que regulan la profesión de Abogado.

Con eso no se agotan las incumbencias de la asistencia jurídica en las prisiones (destinadas a provisionales o a condenados). Una más, que no incluye relación personal con los presos, es la de periódicamente, regularmente, verificar la situación jurídica y judicial de cada

preso, previniendo el surgimiento de cualquier irregularidad, en cuanto a plazos, cumplimiento de determinaciones o decisiones administrativas o judiciales, observancia de normas legales o reglamentarias o cualquier otra.

Hablando ahora de los presos provisionales específicamente: semejantes verificaciones, hechas por medio de examen de los registros (que cualquier prisión habrá de tener en la debida forma), es eficaz, pues, por un lado, previene irregularidades; por otro lado, tomando conocimiento de las que, no obstante, se presentan, permite que sean corregidas sin mayores consecuencias. Muchas prisiones, donde el hacinamiento es un grave problema generador de otros problemas, no tendrían semejante exceso de población si tuviesen un servicio jurídico que incluyese en sus formas de asistencia esas verificaciones. Realmente, ya se ha podido comprobar, en tantos casos, que muchos de los presos que contribuyen para el hacinamiento, están en la prisión irregularmente, porque dejó de existir el fundamento jurídico y legal (a veces jamás habiendo existido cualquier fundamento); algunos son olvidados, como si fueran trastos inútiles, echados en un basurero... Las irregularidades y la falta de fundamento jurídico y legal pueden ser debidos a motivos diversos y tener configuraciones también diversas. La asistencia jurídica deberá hacer las convenientes identificaciones para que puedan ser tomadas las adecuadas providencias, por ella misma, por la asistencia judicial o por otro órgano competente, según sea el caso.

### XIII

Por lo que acaba de ser dicho, queda claro que en las prisiones destinadas a presos provisionales, tanto cuanto en aquellas destinadas a condenados, debe haber un órgano o servicio para la asistencia jurídica o judicial de los presos. Para eso es necesario que haya en las prisiones los locales propios. En los establecimientos construidos hasta un pasado no muy remoto, el proyecto arquitectónico no preveía semejantes locales, pues entonces no se pensaba en derechos de los presos y en cuestiones y conflictos jurídicos durante el cumplimiento de la pena. Cuando todo eso pasó a ser sentido y entendido, se percibió que en aquellos viejos establecimientos era muy difícil encontrar algún local que pudiese ser usado para esa finalidad; en algunos era imposible. Cosa semejante ha pasado con el Servicio Social, aunque en ese caso se puede pretender excusar la laguna con el argumento de que ese Servicio nació como tal en fines del siglo XIX. En cuanto a los servicios médicos —a la asistencia médica— sí, de modo general, se puede decir que por lo menos algunos locales (enfermería, consultorio médico, gabinete odontológico, farmacia) siempre se han encontrado en las prisiones para condenados, lo mismo muchas veces

no ha ocurrido en las prisiones para provisionales, particularmente en las del interior de ciertos países.

La moderna arquitectura de prisiones, debiendo servir a la moderna orientación, con sus nuevas exigencias, debe incluir en sus proyectos la previsión de locales apropiados para los órganos y servicios específicos, encargados de la prestación de diversas formas de asistencia por la misma prisión, representando al Estado. De esa prestación se excluye la asistencia religiosa, en el sentido de que, debiendo ella incluir los respectivos locales, no es prestada por la prisión ni otro órgano del Estado, sino por los representantes de la religión de los presos. Así es aun cuando haya algún Capellán permanente, remunerado por el Estado, pues dicho Capellán no representa al Estado, sino la religión o iglesia a que pertenece y en cuyo nombre presta la asistencia.

En cuanto a la asistencia religiosa es así. En cuanto a todas las demás formas, dirigida a condenados o a provisionales, la participación de la comunidad no es formalmente exclusiva, aunque en la práctica muchas veces es la única. Y muchas veces ni ella existe, lamentablemente. Si en el establecimiento existen los diversos órganos o servicios, la asistencia prestada por la comunidad lo será en colaboración con ellos; no deberá sobreponerse a la asistencia prestada por ellos, ni a ella someterse, sino con ella coordinarse, sometiéndose —eso sí— a las normas del orden interno y de la disciplina del mismo establecimiento. Si en el establecimiento nada existe, la comunidad deberá encargarse de todo, sin olvidar su sumisión al orden interno y la disciplina, y su acatamiento a la Administración, jamás olvidando, igualmente, que su colaboración es preciosa e indispensable, pero siempre accesoria, nunca pudiendo interferir en el ejercicio del derecho de punir.



# La realización arbitraria del propio derecho

VICENTE SEBASTIAN FERRIS ALBENCA

Universidad de Alcalá de Henares

## I. CUESTIONES PREVIAS

La bibliografía existente sobre el delito contemplado en el artículo 337 del Código penal es, en cuanto a mí se me alcanza, escasa; la única obra monográfica sobre el tema es la escrita por Bajo Fernández, a mi entender excesivamente breve puesto que deja de abordar cuestiones fundamentales sin ofrecer, por otra parte, soluciones que puedan considerarse satisfactorias. El resto de autores consultados para la realización del presente trabajo, obras todas de tipo más o menos general sobre la Parte Especial, contemplan con suma brevedad este tipo delictivo.

Llama inmediatamente la atención la falta de acuerdo, las disparas opiniones sostenidas por la doctrina sobre puntos que resultan esenciales (v. gr., el bien jurídico protegido), así como las soluciones realmente insatisfactorias dadas a los problemas concursales.

Si bien no es éste un delito que pueda considerarse «básico» en el contexto general del estudio del Derecho penal, la jurisprudencia sobre el mismo no es escasa, lo que indica que se plantea con relativa frecuencia en la práctica por lo que merece un estudio más detenido que el efectuado hasta el momento. No es éste el lugar para realizar un análisis en profundidad del tipo penal objeto de este trabajo, pero he tratado de hacerlo hasta el punto que mis conocimientos actuales me permiten, llegando a una serie de conclusiones que son (espero), en sus líneas generales, admisibles. Existen puntos que ni siquiera he entrado a contemplar, como pueden ser las cuestiones relativas a la autoría, participación o formas imperfectas de realización, por entender, dada la escasez de tiempo, que debía centrarme sobre los puntos cruciales.

El trabajo se estructura del siguiente modo:

En primer lugar, una breve referencia a los antecedentes históricos del precepto legal, por considerar que su origen y modificaciones pos-

teriores son elementos a tener en cuenta para la buena comprensión de su contenido y alcance.

En segundo lugar, realizo la descripción del tipo, según el esquema finalista, señalando las posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre cada uno de sus elementos.

Por último, una valoración personal y toma de posición, intentando argumentar las conclusiones a que he llegado.

## A) EL TIPO LEGAL Y SUS ANTECEDENTES HISTORICOS

Nuestro Código incluye el tipo dentro del Título IV del libro segundo, bajo la rúbrica «De los delitos contra la Administración de Justicia», formando, junto con la simulación de delito, el Capítulo cuarto.

Preceptúa el artículo 337:

«El que con violencia o intimidación se apoderase de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con la pena de multa equivalente al valor de la cosa, sin que pueda bajar de 30.000 pesetas.»

El tipo legal previsto en este artículo tiene su origen en el artículo 421 del Código de 1848, en donde se concebía en términos parecidos con la diferencia de contemplar únicamente el apoderamiento realizado con violencia y no el llevado a cabo con intimidación; en dicho Código se situaba entre los delitos contra la libertad y la seguridad. Su antecedente más remoto se encuentra, no obstante, en el Código de 1822, en cuyo artículo 810 se decía: «el que a la fuerza quitare a su deudor alguna cosa para hacerse pago con ella o para obligarle a pagar lo que debe, sufrirá también un arresto de cuatro a veinte días y una multa de cinco a cincuenta duros» (1).

Los Códigos de 1870 y 1932 reprodujeron el tipo en los términos del de 1848, con idéntica colocación sistemática. El Código de 1944 rompe con la línea seguida hasta ese momento, situando el precepto entre los delitos contra la Administración de Justicia e incluyendo como medio comisivo, junto a la violencia, la intimidación, subsistiendo así hasta el momento presente (2).

(1) Cfr. *Diario de Sesiones*, Legislatura extraordinaria de 22 de septiembre de 1821 a 14 de febrero de 1822, III, Madrid, 1871, núm. 130, p. 2109 (Citado por Bajo Fernández en *La realización arbitraria del propio derecho*, Madrid, 1976, p. 42).

(2) En cuanto a la crítica a su ubicación sistemática, vid. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia*, en «Estudios Penales, Libro Homenaje al Profesor J. Antón Oneca», Salamanca, 19821, pp. 779 y 798.



## B) ANALISIS DEL TIPO

### 1. Presupuestos del delito

Para que pueda ser de aplicación el artículo 337 se precisa la previa existencia de una relación jurídica obligatoria entre el sujeto activo y el propietario de la cosa. La existencia de una obligación susceptible de ser extinguida en virtud del pago es un presupuesto necesario para la aplicación del tipo, puesto que se habla de apoderarse de una cosa perteneciente a «su deudor», y con la finalidad de «hacerse pago» con ella (3).

Del pago de una deuda y de la realización arbitraria del derecho del sujeto activo tan sólo cabrá hablar si dicha deuda es ya exigible, pues, caso contrario, ni siquiera se realizaría, aún arbitrariamente, derecho alguno.

Se presenta ya aquí el primero de los problemas que el tipo plantea, consistente en determinar cómo calificar penalmente la conducta del acreedor que, para hacerse pago de la deuda pero sin ser ésta todavía exigible, toma, con violencia o intimidación, una cosa perteneciente a su deudor; la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1981 estima que habrá robo, si bien, contradictoriamente a mi modo de ver, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1982 estima que la creencia, aún equivocada, de ejercitar un derecho, excluye el robo (4). Esto tiene su explicación en la reiterada jurisprudencia que entiende que los elementos subjetivos de ambos tipos son distintos, tesis seguida también por la doctrina. Si bien no es éste mi parecer, me ocuparé de la cuestión más adelante, pues se precisa delimitar primero el significado que ha de darse a la expresión «hacerse pago».

El Tribunal Supremo exige que el acreedor haya explícitamente reclamado el pago y que el deudor se haya negado a ello (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1968). Para Córdoba, en cambio, dicho requisito no resulta exigible, puesto que no se contempla en el tipo (5). Esta es, en mi opinión, la postura correcta, pues el desvalor de la conducta es el mismo con o sin reclamación previa, y la exigencia legal queda cumplida sin ella.

Basta pues, que exista una relación jurídica obligatoria susceptible

---

(3) En este sentido, CÓRDOBA RODA, JUAN: *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1978, p. 1182.

(4) Sería un supuesto de error de prohibición que, de ser invencible, excluirá la responsabilidad criminal y, siendo vencible, atenuará la pena correspondiente al delito de robo [artículos 6 bis a) y 66], pero ello no modifica la calificación jurídica del hecho.

(5) Vid. CÓRDOBA: *Op. cit.*, p. 1183.

de ser extinguida en virtud del pago, y que la deuda sea ya exigible para que pueda entrar en juego el tipo del artículo 337.

Estos son los únicos presupuestos o requisitos previos que han de concurrir (6).

## 2. Tipo objetivo

### a) Bien jurídico protegido

Para Rodríguez Devesa, el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, pues «se perjudica la buena administración de justicia cuando el sujeto prefiere tomarla por su mano en lugar de acudir a los Tribunales para hacer efectivo el derecho que le asiste a que se le pague» (7).

Bustos Ramírez dice, algo confusamente, que el bien jurídico protegido «pareciera que es la Administración de Justicia, ya que se ataca la función jurisdiccional; pero la protección es sumamente restringida ya que sólo está referida al ejercicio de procedimientos para hacer efectivo un crédito y siempre que haya violencia o intimidación, con lo cual queda un amplio ámbito de la justicia por mano propia como atípico» (8).

Para Córdoba (9), junto al ataque a la Administración de Justicia aparece un ataque contra otros bienes jurídicos como la integridad física o la libertad.

Muñoz Conde opina que el bien jurídico protegido es «además de la Administración de Justicia, cuyo imperio en la realización del derecho se desconoce, la propiedad e indirectamente la libertad del deudor al emplearse medios que la atacan, como la violencia o la intimidación» (10).

Bajo Fernández entiende que «el ataque a la posesión aparece en el artículo 337 con la misma relevancia que el ataque a la Administración de Justicia» (11).

(6) En el Proyecto de Código penal de 1980 el delito recibía una nueva configuración, produciéndose una gran extensión del ámbito del tipo. Vid., en este sentido, QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos contra la Administración de Justicia*, en «Revista Jurídica de Cataluña», número extraordinario, Barcelona, 1980, pp. 191 y ss.

La misma configuración se mantiene en la Propuesta de Anteproyecto, vid. GARCÍA MIGUEL, M.: *Los delitos contra la Administración de Justicia en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, en «Documentación Jurídica», monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto, vol. 2.º, enero-diciembre, 1983, p. 1113.

(7) Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 1983, p. 982.

(8) Cfr., BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Barcelona, 1986, p. 431.

(9) Vid. CÓRDOBA RODA: *Op. cit.*, p. 1182.

(10) Cfr., MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte Especial*, Sevilla, 1985, p. 672.

(11) Cfr., BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, p. 61.

Según Quintano, el artículo 337 contempla una «coacción judicialista, ya que consiste en tomarse la justicia por propia mano suplantando los medios procesales legítimos, que es lo que explica su inclusión en este lugar» (12).

Para García Miguel, también la Administración de Justicia es el bien jurídico protegido por este precepto legal, delimitando su concepción como «función jurisdiccional» o «proceso» (13).

Resulta claro, tras todo lo dicho, que existe unanimidad en considerar a la Administración de Justicia como, al menos, uno de los bienes jurídicos protegidos en el artículo 337. No comparto, sin embargo, dicha opinión. Aún cuando la argumentación de mi postura la realizaré en el último de los apartados de este trabajo, adelanto aquí que, según mi parecer, decir que en el artículo 337 se protege el bien jurídico, Administración de Justicia resulta una conclusión tan sólo sustentada en la ubicación sistemática del tipo en el Código; el bien jurídico protegido no es para mí otro que la propiedad, el patrimonio del deudor, junto con su libertad, si concurre intimidación, o salud, si concurre violencia en la comisión del delito (14).

#### b) Acción típica

Consiste en el apoderamiento de una cosa, perteneciente al deudor, con violencia o intimidación.

Para Córdoba el apoderamiento implica que el sujeto adquiera, por una «acción positiva», la disponibilidad de la cosa» (15).

Muñoz Conde señala que el apoderamiento requiere siempre una conducta de apropiación, siendo indiferente que el sujeto activo tenga o no previamente la posesión (16).

En la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1971 se afirma que el tipo debe llevarse a cabo por una «acción de apoderamiento», es decir, «operando activamente sobre la cosa para tomarla u ocuparla, no adoptando la actitud pasiva de recibir». En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1975 se indica que

(12) Cfr., QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, p. 671.

(13) Vid., GARCÍA MIGUEL, M.: *Los delitos contra la Administración de Justicia en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, en «Documentación Jurídica», monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto, vol. 2.º, enero-diciembre, 1983, p. 1111.

(14) En contra de la consideración de la Administración de Justicia como bien jurídico protegido en el artículo 337 tan sólo he podido encontrar la postura de María José Magaldi y Mercedes García Arán en *Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*, en «Documentación Jurídica», monográfico citado, vid., pp. 1157-1158.

(15) Vid. CÓRDOBA RODA: *Op. cit.*, p. 1183.

(16) Vid. MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 673.

el apoderamiento implica tanto la sustracción como la retención de la cosa.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia presentan opiniones divergentes sobre si la retención implica o no apoderamiento. La cuestión radica, a mi entender, en la posible distinción entre «apoderarse» y «apropiarse». Pudiera entenderse que el «apoderarse» implica un desplazamiento físico de la cosa, mientras que por el contrario el término «apropiarse» hace referencia a los supuestos en que el sujeto activo ya tiene la previa posesión de la misma, no existiendo, por tanto, ese desplazamiento. Pero cabe preguntarse si esto es así.

El Código utiliza el verbo «tomar» para el hurto (artículo 514), «apropiarse» y «distraer» para la apropiación indebida (artículo 535) y «apoderarse» para el robo (artículo 500) y la realización arbitraria del propio derecho.

Esta diversidad de términos puede llevar a un confusionismo indeseable por cuanto podría entenderse que el «tomar» resulta una conducta diferente del «apoderarse», siendo distintas ambas del «distraer» o el «apropiarse». Aunque gramaticalmente cada uno de estos verbos posee su propio significado o matiz diferencial, dicha diferenciación no resulta ni necesaria ni deseable en el ámbito jurídico-penal.

En este sentido, Rodríguez Devesa señala, con referencia al hurto, que no es utilizable la acepción gramatical del verbo tomar, «porque implica un contacto físico no esencial en el hurto... en algunos casos (previa posesión de hecho) puede ser suficiente una exteriorización de la voluntad de apropiarse de la cosa... En resumen, tomar es separar fácticamente una cosa del patrimonio de su dueño e incorporarla al del sujeto activo» (17). Con referencia al artículo 535 señala este mismo autor que «la diferencia entre apropiarse o distraer no reside en la diferente intención del sujeto en orden a disponer de la cosa como suya, pues como suya la utiliza... lo mismo en uno que en otro caso la acción de apropiarse es innegable» (18).

Quintano señala por su parte que las diversas formas verbales que utiliza el Código «no obligan siempre a una actividad dinámica de aprehensión manual del tipo “contractatio”, que desplace físicamente la cosa de manos del sujeto pasivo a las del activo. Por lo cual el término de “apoderamiento” parece el más adecuado a los fines de caracterizar con relativa homogeneidad las tipologías del grupo... la sinonimia jurídica entre tal cúmulo de expresiones legales es perfecta, según general opinión de nuestros tratadistas...» (19).

Si bien puede admitirse que la distinción entre «tomar» y «apropiarse» puede resultar válida, a efectos prácticos, para distinguir en-

(17) Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, pp. 396-397.

(18) Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 387.

(19) Cfr., QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, II, Madrid, 1977, pp. 115 y ss.

tre la acción del artículo 514 y la del 535, en el sentido de resaltar con ello la necesidad de la previa posesión legítima de la cosa para que entre en juego el segundo de los tipos, la posible distinción entre el «apoderarse» del artículo 337 y el «apropiarse» del artículo 535 resultaría, en mi opinión, de todo punto innecesaria; tanto quien realiza la acción del artículo 535, como quien cumple la del artículo 337 pueden estar realizando una conducta en todo idéntica (salvo la violencia o intimidación que ha de concurrir en este último), consistente en integrar la cosa, de facto, en su patrimonio, para disponer o disfrutar de ella como propia, ya suponga un desplazamiento real o ideal de la misma.

El término «apoderarse» que emplea el artículo 337 implica, pues, toda una serie de actos diversos cuyo resultado consiste en integrar la cosa en el patrimonio del sujeto activo, signifiquen o no desplazamiento físico de la misma, pues tanto el sujeto que se «apropia» como el que se «apodera» de una cosa ajena no hace sino separarla del patrimonio del sujeto pasivo e integrarla en el propio, obteniendo incluso la protección del Derecho si ve perturbada su situación (20).

Creo, por tanto, que ambos términos deben ser entendidos como equivalentes, a efectos del artículo 337 (21), puesto que la acción que allí se contempla va dirigida a «hacerse pago», lo que indica claramente que el sujeto activo tiene la intención de usar o disponer de la cosa como propia, siendo indiferente que se tenga o no la previa posesión de la misma. La retención puede, pues, constituir apoderamiento.

Se ha de diferenciar, no obstante, esta situación del simple ejercicio del derecho de retención que reconoce, en determinados supuestos, la legislación civil al poseedor de una cosa ajena hasta el cobro de su crédito. Cuando se ejercita el derecho de retención, en los términos legalmente establecidos, no se realiza tipo penal alguno, siendo por el contrario una conducta lícita que el Derecho protege.

Para dilucidar la cuestión del posible concurso entre los artículos 337 y 535 se hace necesario precisar previamente el concepto de

---

(20) Vid. artículos 441 y 446 del Código civil; la posesión, aún de cosa ilícitamente apropiada, resultará protegida por el Derecho en tanto no se demuestre dicha ilicitud. Por tanto, el legítimo propietario que se ve privado de una cosa no podrá recuperarla más que venciendo en juicio, lo que, en muchas ocasiones, puede resultar problemático a efectos de prueba.

(21) Por cuanto aquí interesa. No obstante, no existe, a mi entender, inconveniente en aplicar con generalidad esta conclusión a otros supuestos; la apropiación, en un sentido amplio, incluye la diversidad de expresiones utilizadas por el Código, no siendo inconveniente que la incorporación de la cosa al patrimonio del sujeto agente se realice tomándola físicamente (hurto, robo, etc.) o bien idealmente (apropiación en el sentido del artículo 535), pues la acción supone siempre privar ilegítimamente de una cosa a su propietario, ejercitando sobre la misma facultades que no le corresponden. En este sentido parece pronunciarse la mayoría de la doctrina, si bien no siguen todas las consecuencias que este criterio implica.

«hacerse pago» y su distinción con el ánimo de lucro, lo que realizaré posteriormente, por lo que remito a mis conclusiones.

El apoderamiento debe llevarse a cabo con *violencia o intimidación*.

La intimidación supone una amenaza encaminada a viciar la libre decisión de voluntad del sujeto pasivo, lo que nos plantea un nuevo problema: su distinción con el delito de amenazas. Volveré sobre ello más adelante.

En cuanto a la violencia, Rodríguez Devesa opina que, dado que el Código nada dice al respecto, comprende tanto la ejercida contra las personas como la fuerza en las cosas (22). De la misma opinión parece ser Bajo (23). El Tribunal Supremo extiende también la violencia a la fuerza en las cosas, en los términos del artículo 504 (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1964 y 28 de junio de 1972).

Para Muñoz Conde, en cambio, la violencia debe entenderse ejercida sobre las personas y no cabe extender el término a la fuerza en las cosas, por cuanto el par de conceptos «violencia o intimidación» aparecen siempre unidos con referencia a las personas en otros tipos delictivos, con lo que, de acuerdo con una interpretación sistemática, lo mismo habrá que entender con referencia al artículo 337 aunque expresamente no se diga (24). Esta es la postura que en mi opinión ha de estimarse correcta, pues si la intimidación resulta obvio que no puede sino ir referida a las personas, la alternatividad con que se encuentran contemplados ambos conceptos en el artículo 337 obliga a entender que la violencia no comprende la fuerza en las cosas.

Es opinión generalizada que la violencia o intimidación deben estar en una relación medio a fin con el apoderamiento, es decir, que deben ser realizadas para conseguirlo, por lo que deberán concurrir durante la ejecución del hecho, y siempre con anterioridad a la consumación del mismo.

La violencia o intimidación no tienen por qué recaer necesariamente sobre la persona del deudor. La exigencia típica se cumple aún cuando afecte a otra persona, siempre y cuando se ejercite con la finalidad indicada. Es también imaginable una retención violenta, cuando el autor impide físicamente al propietario la recuperación de la cosa cuya posesión ostenta.

### c) Objeto material del delito

La opinión general indica que el «apoderarse» que señala el artículo 337 implica que la cosa debe ser mueble (25). En mi opinión,

(22) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 983.

(23) Vid. BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, p. 64.

(24) Cfr., MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 673.

(25) Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 983. BUSTOS: *Op. cit.*, p. 432. BAJO: *Op. cit.*, p. 66.

y por las razones expuestas al referirme a la distinción entre «apoderarse» y «apropiarse», no existe razón por la que deban excluirse los inmuebles como posible objeto material del delito del 337, pues si bien se tratará de situaciones muy poco habituales son, al menos, teóricamente imaginables: v. gr., el acreedor hipotecario que, estando vencida la deuda, ocupa, con violencia o intimidación, el inmueble sobre el que recae la misma para «hacerse pago». El concurso que se plantearía en este supuesto con el delito de usurpación del artículo 517 creo que debe resolverse en favor del 337, pues si bien ambos contemplan una conducta que puede resultar equivalente, este último incluye un elemento adicional del tipo, el «ánimo de hacerse pago», por lo que será ley especial frente al artículo 517 (26).

El artículo 337 se refiere genéricamente a una «cosa» perteneciente al deudor, por lo que la exclusión de los inmuebles carece de apoyo legal alguno; cuando el Código quiere limitar el concepto de cosa a los muebles o inmuebles así lo hace expresamente (27), por lo que, al no hacerlo así en el precepto mencionado, habrá de entenderse que hace referencia tanto a unas como a otras.

En opinión de Bajo Fernández, debe tratarse de la «cosa debida», es decir, de la cosa determinada, frente a obligaciones específicas, y el valor equivalente en dinero frente a obligaciones pecuniarias (28). Pero, como señala Muñoz Conde (29), esta interpretación carece de apoyo legal en el Código, por lo que no hay motivo para que no pueda incluirse en el artículo 337 el caso del acreedor que, por ejemplo, se apodera del televisor de su deudor (con violencia o intimidación) al no entregarle éste el automóvil vendido, o el caso del acreedor que, por los mismos medios, se apodera del reloj de su deudor para cobrarle una deuda pecuniaria de parecido valor.

Efectivamente, el artículo 337 tan sólo habla de apoderarse de una cosa «perteneciente» a su deudor, por lo que parece claro que se refiere a cualquier cosa de su propiedad y no a la concreta cosa debida. Si observamos la legislación civil, el pago de una deuda puede realizarse no sólo mediante la entrega de la cosa concreta, sino también mediante la de otra cualquiera perteneciente al deudor y que suponga para el acreedor una satisfacción equivalente a la de la prestación a que tiene derecho. El acreedor, por tanto, podrá pretender «hacerse pago» tanto apoderándose con violencia o intimidación de la concreta cosa debida como de cualquier otra.

En todo caso, la cosa debe ser propiedad del deudor, con lo que se excluye la aplicación del tipo al supuesto del vendedor que, existiendo un contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio,

---

(26) En este sentido, BAJO: *Op. cit.*, p. 47.

(27) V. gr., artículos 500, 514, 517, 535...

(28) Vid. BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, p. 47.

(29) Cfr., MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, pp. 673-674.

se apodera de la cosa que se halla en poder del comprador, dado que éste no adquiere la propiedad de la misma hasta la cumplimentación del pago total del precio aplazado.

#### d) *Sujetos activo y pasivo*

El sujeto activo ha de ser acreedor del propietario de la cosa. No podrá ser nunca sujeto activo del tipo del artículo 337 el propietario, dado que la cosa debe «pertener» a su deudor.

En cuanto al sujeto pasivo, para Bustos es la colectividad, y «víctima» el deudor (30); Bajo estima que sujeto pasivo es tanto la Administración de Justicia como el poseedor (31); para Muñoz Conde, es la Administración de Justicia y el propietario-deudor (32).

En mi opinión, y por las razones que expondré al tratar sobre cuál es el bien jurídico protegido (33), sujeto pasivo no es ni la colectividad ni la Administración de Justicia. Por otra parte, entiendo que si bien la cualidad de deudor y la de propietario han de coincidir en una misma persona, el sujeto pasivo podrá ser tanto el propietario-deudor como el poseedor de la cosa debida, o de otra cualquiera perteneciente al deudor, sobre la que recaiga la acción.

Con todo ello se configura el tipo del artículo 337 como un delito especial, por cuanto el ámbito de sujetos activos posible se encuentra restringido, debiéndose encuadrar entre los denominados «impropios», por cuanto guarda relación con un tipo básico: el hurto. La justificación de esta última afirmación se comprenderá mejor tras la lectura de mis conclusiones.

### 3. Tipo negativo

Muñoz Conde señala que «el estado de necesidad es difícilmente aplicable, pues el acreedor en caso de peligro inminente de frustración de su crédito debe acudir al Juez requiriendo el oportuno embargo o, por lo menos, el depósito judicial, pero nunca hacerse pago directamente, con violencia o intimidación, que es lo que castiga el artículo 337. Tampoco cabe la legítima defensa, pues el propio artículo 337 demuestra que el acreedor debe ejercitar su derecho al pago por la vía judicial y no violentamente por la vía privada, y, en todo caso, la negativa del deudor a entregar la cosa no constituye, en principio, la agresión ilegítima que fundamenta la legítima defensa» (34).

(30) Cfr., BUSTOS RAMÍREZ: *Op. cit.*, p. 432.

(31) Vid. BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, p. 61.

(32) Cfr., MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 672.

(33) Vid. infra, ap. c) del presente trabajo.

(34) Cfr., MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 675.



Para Bajo tampoco cabe el estado de necesidad, pues «si el acreedor corre el peligro de frustrar la realización de la pretensión o aumentar considerablemente las dificultades para ello y no puede acudir a los Tribunales tiene a su alcance un medio eficaz para evitar el mal, menos dañoso que la comisión del hecho previsto en el artículo 337. En efecto, el mal puede ser evitado mediante el apoderamiento de la cosa como medio de aseguramiento del crédito» (35).

Todo esto merece algún comentario. Pensemos en un sujeto sin medios económicos, que sustrae subrepticamente alimentos de un supermercado, o un sujeto cuyo hijo se encuentra grave e intimidado a un farmacéutico para obtener una medicina que no puede conseguir de otro modo.

En estos casos el sujeto, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal (propio en el primer caso, ajeno en el segundo), lesiona un bien jurídico de otra persona, sin que el mal causado sea mayor que el que trata de evitar, sin haber provocado intencionadamente la situación de necesidad y sin que tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Parece claro que con ello se cumplen todos los requisitos necesarios para poder estimar la concurrencia de la causa de justificación que contempla el número 7.º del artículo 8 del Código penal.

Supongamos ahora que el sujeto que sustrae alimentos, por no tener nada que comer, tiene derecho a un mes de salario por haber trabajado en el supermercado tiempo atrás, sin que se le haya abonado todavía lo que se le debe; o que va a la farmacia, entrega la receta y abona el precio del medicamento, indicándole el dependiente que vuelva por él posteriormente y negándose luego a entregarlo, por lo que el sujeto le intimida o incluso emplea la violencia, consiguiendo la medicina que precisa para su hijo.

Si el estado de necesidad era perfectamente aplicable en los dos primeros supuestos, negar que lo sea en los segundos por el hecho de que el sujeto ejercita arbitrariamente su derecho sería absurdo, pues si el estado de necesidad exime de responsabilidad penal por hurto o robo, no hay razón alguna para que no exima de responsabilidad por el tipo del artículo 337, dándose los requisitos para ello.

Entiendo pues, que el estado de necesidad es perfectamente aplicable al supuesto del artículo 337. La postura de Muñoz Conde y Bajo resulta errónea, en mi opinión, por partir de la contemplación del «peligro inminente de frustración del crédito», o de la «realización de la pretensión», como el único «mal» que pudiera ser tratado de evitar, siendo así que son imaginables múltiples situaciones de estado de necesidad.

Por lo que se refiere a la legítima defensa, sí parece correcta la

---

(35) Cfr., BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, p. 69.

tesis de su inaplicabilidad, por cuanto la negativa o simple abstención del deudor de entregar la cosa, aun cuando viniera obligado a ello, no constituye un agresión ilegítima desde la óptica penal, faltando así el primero de los requisitos que se exigen en el número 4.º del artículo 8 de nuestro Código.

#### 4. Tipo subjetivo

El artículo 337 contiene un elemento subjetivo del injusto, por cuanto se exige que el apoderamiento se haga con la finalidad de «hacerse pago» con la cosa. Se precisa, por tanto, dolo, excluyéndose la comisión culposa.

El problema que se presenta estriba en precisar el significado que ha de darse a la expresión «hacerse pago». De la solución que se le dé dependerá, en buena medida, la resolución de las diferentes cuestiones planteadas.

Si bien la doctrina mayoritaria, así como la jurisprudencia, estiman que este elemento subjetivo es distinto del «ánimo de lucro», señalándose incluso como la diferencia esencial entre la conducta del artículo 337 y la de los artículos 500 y siguientes (36), en mi opinión son dos expresiones equivalentes. La fundamentación de esta postura, al estar relacionada con otras diversas circunstancias, la realizaré posteriormente.

#### 5. Concurso

Para Muñoz Conde, el artículo 337 es ley especial frente a las coacciones y amenazas, y subsidiaria frente al robo; por consiguiente, todos los supuestos de realización arbitria del propio derecho que no encajen en el artículo 337 deberán ser tratados, según dicho autor, como delitos contra la propiedad (si hay ánimo de lucro) o contra la libertad (si no hay ánimo de lucro) (37).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1971 señaló que la aplicación del artículo 337 excluye la apreciación de un delito de coacciones; la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1975 entiende igualmente que el artículo 337 es norma especial frente a las coacciones y amenazas.

Para Rodríguez Devesa no es posible un concurso entre el delito del artículo 337 y los de amenazas y coacciones (38).

---

(36) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 983.

(37) Cfr., MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 676.

(38) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 983.

En opinión de Córdoba (39), si la violencia o intimidación conducen a la producción de un resultado lesivo para las personas o para la libertad, constitutivo de un delito distinto, se planteará un concurso ideal en todos los casos en los que el resultado ostente una significación antijurídica que exceda de la implícita en el acto de la violencia o intimidación; en los demás casos se aplicará el artículo 337.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1968 estimó la existencia de un concurso entre un delito de lesiones y el de realización arbitraria del propio derecho.

Antón Oneca señala que «no es estafa obtener mediante engaño la satisfacción de la deuda vencida o la entrega de la cosa que el vendedor se obstina en no entregar después de recibir el precio», pues de otro modo, «la violencia o intimidación actuarían como circunstancias atenuantes» (40).

Bajo señala, en relación al posible concurso entre el artículo 337 y las amenazas condicionales del artículo 493.1.º, que si se castiga el hecho conforme al tipo de este último «significaría castigar más severamente el caso de amenaza con condición de pago sin logro de tal fin (arresto mayor) que en el caso de que el fin se consiga (multa del 337)», por lo que excluye la aplicación del artículo 493 en favor del 337 (41).

Rodríguez Devesa, con referencia al tipo del artículo 535, señala que «la presencia del artículo 337 que sanciona el apoderamiento de una cosa perteneciente a un deudor para hacerse pago con ella cuando se verifica con violencia o intimidación y no en otro caso, obliga a considerar como atípica la apropiación que tenga esa finalidad» (42).

Numerosos son pues los problemas concursales que el tipo legal plantea, e insatisfactorias, a mi entender, las soluciones ofrecidas. Para llegar a resolverlos es imprescindible determinar cuál es el bien jurídico protegido, clarificar las expresiones utilizadas por el artículo 337 y concretar las posibles conductas que el tipo abarca. Esta es la tarea que emprendo en el punto siguiente y último de este trabajo.

## C) VALORACION PERSONAL Y CONCLUSIONES

En el artículo 337 tan sólo se contempla el supuesto del acreedor que, con violencia o intimidación, se apodera de la cosa del deudor para «hacerse pago» con ella, quedando excluidos del precepto el resto de supuestos imaginables de realización arbitraria del propio derecho.

---

(39) Cfr., CÓRDOBA RODA: *Op. cit.*, p. 1185.

(40) Vid. ANTÓN ONECA: *Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la jurisprudencia*, separata de «NEJ», IX, Barcelona, 1957, pp. 14-15 (citado por BAJO: *Op. cit.*, p. 19).

(41) Cfr., BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, p. 80.

(42) Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 388.

La diversa problemática que el tipo plantea deriva, a mi entender, de la errónea comprensión del bien jurídico que protege, así como de la falta de clarificación respecto al significado que deba darse a la expresión «hacerse pago», cuestiones ambas que, una vez solventadas, permitirán delimitar las conductas que el tipo abarca y resolver los problemas concursales planteados.

Para Córdoba, con el cambio acaecido en 1944, el legislador pretendió destacar el ataque a la Administración de Justicia, como resultado de la realización de los derechos fuera de los cauces jurídicamente establecidos (43). Aun cuando la doctrina señala otros bienes jurídicos protegidos por el tipo, existe unanimidad en entender que la Administración de Justicia es el bien jurídico principalmente protegido en el artículo 337.

No es esa mi opinión, sin embargo. A mi entender, la creación del tipo no obedeció más que a un intento del legislador, en un marco socio-político típicamente «liberal», en donde la propiedad era considerada como un derecho «inviolable y sagrado», según la fórmula consagrada en el artículo 17 de la «Declaración de Derechos» francesa, de privilegiar penalmente a quienes, ostentando un derecho de crédito reconocido por la legislación civil y con el fin de ejecutarlo, no acudían a los cauces jurisdiccionales, realizando con ello una conducta que, de no mediar el precepto, se castigaba con dureza. Dicho de otro modo, se primaba con ello el patrimonio del acreedor sobre el del deudor, al rebajarse considerablemente la protección que el tipo de robo representa, privilegiando, bajo apariencia de sanción, al propietario-acreedor frente al propietario-deudor, favoreciendo así a quien, precisamente, obviaba acudir a la Administración de Justicia para que hiciese efectivo su derecho.

En su origen, por tanto, decir que el artículo 337 protegía el bien jurídico «Administración de Justicia» resulta, cuando menos, desafortunado, y así pareció entenderlo en realidad el legislador por cuanto durante mucho tiempo no figuraría este delito en el Título IV.

¿Cuál es la situación actual? En nuestra Constitución (44) no se contempla ya la propiedad como un derecho «inviolable y sagrado», sino que, muy al contrario, se señala expresamente que toda la riqueza del país, sea cual fuere su titularidad, se encuentra sometida al interés general. Faltando pues ese presupuesto básico, en buena medida vigente cuando el legislador de 1944 introduce el tipo entre los delitos contra la Administración de Justicia, y en base al cual pudiera entenderse al menos como «consecuente» con los principios del siste-

---

(43) Cfr., CÓRDOBA RODA: *Op. cit.*, p. 1182.

(44) Vid. artículos 128.1, 1.1, 9.2, 33.2, 40.1 y preceptos concordantes de nuestra Constitución de 1978.

ma, resulta más desafortunado todavía el pretender entender en la actualidad que es ése el bien jurídico que el artículo 337 protege (45).

Si un sujeto, sin la voluntad de su dueño, se apodera de una cosa ajena, concurriendo violencia o intimidación, de acuerdo con el Derecho penal vigente, habrá que castigarle en base al artículo 501.5.º (salvo que se produzcan lesiones o muerte), mientras que, de acuerdo con la doctrina absolutamente dominante, a ese mismo sujeto, realizando la misma conducta con la sola diferencia de la relación obligatoria subyacente, se le aplicará el artículo 337, es decir, una simple multa. Decir que así se protege la Administración de Justicia resulta en nuestra época no ya desafortunado, sino más bien una burla.

La doctrina y la jurisprudencia avalan su postura, básicamente, en que, dicen, el ánimo de «hacerse pago» es diferente del «ánimo de lucro», por lo que si concurre el primero se excluye el segundo y no podrá aplicarse el artículo 501 (46).

Rodríguez Devesa opina que el ánimo de hacerse pago elimina el ánimo de lucro porque este último implica un propósito de enriquecimiento patrimonial, y que ello constituye la diferencia esencial con el hurto o el robo (47). Para Quintano, «si se prefirió no incluirlo en el Título XIII fue sin duda en atención a la ausencia de ánimo de lucro, sustituido por el judicialista de hacerse pago de lo debido» (48). Muñoz Conde señala que el ánimo de «hacerse pago» es un aspecto del más general ánimo de lucro y «supone la intención de apropiarse de la cosa, por lo que deben excluirse del artículo 337 los casos en que el acreedor se apodera de la cosa de su deudor con el sólo ánimo de compelerle al pago» (49).

Para defender la tesis de la incompatibilidad entre el ánimo de hacerse pago y el ánimo de lucro, la doctrina utiliza criterios de justicia material, apelando a las consecuencias insatisfactorias que la tesis contraria acarrearía; así, por ejemplo, Rodríguez Devesa decía que de admitir la existencia de un delito contra la propiedad resultaría, por ejemplo, que el caso de quien toma la cosa del deudor para hacerse pago sería castigado con multa si utiliza violencia o intimidación (artículo 337) y con «graves penas de presidio» (50) si no median dicha violencia o intimidación.

Pero vayamos por partes. ¿Qué es el ánimo de lucro?

---

(45) Radicalmente en contra García Miguel, para quien el delito del artículo 337 «constituye el prototipo de todos los incluidos en el Título». Cfr., GARCÍA MIGUEL: *Op. cit.*, p. 1113.

(46) Así, por ejemplo, Rodríguez Devesa dice que «el ánimo de hacerse pago con la cosa, v. gr., excluye ciertamente el ánimo de lucro, como lo evidencia el tratamiento separado del artículo 337». Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 397.

(47) Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 983.

(48) Cfr., QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios...*, p. 671.

(49) Cfr., MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 674.

(50) Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA: *El hurto propio*, 1946, p. 186.

Rodríguez Devesa entiende el ánimo de lucro como el propósito de obtener un provecho económico, diferenciándolo del ánimo de apropiación que, dice, «no se identifican, pues es posible un ánimo de lucro sin el de apropiarse; ejemplo: el hurto de uso...» (51). Quintano entendía el ánimo de lucro como cualquier enriquecimiento o satisfacción (52).

Para la jurisprudencia, el ánimo de lucro supone «cualquier provecho o utilidad» (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1958); se presume salvo prueba en contrario (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1975 Y 7 de abril de 1978) (53); identificando el ánimo de lucro con el apoderamiento para obtener un beneficio o aprovechamiento económico (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1970, 31 de enero de 1973 y 4 de abril de 1974).

A mi modo de ver, calificar la «apropiación» como un determinado ánimo, como un elemento subjetivo específico del injusto diferente del ánimo de lucro y, por tanto, exigible al igual que éste para calificar penalmente una determinada conducta, como lo hace un sector de la doctrina (54), resulta innecesario, implica introducir una exigencia extralegal y deviene contraproducente por cuanto supone añadir un nuevo elemento de confusión a lo que ya es, de por sí, suficientemente confuso, pues plantea el problema de la distinción entre ambos ánimos y llevará a negar la concurrencia del elemento subjetivo del tipo en casos en que claramente concurra.

La acción de tomar, apropiarse o apoderarse, consiste, como se ha señalado anteriormente, en realizar un desplazamiento (real o ideal) de una cosa ajena, sin la voluntad de su dueño, del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo. Se trata, por tanto, de un hecho objetivo, que obviamente habrá de constatarse en cada caso por los medios de prueba pertinentes, y no de un determinado «ánimo». La constatación de que dicho desplazamiento patrimonial efectivamente se ha producido cumple la exigencia típica de «tomar», «apoderarse» o «apropriarse», sin que exista razón alguna para exigirse un nuevo ánimo, distinto del de lucro (55) que sí constituye un elemento subjetivo del injusto expresamente exigido por el Código para determinados tipos y que la generalidad de la doctrina entiende debe exigirse en el resto de los delitos patrimoniales (56).

(51) Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal Español...*, p. 397.

(52) Cfr., QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado...*, II, pp. 133 y ss.

(53) En sentencias más recientes (3 de octubre de 1983, 12 de febrero de 1985 y 20 de junio de 1985), se dice que el ánimo de lucro se encuentra «insito en el propio apoderamiento» y debe entenderse concurrente salvo prueba en contrario, lo que no modifica en esencia la postura anterior.

(54) Así, MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 192. RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 397.

(55) En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ: *Manual de Derecho penal (Parte Especial). Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987, p. 16.

(56) Cfr., QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado...*, II, pp. 130-131.

Dicho esto, retomemos la pregunta inicial: ¿qué es el ánimo de lucro? La interpretación del Supremo es criticada por la generalidad de la doctrina, por considerarla, con acierto, excesivamente amplia. Las posturas doctrinales señaladas deben también, a mi juicio, ser rechazadas por cuanto con ellas se llega a conclusiones inaceptables al ser aplicadas en la práctica; así, en el clásico ejemplo de Geyer y Carrara del coleccionista que se apodera de una obra de arte, contra la voluntad de su dueño, pero dejando en beneficio de éste una cantidad de dinero, superior incluso a su valor, siguiendo a Quintano habrá que admitir la concurrencia del ánimo de lucro (57), mientras que, de acuerdo con la postura de Rodríguez Devesa, habrá que negar dicho ánimo, dado que no existe la intención de obtener provecho económico alguno.

Obviamente el señalar aquí otros múltiples ejemplos, el hecho es que estas dos posturas llevan, en muchas ocasiones, a soluciones contradictorias, negando el elemento subjetivo en casos en que claramente existe, por lo que es necesario buscar un criterio diferente.

Para Gimbernat (58), el ánimo de lucro debe entenderse como la intención de comportarse como si fuera el legítimo propietario de la cosa. Es éste, en mi opinión, un criterio más acorde con la configuración general de los delitos patrimoniales y soluciona satisfactoriamente los problemas que las anteriores posturas plantean.

El ánimo de lucro, así entendido, es fácilmente constatable, pues se deduce de la actividad posesoria del sujeto sobre la cosa: el depositario se comportará como propietario (esto es, con ánimo de lucro) si la enajena por su sola voluntad, dando lugar al tipo del artículo 535; quien sin violencia o intimidación toma una cosa ajena sin la voluntad de su dueño, se comportará como propietario si, v. gr., la retiene en su poder negando todo derecho a su legítimo dueño, dando lugar al tipo del artículo 514, etc.

Comportarse como si fuera el legítimo propietario supone pues el ejercer sobre la cosa cualquiera de las facultades que el Derecho otorga a éste. La simple incorporación de la cosa al patrimonio del sujeto activo cumple la exigencia típica de los delitos de apropiación (59), y con ello se cumple el tipo objetivo, pero se precisa un elemento subjetivo, el ánimo de lucro, cuya concurrencia será así fácilmente constatable mediante el simple análisis del comportamiento

---

(57) Entendido éste como lucro-satisfacción. Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado...*, II, p. 138.

(58) Esta opinión fue manifestada por el Doctor Gimbernat en el ejercicio de la docencia universitaria, no encontrándose plasmada por escrito en ninguna de sus obras, por lo que realizo esta cita con la autorización expresa de su autor.

(59) Entendiendo «apropiación» en sentido amplio y no en el estricto del artículo 535, es decir, como sinónimo del «tomar», «apoderarse», etc.

del sujeto activo: enajenar la cosa, usarla, donarla, etc. como si fuese propia.

En conclusión, por ánimo de lucro hay que entender el ánimo del sujeto de comportarse como el legítimo propietario de la cosa, ya sea realizando un acto de disposición, ya reteniéndola en su poder como parte de su patrimonio.

¿Qué supone el ánimo de hacerse pago con la cosa? Implica dar por saldada con ella la deuda, integrarla en su patrimonio como pago de la misma; en definitiva, supone la intención de comportarse como su legítimo propietario, disponiendo de ella según su voluntad.

Quien se hace pago tomando una cosa de su deudor, no hace sino apoderarse de algo que no le pertenece, por mucho que ostente un derecho de crédito que le permitiría reclamarla en vía judicial. Para la adquisición de la propiedad rige en nuestro Derecho la llamada «Teoría del título y modo» (artículos 609 y 1.095 del Código civil) que exige la concurrencia de un título traslativo del dominio y la entrega de la cosa por quien hasta ese momento sea su propietario; la apropiación implica la no entrega, y el título por sí solo no basta, por lo que quien se apodera de la cosa con ánimo de hacerse pago lo hace con un claro ánimo de lucro, esto es, con la intención de comportarse como propietario, sin serlo.

No existe, pues, diferencia alguna entre el elemento subjetivo contemplado en el artículo 337 y el ánimo de lucro que se exige en el robo. Si ambos conceptos son iguales, la única diferencia existente entre el artículo 337 y el 501.5.º radica en la relación obligatoria subyacente; no existe mayor diferencia que la existencia de un título jurídico-civil que otorga al sujeto activo un derecho de crédito que le permite exigir de su deudor el cumplimiento de la obligación; en definitiva, una relación jurídica de tipo patrimonial.

Entendiendo esto así, resulta claro que no existe inconveniente alguno, pese a la ubicación del tipo en el Código, para concluir que el bien jurídico protegido en el artículo 337 no es otro que la propiedad. Junto a ello, de la simple lectura del precepto se desprende ya con claridad que la conducta que el precepto describe constituye, además, un ataque contra la salud o contra la libertad.

Respecto a las consecuencias negativas que, en opinión de la doctrina, esta interpretación conlleva, hay que decir que la solución se encuentra no en diferenciar arbitrariamente el elemento subjetivo del artículo 337 respecto del exigido en otros delitos patrimoniales, entre los que debería incluirse en todo caso aquél; ni en seguir manteniendo, con argumentos muy poco consistentes, que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, sino en delimitar claramente las conductas que el artículo 337 abarca, cuáles son las posibles situaciones subsumibles en el tipo, independientemente de que, de «*lege ferenda*», convenga postular por la pura desaparición del tipo.

Si se dice que la distinción entre el delito del artículo 337 y los



de los artículos 500 y 514 se funda en la diferencia entre el ánimo de hacerse pago y el ánimo de lucro, es lógico mantener esta distinción a toda costa pues, si desaparece, ¿cómo diferenciarlos?, ¿cómo evitar las consecuencias injustas que se señalan? Pero la conclusión de que ello acarrea consecuencias injustas descansa tan sólo en la no clarificación de las conductas que puede abarcar el precepto legal, y en seguir entendiendo, en el fondo, que el tipo del artículo 337 se encuentra ahí para privilegiar una determinada situación.

Por otra parte, no se ha preocupado la doctrina de señalar las también injustas consecuencias que su postura conlleva, pues si, como se sostiene, el propósito de hacerse pago constituye una finalidad distinta al ánimo de lucro, tendremos que el acreedor que se apodera de una cosa de su deudor, con violencia o intimidación, para «hacerse pago» de la deuda, hará inaplicable el artículo 501.5.º, puesto que no existe el ánimo de lucro, pese a realizar la conducta que este precepto contempla; si se apodera de la cosa, con el mismo propósito, sin violencia o intimidación, dicha conducta será impune, puesto que no será aplicable el artículo 337, por falta del medio comisivo, ni el 514, por faltar el elemento subjetivo; si el acreedor se apropia de una cosa de su deudor, teniéndola en depósito, para «hacerse pago», resultará una conducta atípica si se realiza sin violencia o intimidación y, si concurre uno de estos medios comisivos, se aplicará la pena de multa del artículo 337 y no la correspondiente al 535 (que puede llegar a prisión menor, concurriendo, por ejemplo, las circunstancias 5.ª y 7.ª del artículo 529), con lo cual la violencia o intimidación actúan como circunstancias atenuantes.

No tener todo esto en cuenta y seguir manteniendo la diferencia entre ambos ánimos, así como sostener que con el artículo 337 se protege la Administración de Justicia, resulta incomprensible.

Cierto que la doctrina ofrece todavía otra solución para obviar estos problemas. Así, Bajo indica que la distinción entre el apoderamiento de la cosa del deudor para hacerse pago con ella y las acciones de apoderamiento de robo radica en el plano objetivo y no en el subjetivo; según este autor, el propósito de hacerse pago conlleva la existencia de ánimo de lucro, si bien no se comete un delito contra la propiedad porque no se lesiona la propiedad (60).

Esta tesis carece, a mi entender, de consistencia. El artículo 337 habla de apoderarse de una cosa «perteneciente» a su deudor; si pertenece a su deudor resulta obvio que debe ser de su propiedad, lo que implica que para el sujeto activo es una cosa ajena; si se priva de una cosa ajena a su propietario, contra su voluntad, resulta claro que se está realizando una conducta lesiva para la propiedad (61).

---

(60) Vid. BAJO FERNÁNDEZ: *La realización...*, pp. 41 Y ss.

(61) En el mismo sentido, QUINTANO: *Tratado...*, II, p. 121.

Formalmente, un hecho antijurídico es aquel que se encuentra en contradicción con el Derecho; desde la óptica penal sólo será antijurídico el hecho que se encuentra en contradicción con el Derecho penal. Pero el por qué un hecho es contrario a Derecho no se contesta diciendo que son antijurídicas las conductas que el Derecho penal define como tales, es decir, los hechos típicos, sino que es preciso analizar qué es lo que tienen estos hechos para que el Derecho haya decidido prohibirlos, es decir, cuál es el contenido de injusto de la conducta tipificada, la antijuridicidad material.

La antijuridicidad material de un hecho se basa en su carácter de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, junto a la ausencia de causas de justificación. ¿Cuál es el bien jurídico que se lesiona o pone en peligro en el artículo 337? No la Administración de Justicia, puesto que, como bien señala Quintano (62), se trata de conductas contempladas en una fase prejudicial, es decir, que la Justicia ni siquiera ha entrado a entender del caso, mientras que sí aparece claro el ataque a la propiedad y el ataque o puesta en peligro de la salud o la libertad. Estos son, por tanto, los bienes jurídicos que protege el tipo del artículo 337.

Desde una óptica político-criminal, la Administración de Justicia es un bien jurídico que merece ser protegido por el Derecho penal y, efectivamente, se protege en diversos preceptos del Código; pero ni de «lege ferenda» ni de «lege lata» entiendo que pueda considerarse como el bien jurídico que el artículo 337 protege o merece ser protegido en ese supuesto, por cuanto la conducta allí descrita ni lo lesiona ni lo pone en peligro.

Hagamos ahora una nueva pregunta: ¿cuál es el fin del Derecho penal?

Para unos, el Derecho penal realiza un reproche de culpabilidad, un juicio moral de desvalor sobre el comportamiento humano; para otros, tiene una función motivadora: reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social (63).

Si bien personalmente me inclino por la segunda de las posturas señaladas por cuanto, como señala Gimbernat (64), la indemostrabilidad del libre albedrío hace insostenible el Derecho penal basado en el reproche de culpabilidad, ¿qué consecuencias se siguen, partiendo de cualquiera de esas dos posturas con referencia al tipo del artículo 337?

---

(62) Para Quintano este tipo, junto con el de omisión de impedir determinados delitos, afecta a la fase preprocesal, diferenciándose así de los demás tipos contemplados en el Título. Cfr., QUINTANO RIPOLLÉS: *Curso de Derecho penal*, II, p. 570, Madrid, 1963.

(63) Cfr., GIMBERNAT ORDEIG: *Estudios de Derecho penal*, pp. 114-115.

(64) Cfr., GIMBERNAT ORDEIG: *Op. cit.*, pp. 108-109.

Si el Derecho penal tiene una función motivadora, el artículo 337 trata, mediante la amenaza de la pena de multa, de evitar la comisión de la conducta allí descrita. Pero la misma función ostenta el artículo 501.5.º, en donde para motivar la no comisión de una conducta al parecer idéntica, se amenaza con una pena de prisión menor. La doctrina dominante nos dice que esto es así porque en el caso del artículo 501 el sujeto agente actúa con ánimo de lucro, mientras que en el supuesto del artículo 337 lo hace con el de «hacerse pago». Rechazada la diferencia entre esos dos ánimos, resulta claro que el artículo 337 perdería su función motivadora si contemplase la misma conducta que el artículo 501.5.º, por cuanto llevaría a pensar al individuo que el Derecho, si bien no aprueba dicha conducta, en buena medida la protege dado que evita su consecuencia más grave: la prisión se excluye quedando tan sólo amenazado con multa. Obviamente no constituye esto una motivación para que dicha conducta no se realice.

La conclusión que se sigue es clara: las conductas descritas en ambos preceptos no pueden ser, en modo alguno, las mismas.

Tomemos ahora la otra postura, ¿cuál es el «reproche» que se efectúa en el artículo 337? Siguiendo la postura dominante sobre el bien jurídico protegido la respuesta ha de ser que el no haber acudido el sujeto, pudiendo hacerlo, a la Administración de Justicia para la realización de su derecho. Pero, ¿acaso acude a ella quien infringe el 501.5.º?; obviamente no, aunque inmediatamente puede aducirse a esto que en este último supuesto no se realiza derecho alguno (en el sentido del artículo 337); entonces, ¿la relación obligatoria existente resulta de tal importancia como para que el Derecho penal, en atención a la misma, disminuya la pena desde la prisión menor a una simple multa? La respuesta afirmativa a esta pregunta no parece en modo alguna admisible. En el artículo 532.1.º se castiga al «dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder» con las penas señaladas en el artículo 528 para el delito de estafa; el artículo 337 castiga al acreedor (que no dueño) que se apodera de una cosa de su deudor (que sigue siendo el legítimo dueño de la misma), con violencia o intimidación, con multa.

No es pues sostenible decir que el Código concede tal relevancia a la relación obligatoria contemplada en el artículo 337, puesto que a quien se encuentra en una posición jurídico-civil mucho más sólida que la del acreedor, esto es, el propietario, y sin que concurra el plus de desvalor que supone la violencia o intimidación exigidas en el artículo 337, se le aplica una pena mucho más grave.

La benignidad de la pena del artículo 337 nos lleva, pues, a la misma conclusión dicha anteriormente: es preciso diferenciar las conductas descritas en los artículos 337 y 501.5.º, pues claramente no pueden ser las mismas desde el momento en que merecen un «reproche» distinto por parte del Derecho.

Dicho todo lo anterior, no queda más que delimitar cuáles son

las conductas subsumibles en el artículo 337, diferenciándolas de las contempladas en otros delitos de tipo patrimonial y resolver los concursos que se planteen entre los diversos preceptos, al igual que con respecto a otros tipos en que se contemplan los otros dos bienes jurídicos que el artículo 337 protege: la libertad y la salud o integridad física.

Las cuestiones planteadas son las siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Delimitar la conducta del artículo 337 respecto a la del 496.
- 2.<sup>a</sup> Distinguir esa misma conducta de las amenazas condicionales del artículo 493.1.
- 3.<sup>a</sup> Diferenciarla del robo del artículo 501.
- 4.<sup>a</sup> Distinguir la conducta del acreedor que, sin violencia ni intimidación se apodera, con el ánimo de hacerse pago, de una cosa de su deudor, del hurto.
- 5.<sup>a</sup> Diferenciar la conducta del artículo 337 de la del 535.

1.—La violencia que concurre en la realización arbitraria del propio derecho es, en principio, perfectamente subsumible en el artículo 496, puesto que el acreedor «sin estar legítimamente autorizado» obliga a otro con violencia «a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto».

La doctrina entiende que la exclusión del artículo 496 ha de realizarse por ser el 337 una ley especial. De acuerdo con la tesis aquí sostenida, el artículo 337 no es norma especial frente al artículo 496; el delito de coacciones quedará excluido cuando la conducta del acreedor sea subsumible en el artículo 501.5.º, que sí es una ley especial respecto al mismo. Si dicha conducta no resulta subsumible en dicho tipo, no puede entenderse que el artículo 337 excluya al 496, pues ello supondría privilegiar al sujeto activo por realizar arbitrariamente su derecho. Entiendo que el artículo 337 tan sólo será de aplicación cuando se trate de una coacción de carácter leve; es decir, cuando suponga la realización de la conducta descrita en el artículo 585.5; si la coacción es grave, el concurso se planteará entre el artículo 496 y el 501.5.º, resolviéndose en favor de este último.

2.—El que, mediante intimidación, se apodera de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, estará realizando una amenaza condicional del artículo 493.1, conducta castigada con prisión menor, si el autor consigue su propósito, o con arresto mayor, si no lo consigue.

Entender que el artículo 337 es ley especial frente a este tipo adolece de los problemas vistos. Tampoco sería válido interpretar que quien realiza el tipo del artículo 337 está realizando el del 493.1 y, por tanto, aplicar este último siempre. La solución es similar al supuesto anterior: la conducta del artículo 337 no puede ser la misma que la del 493, por lo que la intimidación de la que habla el primero de ellos no puede ser más que una amenaza leve, esto es, la conducta contemplada en el artículo 585.4. Si la amenaza es grave, se planteará

concurso entre el artículo 493 y el 501.5.º, resolviéndose en favor de este último.

3.—El ánimo de hacerse pago y el ánimo de lucro son, según la postura que aquí se defiende, una misma cosa; por tanto, la delimitación entre la conducta del artículo 501 y la del 337 debe hacerse del modo siguiente:

Si se causa algún tipo de lesión al sujeto pasivo, serán de aplicación los números 1.º, 2.º, 3.º ó 4.º del artículo 501 y no un concurso entre el artículo 337 y los tipos de lesiones, puesto que el 501 es especial frente a las lesiones de los artículos 418 y siguientes.

La conducta del artículo 337 no puede ser la misma que la contemplada en el 501.5.º, pues ello supondría un privilegio inadmisibles. El artículo 337 tan sólo será de aplicación, por tanto, cuando la violencia o intimidación ejercida por el acreedor sea subsumible en los números 1.º y 2.º del artículo 585.

4.—Si el acreedor, sin violencia o intimidación, se apodera de la cosa de su deudor para hacerse pago con ella, lo que es lo mismo: con ánimo de lucro, concurrirán todos los requisitos necesarios para que sean de aplicación los artículos 514 y siguientes. La argumentación de que ello resulta injusto por cuanto si dicha conducta se realizara con violencia o intimidación se aplicaría menor pena (la del artículo 337), ha quedado, a mi entender, refutada con las consideraciones anteriores: la violencia o intimidación darán lugar a la aplicación del artículo 501 y no a la del 337 que tan sólo entrará en juego, como se ha dicho, cuando se trate de conductas que por sí solas son constitutivas de falta y no de delito, con lo que no se privilegia, en absoluto, la utilización de dichos medios.

5.—La relación entre el artículo 337 y el 535 presenta mayores dificultades para su resolución.

Como señala Muñoz Conde (65), constituye también apoderamiento la retención de la cosa por parte del acreedor que la tenía en depósito, siempre que medie violencia o intimidación, cuando se hace con la intención de disponer de ella como propia.

El acreedor que, teniendo la posesión de una cosa perteneciente a su deudor (en virtud de alguno de los títulos señalados en el artículo 535) se apropia de ella, realiza una conducta claramente contemplada en el artículo 535. Sin embargo, entender que es de aplicación este último sería no tener en cuenta la violencia o intimidación concurrente.

Una primera interpretación sería entender que el concurso ha de resolver en favor de la aplicación del artículo 337 por cuanto existirá una apropiación indebida más un elemento adicional: la violencia o

---

(65) Cfr., MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 673.

intimidación. Pero esto supone un privilegio para una conducta más grave, por lo que no es admisible.

Una segunda interpretación sería entender que el artículo 337 tan sólo será aplicable cuando la apropiación indebida sea de cuantía inferior a las 30.000 pesetas, es decir, la conducta señalada en el artículo 587.3.º; pero no hay nada en el tipo del 337 que permita limitar de algún modo el valor de la cosa, antes al contrario, puesto que al señalar que la multa será equivalente al valor de la cosa, sin que pueda bajar de 30.000 pesetas, se está aceptando que dicha cosa puede tener cualquier otro valor superior.

La única solución consiste, en mi opinión, en estimar la concurrencia de un concurso ideal entre el artículo 535 y el 337, puesto que se cumplen los dos tipos sin que ninguno de ellos, por sí solo, abarque todo el desvalor del hecho, aplicándose en consecuencia las reglas del artículo 71.

Resumiendo y como reflexión final, el artículo 337 no puede ser entendido, si se pretenden salvar los problemas y contradicciones que su interpretación mayoritaria plantea, más que como un tipo residual, que será tan sólo aplicable cuando la conducta realizada puede entenderse ejecutada con los medios indicados en el artículo 585, es decir, siempre y cuando no sea posible subsumirla en cualquiera de los otros tipos contemplados.

La característica del tipo, así entendido, no será pues el constituir un precepto privilegiado ni ley especial frente a otros delitos patrimoniales, sino que, muy al contrario, se trata de un tipo subsidiario con el que se agravan penalmente determinadas conductas tipificadas como faltas en atención, precisamente, al plus de desvalor que supone la arbitrariedad en el ejercicio del propio derecho.

Fuera cual fuese la intención del legislador al crear el tipo actualmente contemplado en el artículo 337, o al incluirlo entre los del Título IV, lo cierto es que en la actualidad, con una visión global del sistema jurídico vigente y de la realidad social, la interpretación que se hace del mismo acarrea muchas más contradicciones y dificultades de las que se pretenden resolver. Por todo ello, la tesis expuesta es la única interpretación que me parece plausible, acorde con la antijuridicidad material plasmada en la conducta que describe el artículo 337 y que permite salvar, con criterios sistemáticos, las contradicciones más obvias que la problemática concursal plantea.

# CRONICAS EXTRANJERAS

## Proyecto alternativo de ley reguladora de la ayuda a morir (\*)

Introducción, texto y fundamentos

(Presentado por un grupo de juristas y médicos alemanes (\*\*))

Traducción de BORJA MAPELLI CAFFARENA

### A) INTRODUCCION

1. Con todas sus aportaciones positivas, el desarrollo de la medicina y la técnica médica ha planteado nuevos problemas al tema de la terminación de la vida. Ante todo, porque, debido a la fructífera lucha contra las enfermedades infecciosas, mueren hoy más personas por enfermedades prolongadas que, como el cáncer, pueden ser muy dolorosas en sus últimas fases. A ello se añade que la medicina puede ahora mantener artificialmente las funciones específicas del cuerpo

---

(\*) Título original: *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, publicado en la Editorial Georg Thieme, Stuttgart/New York, 1986.

(\*\*) Jürgen Baumann, Hans Joaquim Bocknik, Anne-Eva Brauneck, Rolf-Peter Calliess, Gert Carstensen, Albin Eser, Hans Peter Jensen, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Hans-Georg Koch, Markus von Lutterotti, Michael Perels, Klaus Rolinski, Claus Roxin, Heinz Schoch, Wolfgang Schone, Hans-Ludwig Schreiber, Horst Schüler-Springorum, Johannes Teysen, Jürgen Wawersik, Gabriele Wolfslast, Klaus-Joachim Zülch.

Nota previa del Traductor: En 1986 apareció en la editorial Georg Thieme de Stuttgart (R.F.A.) el proyecto de un grupo de trabajo de Catedráticos de Derecho penal y de diversas especialidades médicas, con el que se pretendía ofrecer a la opinión pública y a los encargados de legislar una forma distinta o incluso nueva de enfrentarse con el fenómeno cada vez más importante, humana y socialmente, de la «ayuda a morir» que puede y debe prestarse a enfermos terminales y moribundos aquejados de graves dolores y sufrimientos.

Este Proyecto alternativo se enfrenta, en definitiva, con el espinoso y siempre difícil problema de la «eutanasia», palabra que por sus connotaciones peyorativas procuran evitar los autores de este texto.

Pero sea con un nombre u otro se trata de regular, de un modo claro y preciso, el derecho a una muerte digna, aun a costa de admitir una reducción sensible del derecho a la vida, sin, por ello, traspasar o bordear peligrosamente los límites de pro-

a menudo durante largo tiempo. De esta forma la vida de muchas personas ha podido salvarse, pero para muchas otras el empleo de todos los medios ha retrasado su muerte en forma humanamente poco digna: la medicina intensiva moderna puede ayudar a un paciente no sólo frente a situaciones de necesidad que ponen en grave peligro la vida, sino también mantenerlo durante años, incluso muchos años, suspendido entre la vida y la muerte. De ahí surgen para los pacientes, el médico y el derecho nuevos problemas:

El *paciente* y todo el que pueda serlo en el futuro, puede tener la preocupación de si se le mantendrá con vida en caso de una enfermedad mortal o de un grave accidente por medio de un sinnúmero de medidas médicas, incluso cuando ello prolongue un estado de sufrimiento doloroso. El enfermo puede temer del médico que éste al ayudarle en su lucha contra la enfermedad, no sólo le preste la ayuda imprescindible, sino que en su lucha contra la muerte no esté dispuesto a reconocer su derrota. Por ello no quiere ser expuesto con razón a medidas que sólo conducen a impedir una muerte natural.

También quiere saber si será suficientemente respetado su derecho a la autodeterminación y si su sufrimiento será en todo momento suficientemente atenuado (cfr. Bauer 1979, 515 y ss.). Estas inquietudes hicieron surgir por vez primera en USA, e inmediatamente después en Europa, sociedades en pro de la eutanasia y en favor de un llamado «testamento del paciente», es decir, de unas disposiciones preventivas escritas sobre el derecho al tratamiento médico en caso de una particular incapacidad de decisión, exhortando a los médicos a respetar estrictamente el derecho a la autodeterminación en relación con el tratamiento de los enfermos en trance de muerte y moribundos (cfr. Krauss 1976, 36).

En la República Federal de Alemania, concretamente con esa orientación, se constituyó al mismo tiempo la Sociedad Alemana para una Muerte Humana, fundada en 1980, y también la Unión Humanista.

---

tección jurídicopenales a este fundamental derecho. Ello no es sino una consecuencia más del movimiento ampliamente difundido en los últimos años a favor del respeto a la libertad de cada cual para elegir no sólo sobre su vida, sino también sobre su muerte. El Proyecto alternativo va, en parte, más lejos por cuanto reconoce la posibilidad de «ayuda a morir», interrumpiendo cualquier medida terapéutica, incluso en casos de ausencia de voluntad expresa (enfermos inconscientes, recién nacidos con graves malformaciones) del afectado; y, en parte, quedando por debajo de estas exigencias, al seguir, en principio, considerando como delito el homicidio realizado a petición y con consentimiento de quien no quiere vivir más. Entre estos dos extremos opta, además, por una liberación total de cualquier forma de favorecimiento, activo u omisivo, del suicidio ajeno, siempre que se trate, el suicidio, de una decisión libre y responsable de un adulto.

La regulación y sus fundamentos, que a veces pecan de prolijos y complejos, es junto con otros documentos que se publican como apéndice de este Proyecto y que por razones de espacio no se recogen aquí (Directrices de la Academia Suiza de las Ciencias, 1976; Directrices del Colegio de Médicos de Alemania Federal, 1979; Proyecto holandés 1985/86; Natural Death Act of California, 1976), uno de los intentos más serios de resolver uno de los problemas más difíciles y apasionantes de nuestro tiempo.



El *médico*, debido al progreso en el campo de la medicina intensiva aparece, mucho más que en otras épocas, como el dueño de la vida y la muerte: le es posible, independientemente del estado general del paciente, mantener casi indefinidamente las funciones del corazón, de la circulación y la respiración o, por el contrario, suspender en cualquier momento las medidas artificiales de conservación de la vida. Los sorprendentes resultados del tratamiento en algunos casos le hacen aún más difícil decidir cuándo debe interrumpir el tratamiento y cuándo no debe hacerlo (cfr. Menzel, 1977 pars. 54 y ss.). Apenas si son posibles declaraciones claras sobre un pronóstico como base para una decisión sobre la vida o la muerte y al faltar indicaciones jurídicas precisas para actuar el riesgo jurídico de una interrupción del tratamiento antes de tiempo resulta ser más alto que el de una «terapia» excesiva, sobre todo cuando reconocidos juristas mantienen la opinión de que la obligación de los médicos es mantener las funciones vitales del paciente tanto tiempo como sea posible (cfr. Bockelmann, 1968, pars. 112 y ss.).

Ante esta situación —que no sólo se da en la República Federal de Alemania—, las organizaciones médicas han presentado orientaciones y resoluciones en relación con las condiciones bajo las que debe ser omitida o interrumpida una medida artificial para conservar la vida (Academia Suiza de la Ciencia Médica, 1976; Consejo General de Colegios Médicos, 1979; Sociedad Alemana para Gerontología, 1979; una comparación de las orientaciones da Schreiber, 1980, pp. 83 y ss.). En todo caso, es dudoso si una acción médica apoyada en aquellas resoluciones sería en todo caso aceptable también desde una perspectiva jurídica. Lo decisivo sigue todavía sin aclararse: ¿Ha de respetarse siempre y bajo qué condiciones la voluntad del paciente? ¿Es siempre vinculante para el médico el contenido de una disposición del paciente? ¿El médico debe o tiene inevitablemente que suministrar un medicamento para tratar un padecimiento grave cuando lo requiere el bienestar del enfermo si con ello posiblemente está acelerando su muerte?

Aunque estas cuestiones han sido largamente discutidas, no se ha encontrado todavía en el *Derecho* una solución clara y satisfactoria para todos. El legislador ha guardado silencio durante largo tiempo. La dogmática ha desarrollado ciertamente modelos de solución considerando tanto la protección de la vida como la dignidad humana ante la muerte, ofreciendo una orientación jurídica para las actuaciones médicas en el término de la vida sin, por otra parte, reglamentar excesivamente. La fuerza atractiva de casos espectaculares, de una parte, y el recuerdo de la perversión del pensamiento eutanásico en la época del Nacionalsocialismo (vid. sobre ello, Klee, 1983), de otra, provoca que incluso en las discusiones públicas se fije más la atención en las etiquetas que en una consideración diferenciada de la problemática. La jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta ahora ha re-

suelto pocas dudas. Por el contrario, con ella se ha acentuado aún más la inseguridad e, incluso, ha incurrido en contradicciones insalvables con respecto a la participación en el suicidio (cfr. Jahnke, 1980, ante Par. 211 Rn.). Sus sentencias actuales, en base a la configuración específica de casos concretos (como el conocido proceso Wittig, BGHSE 32.367 y ss.), han soslayado la problemática del suicidio. Además, la jurisprudencia raras veces se ha ocupado de aquellos casos en los que podría plantearse, de forma adecuada, las cuestiones pendientes por medio de una interpretación del derecho vigente.

En esta situación, sólo una regulación legal puede procurar claridad necesaria. El legislador tiene ante sí las siguientes tareas por resolver:

- Reconocer obligatoriamente como principio fundamental el *derecho a la autodeterminación del paciente*, aún frente al médico, pero teniendo en cuenta alguna posible limitación a esta capacidad de decisión.
- Dejar claro que el médico pueda ofrecer a los pacientes siempre el *tratamiento óptimo* adecuado a su situación, *incluyendo la posibilidad de un sedante*, sin tener que recelar de entrar en conflicto con la ley, incluso si sus medidas concretas pueden provocar un acortamiento de la vida.
- Ofrecer claridad jurídica a todos los protagonistas. En lo que se refiere al *paciente*, éste podrá estar seguro de que no hay ninguna obligación jurídica de conservar su vida a cualquier precio, sin que, por otra parte, haya que temer que se le desahucie prematuramente; por lo que se refiere al *médico*, éste ha de tener la seguridad de que bajo determinados presupuestos está autorizado para omitir o interrumpir un tratamiento que prolonga la vida, o bien, aplicar medidas mitigadoras del dolor, incluso a costa de una probable aceleración de la muerte.
- Superar la falta de claridad que existe en la jurisprudencia con relación al suicidio.

Si se consigue esta clarificación jurídica, la misma redundará, de igual manera, en beneficio del médico, del paciente y de sus allegados. Las actuaciones médicas gozarán de protección jurídica siempre que, considerando la obligación de que el tratamiento sirva en primer lugar para garantizar el bienestar y la dignidad humana del paciente, respeten el derecho a la autodeterminación de éste y sometan a este fin los medios a su alcance.

2. El Proyecto de Ley presentado aquí aspira a lograr esas metas. Se presenta como una novedad en la historia de los Proyectos alternativos el intenso diálogo interdisciplinar con médicos de distintas especialidades. No se trata de limitar la protección de la vida.

«Ayuda a morir» significa para los autores de este proyecto, en primer lugar, *ayuda a la muerte*, en el sentido de ahorrar al paciente sufrimientos innecesarios, sin acortar su vida. *Ayuda a morir* aceptando el riesgo de una aceleración de la muerte puede tomarse en consideración si todos los medios de ayuda en la muerte fracasan (sobre esta decisión cfr., por ejemplo, Eser 1977, pp. 84 y ss.). Partiendo de esto, una aspiración esencial del Proyecto es servir al bienestar y la dignidad del paciente, para que se tenga en cuenta junto a la *conservación de la vida*, también la mitigación del dolor y la autodeterminación: el paciente debe experimentar la muerte como una parte de su propia realidad (Eser 1986, 55).

Esto supone tanto respetar su vida, como también su voluntad de morir. En este sentido, el Proyecto tiende a asegurar legalmente la libertad de decisión del paciente en la aceptación o continuación de una medida de tratamiento médico. Autodeterminación en este sentido, no significa, sin embargo, que el médico haya de someterse con una obediencia ciega a toda voluntad de morir. Su misión es, ante todo, capacitar al paciente por medio de un diálogo personal, con información y consejos, a tomar una decisión sensata mientras que ello sea posible (cfr. sobre esto, los fundamentos del párrafo 214, apartado 1, Nr. 1 del Proyecto).

No obstante, el Proyecto tampoco exige que, cuando la voluntad del paciente no pueda reconocerse, haya que mantener la vida «a cualquier precio». Si la muerte es parte de la vida, entonces, a la vista de la evolución de la moderna medicina intensiva en este ámbito, es una necesidad incondicional regular aquellos casos en los que el posible mantenimiento técnico de la vida puede ser contrario al interés del afectado en una muerte humana. Sin embargo, esto no puede exteriorizarse en una forma jurídica obligatoria. Cuando las declaraciones precisas sobre diagnosis y prognosis no son posibles, es válido aplicar el principio «in dubio pro vita» (ante la duda a favor de la conservación de la vida).

3. El reforzamiento de semejantes derechos del paciente favorece también al médico y además sirve para su protección: el derecho a morir resultará para él más accesible. El riesgo de una responsabilidad penal sólo disminuirá con una precisa regulación legal. El marco profesional del médico, dirigido al mantenimiento de la vida y ayuda al paciente, se refuerza. La concreción de las decisiones jurídicas fundamentales sobre protección de la vida origina una orientación general del comportamiento, si bien ya por razones prácticas, la acción médica, que por lo general se desenvuelve a puertas cerradas, sólo parcialmente en casos aislados es accesible el «control jurídico».

Unas determinaciones claras sobre el ámbito de lo prohibido y lo permitido protegerán a los médicos frente a las exigencias de los pacientes y sus allegados, cuando éstos les exijan una actuación en desacuerdo con la ética profesional. El médico puede remitirse a los

parágrafos que regulan la frontera de lo permitido sobre interrupción del tratamiento (par. 214 del Proyecto) o sobre medidas mitigadoras del dolor, con riesgo de acortar la vida (cfr. par. 214 a del Proyecto) y especialmente además a la prohibición de un homicidio solicitado (cfr. par. 216 del Proyecto). Y, a la inversa, no está expuesto a la exigencia de tener que confiar en el marco de la ayuda a morir en que no se llegue a probar penalmente una conducta en sí punible.

4. Desde distintos puntos de vista se ha objetado que la complejidad de las actuaciones médicas impiden una regulación legal general (cfr. Ehrhardt, 1965, 9; Hartmambund, 1973, citado por Deneke en Lüth, 1969; Eibach, 1974, 269 y ss.; Fritsche, 1979, 90 y ss.). El presente Proyecto se entiende como una prueba de lo contrario. Se basa en la diferenciación ya utilizada entre ayuda a morir «pasiva», «indirecta» y «activa», aunque por buenas razones se haya procurado evitar el empleo de estos conceptos en el texto (cfr. el fundamento al par. 214, apartado 1 del Proyecto).

El ámbito de lo conocido generalmente como «ayuda a morir pasiva» se regula por el par. 214 del Proyecto. En él se incluyen los presupuestos en los que se permiten la *interrupción y la omisión de medidas para conservar la vida*. De esta manera, desconectar los instrumentos técnicos de conservación de la vida se equipara a la renuncia de una medida de salvamento, sin que ello dependa de si la interrupción técnica del tratamiento se ve jurídicamente como una omisión a continuar manteniendo la vida (en este sentido, por ejemplo, Gailen, 1968, 151; Roxin, 1969, 395 y ss.; V. Dellingshausen, 1981, 461 y ss.) o se le considera ciertamente como un hacer, pero en vista del proceso terminal ya iniciado el fin de protección se considera proporcionalmente más reducido (así, por ejemplo, Sax, 1975, 144 y ss.; Jähnke, 1980, ante par. 211. Rn. 17). El par. 214 contiene criterios que bien están referidos a una voluntad presunta o expresa del afectado (par. 214, apartado 1, números 1 y 3), bien permiten renunciar a las medidas de conservación de la vida en determinadas situaciones (par. 214, apartado 1, números 2 y 4).

El par. 214 a regula la práctica de medidas que mitigan el dolor. En relación con los presupuestos permisivos en el ámbito de la «ayuda a morir indirecta» se trata de una combinación de consentimiento (expreso o presunto) con criterios relacionados con la situación, aquí presentados como «indicaciones». Con la expresión «medidas que mitigan el dolor» queda claro que se trata sobre todo de ayudar a los pacientes frente a dolores o situaciones de padecimientos insoportables, y no de producir la muerte.

La *ayuda a morir activa* se sigue considerando por este Proyecto como antijurídica. Tras una polémica a fondo los autores del Proyecto por mayoría absoluta se han declarado a favor de seguir mante-

niendo en principio el homicidio solicitado. Para el caso —muy excepcional en la práctica gracias a las posibilidades médicas en el campo de la «ayuda a morir indirecta»— de homicidio conmisericordioso solicitado expresa y seriamente debe preverse, sin embargo, la posibilidad de una dispensa facultativa de la pena (en el mismo sentido, por ejemplo, Simson, 1976, 334; cfr. también Engisch, 1979, 536). Las soluciones propuestas aquí para la interrupción del tratamiento y la ayuda a morir indirecta excluyen por innecesarios otros cambios en el par. 216 del vigente Código penal, como fueron exigidos en diferentes ocasiones en relación a situaciones de ayuda a morir.

5. En relación con las propuestas para la regulación legal de la ayuda a morir ha de plantearse el tratamiento jurídico de la *cooperación en el suicidio*. El Código penal no declara expresamente punible la cooperación en el suicidio de otro. Sin embargo, la jurisprudencia ha intentado castigar lo más ampliamente posible el no impedir un suicidio estableciendo de un modo general la obligación de salvamento del garante ante una tentativa de suicidio, o tratándolo como un caso de accidente en el sentido del párrafo 323 c) St6B (Cfr. Gropp, 1985, 97 y ss.), llegando así a resultados insatisfactorios y contradicciones, aunque ocasionalmente se haya esforzado en respetar el suicidio responsable y libre (Cfr. Jähnke, 1980, ante par. 211 Rn., pars. 24 y ss.; Eser, 1985, ante par. 211 Rn., pars. 42 y ss., exigiendo del legislador un texto preciso).

Los autores del Proyecto están todos de acuerdo en que nadie debe ser obligado mediante la amenaza de una pena a mantener con vida a cualquier precio y violentamente a quien ha resuelto morir tras una decisión libre y reflexiva. Pero también mantienen la opinión de que aquel cuya resolución suicida no descansa sobre una formación de la voluntad viciada, humana y médicamente debe esperar «una ayuda para vivir», para poder superar la situación crítica que le llevó a su acción suicida; y lo mismo piensan respecto a quien en absoluto tiene la intención de quitarse la vida y únicamente se propone llamar la atención sobre su problema mediante una acción-reclamo (cfr. Stengel, 1969, 65 y ss.).

La propuesta presentada aquí (par. 215) del Proyecto alternativo se basa en el par. 103 (Delitos contra las personas 1). Establece, por una parte, la impunidad de no-impedir un suicidio libremente responsable (igual sucede con la participación activa) y, por otra parte, menciona en una relación no exhaustiva criterios especialmente importantes —como ser joven o tener defectos para formar una voluntad libre por circunstancias que podrían conducir, en caso de comisión de un delito, a una exclusión o atenuación de la culpabilidad— que excluyen la presunción de una voluntad libre. En caso de duda ha prevalecido la conservación de la vida.

6. A diferencia de otras regulaciones y propuestas (cfr., por ejemplo, la Natural Death Act californiana de 1976), el Proyecto renuncia

a exigir concretas y específicas garantías procedimentales, especialmente en lo referente a la consulta obligatoria de otros médicos, a la hora de decidir la interrupción del tratamiento o la aplicación de medidas mitigadoras del dolor. Tales cautelas son innecesarias. No estarías justificadas en el caso más normal de muerte fuera de un hospital. Sus inconvenientes son mayores que sus ventajas, ya que transforman la responsabilidad personal en reglas de procedimiento. Sólo son adecuadas allí donde el médico se encuentra en un conflicto de intereses, como, por ejemplo, en el supuesto de dejar morir a un potencial donante de órgano. Tales supuestos, sin embargo, habrían de regularse en el marco de una ley de trasplantes (cfr. Rüping, 1982, 82; Wolfsblast, 1984, 11), no dentro de los preceptos penales sobre la ayuda a morir.

7. Por razones similares, el Proyecto renuncia a una regulación detallada de las *disposiciones del paciente*, así como de la relevancia de las manifestaciones de los allegados. El Proyecto deja sin dar —en relación con el conocimiento fundamental de su relevancia como instrumento para la indagación de la voluntad (presunta) del interesado— una solución a cuestiones puntuales de la praxis (cfr. sobre ello los fundamentos al par. 214 a, anotación 6). Así, por ejemplo, no es necesaria una manifestación legal para entender que —prescindiendo de los casos de transferencia legal de los derechos asistenciales de la persona— una consulta de los allegados sólo puede obtener significación en vista de una indagación de la voluntad presunta del paciente, y no en el sentido de un particular derecho de decisión de ese círculo de personas (para más detalles, Eser, 1977, 116 y ss.).

Lo mismo rige para el postulado de comprobar exactamente si en las disposiciones del paciente queda abarcada, de forma general, su situación conforme a su estado de salud y pronóstico.

8. Los autores se han ocupado también a fondo del delicado problema ya mencionado de la *eutanasia prematura del recién nacido con graves lesiones*; el Proyecto, en efecto, no puede dar respuestas ni completas ni definitivas a todas las cuestiones relacionadas con este tema. Regula esta problemática sólo en tanto que se trata de supuestos relacionados, en conjunto, con la ayuda a morir (para una visión general del problema, cfr., por ejemplo, Keser, 1977, 141 y ss.; Arthur Kaufmann, 1982, 481 y ss.; Schmitt 1983, 329 y ss.; Hanack, 1985, 33 y ss.). El Proyecto no establece taxativamente hasta qué punto, en casos de dejar morir un recién nacido con graves lesiones —bien por razones eugenésicas o por consideraciones de exigibilidad—, puede venir en consideración una atenuación o exclusión de la pena. La solución contraria a ésta, aplicando el delito de homicidio en todos los supuestos no abarcados aquí, sería inadmisibles. Esta reserva subraya que el Proyecto rehusa categóricamente en el ámbito de la ayuda a morir cualquier forma de etiquetación de la vida humana como «vida indigna». Con ello quedan soslayadas

todas las consideraciones que planteen el valor de una vida particular. Este principio aparece igualmente claro, si se tiene en cuenta que el Proyecto no cuestiona el valor de la vida (en el futuro), sino que precisa situaciones determinadas, aunque también tiene en cuenta en ello referencias inevitables a la finalidad de los esfuerzos médicos (ulteriores). En cuanto la autorización para prescindir de un tratamiento médico (ulterior) se base en un criterio situativo; se intenta evitar que se den dudosas ficciones de consentimiento. Por ello, considera el Proyecto que en casos extremos puede presumirse el interés del paciente por interrumpir el tratamiento o, en su caso, por mitigar el dolor, aunque, por lo general, el paciente no pueda hacer una declaración actual, ni haya previsto por medio de la disposición correspondiente esta incapacidad para manifestarse.

9. No es necesaria una definición legal de la muerte en el marco de este Proyecto. Las regulaciones propuestas en él se refieren sólo a la acción realizada ante la *proximidad de una muerte cerebral*, que hoy, como regla general, se emplea como punto de referencia decisivo sobre el momento de la muerte (cfr. también Consejo General de Colegios Médicos, 1982, 35), y como límite temporal para la aplicación del delito de homicidios (cfr. Schreiber 1983, 593; Eser, 1985, ante par. 211, Rn. 16 y ss).

10. De acuerdo con la meta general del grupo de trabajo del Proyecto Alternativo, éste no debe incluir nuevas criminalizaciones, sino que debe tender hacia la despenalización. Esto supone señalar nuevas fronteras de los deberes protegidos penalmente.

Sólo merece la pena discutir si debe ser castigado el médico o un tercero que rehuse acceder al deseo de morir de un paciente. De acuerdo con el derecho vigente, no sería posible castigarlo como omisión del deber de socorro (par. 323 c/ St6B). Una regulación legal concreta de estos supuestos no es, sin embargo, necesaria (rechazándolo también Kreuzer, 1971, 242; v. Dellingshausen, 1981, 233 y ss.). Cuando al paciente se le produce un daño innecesario por un exceso en el tratamiento médico o una ayuda deficiente, se castigará entonces según el derecho vigente por el correspondiente delito de lesiones.

11. En resumen; las grandes líneas que han inspirado el presente Proyecto pueden formularse en los siguientes términos:

- La vida debe ser protegida, pero nadie puede ser obligado a vivir; el bienestar del paciente, su derecho a la autodeterminación y su dignidad humana, también deben ser protegidos en el momento de la muerte.
- Los fundamentos de la regulación legal son la voluntad y la situación del paciente.
- La ayuda *en* la muerte es prevalente frente a la ayuda a morir.

- El Derecho debe ser el marco donde se desarrollen los criterios médicos: concediendo al médico un mayor margen de actuación y vinculándolo, al mismo tiempo, a criterios de decisión objetivables.
- La vida es un bien merecedor de protección; debe, por tanto, renunciarse a cualquier diferenciación en base a su «valor»: *In dubio pro vita*.
- El suicidio libre y responsable debe ser respetado y, en consecuencia, debe limitarse la obligación de salvamento.
- El homicidio consentido o a petición es, en principio, punible.

12. El presente Proyecto, complementa, en parte, las propuestas de nueva regulación de los delitos contra la vida desarrolladas en el Proyecto Alternativo-Parte Especial (Delitos contra las personas, 1, Halbband, especialmente pars. 100 y ss.). Está de tal forma concebido que puede ser incorporado en la Sección 16 del vigente Código penal, *sin una reforma general del delito de homicidio*. Ciertamente, en esta materia no resulta indispensable una revisión total; no tiene ahora una actualidad político-jurídica tan destacada como la problemática de la ayuda a morir. Por lo demás, hay que recordar que el grupo de trabajo del Proyecto Alternativo ha considerado que su misión sea presentar una formulación técnico-jurídica perfecta desde todos los puntos de vista. Si las ideas en que se apoyan son en principio correctas, los problemas puntuales pueden ser resueltos posteriormente.

13. La regulación aquí propuesta necesita en diversos sentidos una complementación más concreta, a través de líneas de orientación y recomendaciones del gremio médico. En la fundamentación de los artículos se encontrarán indicaciones más puntuales; sin embargo, el Proyecto considera preferible dejar en manos de los órganos médicos competentes una configuración más específica y autónoma.

14. Poco antes de concluir la redacción de este Proyecto, fue conocida la presentación por el gobierno holandés de un *Proyecto-prueba de ley para complementar el Código penal con algunas indicaciones sobre ayuda a morir* (Kammerstukken, 1985-1986, 19359, número 2, de 10-1-1986). Dicho proyecto ha de entenderse como una respuesta al Proyecto de Ley Wessel Tuinstra realizado en 1984, que prevee la legalización de la ayuda a morir «activa» (en relación con esto, Scholten, 1984, 877 y ss.). En oposición al Proyecto Wessel-Tuinstra, contiene el Proyecto del Gobierno también disposiciones específicas en relación con la ayuda a morir «indirecta» y «pasiva». La regulación establecida allí para esta problemática corresponde, respecto a los límites autorizados, ampliamente a las propuestas sometidas aquí a consideración.



## B) TEXTO DEL PROYECTO ALTERNATIVO CON SUS FUNDAMENTOS

Parágrafo 214. *Interrupción u omisión de medidas para conservar la vida.*

- (1) «Quien interrumpe u omite medidas para conservar la vida no actúa antijurídicamente cuando:
  1. El afectado lo solicita expresamente.
  2. El afectado, según el informe médico, ha perdido de manera irreversible la conciencia o nunca la poseerá en caso de recién nacidos.
  3. El afectado, según el informe médico, muestra una incapacidad permanente de manifestarse sobre la aceptación o continuación del tratamiento y, a falta de un punto de referencia más seguro, ha de suponerse que, a la vista de la duración de la evolución de su inútil estado de padecimiento y, en concreto, ante la inminencia de su muerte, habría renunciado a ese tratamiento.
  4. Según el informe médico, ante una muerte inminente, no es indicado, por más tiempo, aplicar o mantener medidas para conservar la vida, a la vista del estado de padecimiento del interesado y de la inutilidad del tratamiento.
- (2) El apartado 1 será también aplicable a los supuestos en que la situación del afectado se deba a un intento de suicidio.»

### Fundamentos al parágrafo 214

1. El precepto sobre la interrupción u omisión de medidas para conservar la vida trata un ámbito que es discutido normalmente bajo la expresión «ayuda pasiva a la muerte». El concepto resulta, de todas formas, discutible y equívoco; desde el punto de vista médico es, en parte, rechazado, y, jurídicamente, está afectado por la problemática de la omisión. Es difícil comprender que la ayuda también pueda ser suministrada por medio de un no-hacer. Por ello, la expresión «ayuda pasiva a la muerte» no debe aparecer ni en el texto legal, ni en el epígrafe general. El Proyecto abarca tanto la *no-iniciación*, como —porque tiene idéntica valoración normativa— *la interrupción del tratamiento médico para conservar la vida*, incluyendo *la desconexión de los aparatos de medicina intensiva* por medio de los cuales se mantienen las funciones vitales. Bajo los mismos presupuestos en que es autorizada la interrupción de un tratamiento medicamentoso-terapéutico, se autoriza también la interrupción de un tratamiento técnico (en resumen y, de la misma opinión, Jahnke, 1980, ante par. 211,

Rn. 17; v. Dellingshausen 1981, 461 y ss.; Eser, 1985, ante par. 211, Rn. 32, respectivamente, con otras indicaciones).

2. El Proyecto parte de la concepción general de que la actividad médica, como tarea terapéutica, se legitima en y hasta los límites de la voluntad del paciente. En tanto el paciente esté capacitado para una decisión propia, ésta ha de tenerse en cuenta. Esa preeminencia del *derecho a la autodeterminación* se recoge sucesivamente en los apartados 1-4. El médico ha de agotar, en principio, todas las posibilidades para conseguir que el paciente consienta en el tratamiento. En todo caso, la voluntad actual exteriorizada debe ser preferible a cualquier «disposición del paciente» emitida anteriormente (de esta opinión del Colegio de Médicos, 1979, 960; cfr. también Brandel, 1985, 90 y ss.; cfr. también infra apartado 6). Si, aun tras un examen detenido, existen dudas respecto a la voluntad del paciente, éstas habrán de resolverse de acuerdo con el principio «in dubio pro vita».

El apartado 1, número 1, deja claro que no existe ninguna autorización legal, ni ninguna obligación del médico de imponer un tratamiento al paciente y que tampoco el parágrafo 216 del Código penal vigente puede interpretarse en tal sentido. El enfermo, de acuerdo con el derecho vigente, tiene en sus manos la posibilidad de negarse a un tratamiento para conservar la vida (Geilen, 1975, 11 y ss.; Eser 1977, 107; Jahnke, 1980, ante par. 211, Rn. 13, respectivamente con otras indicaciones, Schreiber, 1985, 300). El médico puede estar obligado a intentar convencer a los pacientes sin voluntad de tratamiento, pero capaces de decidir, de las ventajas de una terapia (Koch 1984, 715). Pero una especie de superior «razonamiento» del médico sobre el paciente, ni está prescrito ni legitimado estatalmente, ni es aceptable en una sociedad libre. Y, a la inversa, el médico que lleva a cabo el tratamiento tiene que acceder, a la petición del paciente de someterle a medidas para conservar su vida, siempre que dicha actividad pueda ser todavía entendida como «tratamiento curativo». Sin embargo, en el marco de la asistencia médica pública esa obligación puede ser limitada por el parágrafo 368 c RVO (*imperativos económicos de la Seguridad Social*).

3. El apartado 1, número 1, abarca tres *grupos de casos*: *renuncia general* de un paciente a ser tratado; *negar el consentimiento a una nueva fase del tratamiento*, en el marco de unas relaciones de tratamiento —en el sentido de una nueva forma de terapia para el tratamiento de la «dolencia principal» o de una intervención contra una enfermedad sobrevenida—; *solicitud de concluir una medida terapéutica ya iniciada*, ejecutable a largo plazo (cfr. Noll. 1984).

El Proyecto con la expresión «expresa y seriamente» hace suyas las características ya mencionadas en el par. 216 del Código penal vigente. La interpretación que se ha desarrollado allí (cfr. Eser, 1985, párrafo 216, Rn. 4 y ss.; Horn 185, párrafo 216, Rn. 7 y ss.;

Jahnke 1980, párrafos 6 y ss.) resulta adecuada en relación con el párrafo 216, apartado 1, número 1, del Proyecto. Mientras que, por regla general, la seriedad será aceptada cuando el deseo del paciente se encuentra fundado en motivos religiosos o razones de conciencia, habrá, sin embargo, de ser examinada más críticamente, cuanto menos comprensible resulte la decisión desde el punto de vista de un observador objetivo, que conoce las circunstancias del caso. Así, a modo de ejemplo, el rechazo de una quimioterapia, que conlleva una serie de consecuencias accesorias graves; de una operación que ciertamente alarga la vida, pero no produce una reducción del dolor (cfr. Moor, 1973) o de un tratamiento de diálisis, hablan más a favor de la seriedad de la petición, que el rechazo de un paciente de asma a una respiración artificial periódica en una unidad de cuidados intensivos. Demasiado estricto sería que, por «solicitud» en el sentido del párrafo 214, apartado 1, número 1, del Proyecto, haya que entender que la iniciativa deba partir del paciente. Es suficiente, por el contrario, que el interesado apruebe expresamente una propuesta del médico. Aquí rige lo mismo que para el párrafo 216 del vigente Código penal donde se admite que el estar de acuerdo en dejar morir no es abarcado por el tipo (Eser, 1985, párrafo 216, Rn. 10; Jahnke, 1980, ante párrafo 211, Rn. 13, respectivamente con más indicaciones).

4. Son numerosas las situaciones en las que una interrupción u omisión del tratamiento médico provoca discusiones, sobre todo, cuando el paciente *no está en situación de expresar de forma comprensible su voluntad*. Una regulación correcta tiene también y especialmente que considerar estos supuestos. El párrafo 214, apartado 1, números 2-4, del Proyecto trata, por eso, aquellos casos en los que una exteriorización de la voluntad del paciente con relevancia jurídica, no es posible o ya no lo es más.

El Parágrafo 214, apartado 1, número 2, permite, en primer lugar, la interrupción o la omisión de las medidas para conservar la vida en caso de *pérdida irreversible de la conciencia* del interesado (para una concreción respecto de los recién nacidos con graves lesiones, cfr. infra, apartado 9). Para esto no basta ya con aquel estado en el que la capacidad de acción penal (vid. Lencker, 1984, ante Parágrafo 13, Rn. 42) o la capacidad jurídico-civil de emitir una manifestación de voluntad está excluida (cfr. 105, apartado Código civil). Mucho más decisivo es la pérdida completa y definitiva de la capacidad de percepción y visión, por ejemplo, como consecuencia del síndrome apático, en el que la presunta voluntad del paciente puede ser deducida directamente de su situación objetiva. Aunque no exista una manifestación de voluntad del paciente susceptible de interpretación el médico puede dar por terminado el tratamiento en este caso, sin miedo a una pena. Incluso en el caso de una voluntad presunta de tratamiento ya no podrá considerarse por más tiempo obligado penal-

mente a continuar un tratamiento sin sentido, desde el punto de vista de la protección de la vida.

Sobre todo, por parte de los médicos, se ha objetado que la irreversibilidad de la pérdida de conciencia apenas si puede ser pronosticada con absoluta seguridad (cfr., por ejemplo, Schara, 1975, 1430). El grupo de trabajo fue ilustrado por sus miembros médicos con casos impresionantes que prueban las dificultades de hacer predicciones ciertas sobre el desarrollo de la enfermedad y el resultado del tratamiento. A modo de ejemplo, la evolución de pacientes de la misma edad que han sufrido un ataque de apoplejía o que han resultado gravemente heridos a consecuencia de un accidente, puede seguir direcciones completamente distintas y, en un caso, conducir a la muerte y, en el otro, a la curación (sobre el problema de la prognosis, cfr. también las descripciones de casos en Menzel, 1977, 59 y ss.). Por tanto, el médico deberá, en primer lugar, esforzarse en la salvación del paciente, incluso en los casos en que resulte casi imposible. No obstante, por regla general, estará en condiciones, tras un determinado período de observación y tratamiento, de dar una prognosis más ajustada, sin que pueda serle jurídicamente impuesta una duración de tratamiento determinada con un mínimo indispensable. Por el contrario, también podría proponer contra el criterio de una pérdida de conciencia irreversible, que prácticamente nunca se puede constatar *ex post* —sobre todo cuando el interesado ha fallecido a consecuencia de la interrupción del tratamiento—, si había sido realmente definitiva la pérdida de conciencia.

Para realizar este juicio, médicos y juristas aplican *distintos criterios*. Lo «definitivo absoluto» en un sentido médico, que no se dejará constatar nunca en la práctica, contrasta con la exigencia jurídica de una alta probabilidad (rozando la seguridad). Con la incorporación del criterio «de acuerdo con el informe médico», el proyecto no desea atar al médico a una prognosis absolutamente segura, sino reconocerle un marco de conocimientos limitados, con el mayor grado de probabilidad dentro del estado de la ciencia médica. Esto concierne no sólo al juicio escrupuloso sobre la base del estado actual de conocimientos médicos, sino también ya al método de obtener el conocimiento a través de la utilización de un medio de diagnóstico adecuado al caso y de fácil acceso dentro de lo exigible. Un médico no suficientemente experto está obligado a una colaboración con colegas más cualificados. También, a menudo, en numerosos casos particulares, se recomienda, ante una decisión de renuncia a un tratamiento, pedir consejo colegial. No resulta, sin embargo, justo exigir la colaboración de otros médicos para apoyar el diagnóstico en cada supuesto (en este sentido, Schmitt, 1985, 369 y ss.). Con ello se haría un mal servicio al deseo de posibilitar al paciente una muerte humanamente digna, en numerosos casos en los cuales éste estuviera muriendo fuera del hospital. Tras una discusión a fondo se prescindió de

delimitar más exactamente las exigencias fijadas por los conocimientos médicos con el criterio de un examen y una constatación concienzuda. La formulación proyectada es objetivamente de idéntica significación y evita nuevos problemas de interpretación, teniéndose también en cuenta la formulación correspondiente en el párrafo 216 a) del Código penal vigente.

La solución es, por una parte, lo suficientemente estricta como para prevenir decisiones descuidadas de omisión de medidas para conservar la vida y, por otra parte, suficientemente flexible como para no forzar al médico a una «medicina defensiva» que le obligue a preocuparse sólo de las consecuencias jurídicas de una medida de tratamiento absurda. La obligación del médico de documentar con esmero los pronósticos objetivos en los que se basan las decisiones impedirá los abusos (cfr. párrafo 11 del modelo de normas profesionales para los médicos alemanes, así como Deutsch, 1983, 129 y ss.). La regulación básica de la función médica permite esperar que la diagnosis de pérdida de conciencia irreversible se lleve a cabo con más cuidado que ligereza.

5. En los supuestos previstos en la primera alternativa del párrafo 214, apartado 1, número 2 del Proyecto, por regla general, se puede partir de que la omisión (continuada) de medidas para conservar la vida corresponde a *la voluntad presumible del interesado*. Sería, sin embargo, un ámbito demasiado reducido tener en cuenta para la voluntad presunta del paciente, sólo los casos allí mencionados de pérdida de conciencia irreversible. La finalidad del Proyecto es más bien la de hacer valer el derecho a la autodeterminación del paciente también al terminar su vida; lo que impone la licitud de la interrupción u omisión de las medidas para conservar la vida también en otros supuestos. El *párrafo 214, apartado 1, número 3, del Proyecto*, da, por tanto, una considerable importancia a la voluntad presunta del paciente. El supuesto está pensado especialmente para los afectados que se encuentran en un estado de semi-conciencia continuado o, ciertamente, con claridad de conciencia, pero incapaz de manifestarla exteriormente. No se admite, en cambio, la suspensión, por voluntad presumible del paciente, cuando —si se retrasa por un tiempo— puede contarse con una exteriorización de la voluntad expresa. A la voluntad presunta no debe recurrirse cuando puede obtenerse a tiempo una manifestación actual del paciente (Lenckner 1983, ante par. 32, Rn. 54). El párrafo 214, apartado 1, número 3, requiere, por eso, la presumible incapacidad de manifestación permanente del interesado de acuerdo con los informes médicos, no siendo suficiente con una pérdida de conciencia en el sentido del número 2.

Para la decisiva cuestión de bajo qué circunstancias la voluntad presunta del interesado puede interpretarse como una renuncia (continuada) al tratamiento médico, el Proyecto parte de su situación. La referencia a un *estado de sufrimiento* contiene a la vez un momento

objetivo y otro subjetivo, aunque lo que importa es, sobre todo, el «sufrimiento» del enfermo. Ya que se trata sólo de una condición necesaria, pero no suficiente para interrumpir el tratamiento, sería muy estricto suspenderlo sólo cuando la muerte sea inminente. Por otra parte, habrá de dejar claro que tiene que tratarse de un estado de sufrimiento especialmente grave e inútil. Sólo cuando un paciente incapaz de expresarse se encuentra en un estado de sufrimiento de la forma mencionada y grave, resulta suficientemente posible una presunción segura sobre su renuncia a que se le continúe tratando.

Respecto del dictamen en el caso concreto, el médico deberá tener en cuenta que los pacientes no raras veces soportan estoicamente una enfermedad grave. Sólo cuando apenas haya datos que permitan presumir la voluntad de interrupción de un tratamiento, deberá tenerse en cuenta la «ayuda pasiva a morir» bajo los presupuestos mencionados en el párrafo 214, apartado 1, números 2 y 4, del Proyecto.

6. Los criterios conforme a los que el médico, en los casos concretos, puede deducir la voluntad del paciente, se rigen por las reglas generales. Esto vale especialmente para cuando el paciente, antes de la concreta incapacidad de decisión, haya redactado una especie de testamento, una «*disposición del paciente*», tal como se ha extendido ampliamente en los últimos tiempos siguiendo el ejemplo de Inglaterra y USA (Cfr., por ejemplo, Uhlenbruck/Rollin, 1983, 181; Atrott, 1984, 976 y ss; Unión humanista, 1985, citado por Klug/Waterstradt, 1985, 142 y ss.; DGHS, 1985), donde, por lo visto, también se practica (v. Dillinghausen 1981, 369). En tales «disposiciones» el paciente indica —por lo general antes de caer en la enfermedad y para largo tiempo— las medidas médicas que ante un determinado diagnóstico deben ser practicadas o (más frecuentemente) omitidas, o nombra una persona de su confianza que deba tomar en su lugar una decisión sobre la orientación o interrupción del tratamiento. El Proyecto ve en tales disposiciones un indicio esencial para poder deducir la voluntad del paciente, ni más ni menos. Se excluye un acatamiento absoluto, porque en numerosas ocasiones su contenido está redactado de una forma demasiado imprecisa (cfr., por ejemplo, el modelo de Uhlenbruck/Rollin, 1983, 132) o por el tiempo transcurrido desde su redacción existen dudas sobre si la manifestación presentada por escrito puede considerarse todavía válida (cfr. Eser, 1977, 114; Von Lutterotti, 1985, 128; Schreiber, 1985, 300). Pero aunque no siempre haya que negar que las decisiones existenciales, desde una posición de salud, se puedan anticipar (Eser, 1977, 113; Mollering, 1977, 53; Wassermann, 1984, 403); hay que tener ciertas reservas cuando falta una aclaración médica suficiente sobre las situaciones objeto de la disposición (Würmeling 1984, 979). Por otro lado, ciertamente *en casos concretos*, tales consideraciones pueden hablar en contra del acatamiento de la disposición del paciente; pero de ellas no se puede ni tan siquiera deducir un veredicto *general*: no pocas veces tales dis-

posiciones son redactadas con conocimiento de una dolencia grave ya existente y su contenido se refiere a unas determinadas formas de tratamiento médico (por ejemplo, exclusión de un trasplante de órgano, de una termodiálisis o de una reanimación) o se nombra un «representante de la voluntad», con la intención de colocar en manos de una persona de confianza con vínculos personales las decisiones existenciales más fundamentales, antes que en las manos de un médico extraño (sobre los argumentos en relación con el acatamiento de las disposiciones del paciente, cfr., por todos, por ejemplo, Uhlenbruck, 1978, 568 y ss.; Detering, 1983, 421; Sternberg-Lieben, 1985, 2735 y ss.). Manifestaciones de este tipo no suelen hacerse a la ligera, sino tras una previa información profunda y una reflexión detenida (Wassermann, 1984, 404). Las disposiciones del paciente pueden dar, por eso, en cada caso particular, un punto de referencia esencial sobre la voluntad presumible del paciente (en el mismo sentido, por ejemplo. Uhlenbruck 1983, 16; Eser, 1985, ante par. 211, Rn. 28; cfr. también la Academia Suiza de la Ciencia Médica, 1976, 5 y ss.; Consejo General de Colegios Médicos, 1979, 960; además Sternberg-Lieben 1985, 2738). Cuando al médico que lleva el tratamiento se le presenta una manifestación semejante, ello habla en favor de su actual cumplimiento (lo que puede ser discutible). Si dicha manifestación va referida al estado sobrevenido del paciente y está comprendida dentro del par 214, apartado 1, número 3, del Proyecto, el médico queda vinculado por ello, a no ser que existan pruebas de que hubo vicios de la voluntad o de que el paciente ya no la considera vigente. Debería recomendarse regular con más detalle líneas de orientación profesional sobre las medidas que deben tomarse para la información sobre las disposiciones de pacientes (preguntas a los allegados, inspección de los papeles que lleve encima el paciente), y formular criterios interpretativos generales.

7. Finalmente, permite el Proyecto la interrupción y omisión de las medidas para conserva la vida cuando, por la muerte inminente y ante el estado de sufrimiento del interesado y *la inutilidad de un tratamiento de curación*, el empleo o mantenimiento de medidas para conservar la vida ya no es indicado (*par. 215, apartado 1, número 4*). Se trata aquí de casos en los que no puede partirse de forma incondicional y siempre de una falta de conciencia definitiva del interesado y, por esta razón, no puede aplicarse el número 2. Piénsese, por ejemplo, en la petición formulada por un enfermo terminal o por sus parientes ante una falta de perspectivas de resultados, tras la realización de una operación «in extremis» o de un trasplante de órgano. O, piénsese, también, en su caso, en el dejar morir a un recién nacido con una grave dolencia fuera de los supuestos abarcados por el par. 214, apartado 1, número 2.2 del Proyecto (cfr. infra apartado 9). En estos casos estrictamente limitados (frecuentemente

el interés del afectado en mitigar el dolor dará motivo para comprobar la admisibilidad e incluso obligatoriedad de las medidas atenuadoras del dolor en el sentido del par. 214 del Proyecto), el médico quedará exento de pena, independientemente de la voluntad expresa o presunta del interesado, si suspende sus esfuerzos por mantener la vida. La autorización para interrumpir el tratamiento surge aquí de la imposibilidad (entendida normativamente), o, en su caso, de la inconveniencia de una ejecución (continuada) de una actividad terapéutica. Con ello, no se niega que aquí se toca un terreno en el que las consideraciones económicas amenazan con influir en las decisiones de la medicina intensiva. Quizás el continuo desarrollo de la medicina no excluya considerar, más que hasta ahora, los aspectos económicos de las decisiones terapéuticas. Una regulación jurídico-penal de la ayuda a morir, no debe favorecer, sin embargo, tendencias en esa dirección. El Proyecto evita, a la hora de describir la autorización de una ayuda a morir, recurrir a formulaciones que hagan depender la decisión de aspectos económicos.

8. El que el Proyecto autorice la interrupción o la omisión de medidas de conservación de la vida, o, en su caso, la utilización de medidas que atenúan el sufrimiento, cuya realización acorta la vida (cfr. par. 214 a), no significa lógicamente que deba ser desatendida la *asistencia básica del paciente*. Por el contrario, el paciente moribundo sin perspectiva, puede esperar precisamente que se le facilite su destino a través de las correspondientes medidas médicas y de cuidado. El Derecho profesional médico así lo corrobora (Consejo General de los Colegios Médicos, 1979, 958). Cuál ha de ser, en el caso concreto, el contenido de la asistencia básica, es una cuestión de «lex artis» médica y asistencial. En primer lugar, se trata de mantener la respiración y la asistencia corporal, pero también, en tanto en cuanto la voluntad del paciente no lo rechace, el suministro de líquidos, minerales, vitaminas y alimentos, es decir, de aquellas medidas que son requeridas para preservar la vida, independientemente de la enfermedad. Además tienen que ser tratados los síntomas de la enfermedad que causan padecimientos, incluso también cuando no sea recomendable ninguna otra medida artificial para prolongar la vida (von Lutterotti, 1985, 140 y ss.). Si los pacientes son privados de tales medidas, ello puede ser castigado como malos tratos corporales, incluso como homicidio, si se causa un acortamiento de la vida.

9. Se necesitaba, en el marco del par. 214, apartado 1, número 2, de este Proyecto, una regulación particular, para saber bajo qué presupuestos está permitido *dejar morir a un recién nacido con graves lesiones e inconsciente permanentemente*, ya que no puede hablarse de pérdida de conciencia, debido a que el interesado nunca llegará a tener conciencia. La cuestión no es, sin embargo, fijar una diferencia entre pérdida de conciencia irreparable y carencia de conciencia



permanente desde el nacimiento. Además, también viene en consideración el supuesto de dejar morir a un recién nacido con graves lesiones bajo los presupuestos del número 4, no jugando en su admisibilidad ningún papel la voluntad del encargado de su cuidado. No tiene, por tanto, mucha importancia, en este ámbito, si el derecho de asistencia de los padres permitiría una decisión sustitutiva; aunque por supuesto, el médico deberá contar con los padres en la búsqueda de una decisión y tratar de llegar a un acuerdo con ellos.

También en los supuestos de dejar morir a un recién nacido con graves lesiones, el médico y el personal asistencial permanecen obligados en cada caso a una «asistencia base» conforme a las reglas pediátricas.

En los casos de recién nacidos, éstas consisten especialmente en aspiración, asistencia con oxígeno y calor, y, por regla general, también en alimentación.

Por lo demás, este Proyecto no quiere cambiar nada de la situación jurídica actual, según la cual el médico normalmente está obligado a tomar medidas con las que pueda ser capacitado para vivir un niño recién nacido con deficiencias graves (detalladamente en relación con esto, Kaufmann 1982, 484 y ss.; Hanack 1985, 36 y ss.).

10. El Proyecto prescinde de castigar con pena específica el que se realice o continúe un tratamiento médico, en contra de lo previsto en el par. 214, apartado 1, incluso cuando existe una solicitud expresa y seria (número 1). El derecho del médico a dejar a un paciente, puede incluso en algún caso concreto convertirse en un deber (Geilen 1975, 11; Engisch 1976, 316). No en último lugar se expresa esto en el Proyecto, al calificar la ayuda a morir permitida como «no antijurídica». Sin embargo, una punición específica de la infracción de este deber, obligaría al médico a elegir entre el castigo por homicidio doloso, por una parte, o por unas lesiones o un tratamiento prohibido, por otra (cfr. par. 123 del Proyecto Alternativo, delitos contra las personas, 1; Halbband). También de «lege lata», puede castigarse por lesiones al médico que practica medidas arbitrarias para prolongar la vida o el padecimiento. De la misma manera cabría imponerle consecuencias jurídicociviles (por ejemplo, pérdida del derecho a los honorarios, o una indemnización por lesión de los derechos de la personalidad). De todos modos, las directrices generales de actuación profesional le dicen ya al médico que en marco de la ayuda a morir ha de respetar la voluntad del paciente (cfr. Consejo General de los Colegios Médicos, 1979, 957).

11. A la vista de las sentencias recientes del Tribunal Supremo Federal en casos de suicidio (cfr. infra los fundamentos al par. 215 de este Proyecto), ha quedado claro que las regulaciones sobre ayuda a morir pasiva se refieren también a aquellos casos en los cuales la situación del paciente procede de un intento de suicidio (cfr. 214, apartado 2). Una restricción expresa al intento de suicidio plenamente

responsable, no es requerida ni materialmente necesaria: si lo que importa es la situación del paciente (apartado 1, números 2 y 4) carece de trascendencia la manera en que se ha producido. Si el rechazo del correspondiente tratamiento se basa en un conocimiento pleno de su importancia (apartado 1, número 1), merece también respeto, aunque venga precedido de un intento de suicidio no plenamente responsable. Cuando falta plenamente toda responsabilidad y no ha lugar para la aplicación del apartado 1, número 3 (renuncia presumible del tratamiento). Por regla general, con respecto a los intentos de suicidio, el médico estará fácultado y obligado a suministrar el tratamiento necesario, ya que generalmente no es posible determinar si el suicidio tiene su origen en una decisión plenamente responsable (más detalladamente sobre esta cuestión, vid. infra fundamento al par. 215).

12. La formulación «no actúa antijurídicamente» deja claro que tampoco, en los supuestos del par. 214 del Proyecto, cabe una responsabilidad por omisión del deber de socorro (par. 323 c) del Código penal vigente).

#### Parágrafo 214 a). *Medidas que atenúan el sufrimiento.*

«No procede antijurídicamente quien como médico o con autorización médica, aplica a un enfermo en peligro de muerte, con su consentimiento expreso o presunto, medidas dirigidas a mitigar un estado de sufrimiento grave, no evitable de otro modo, aunque con ellas se acelere la muerte como consecuencia indirecta inevitable.»

#### Fundamentos al parágrafo 214 a)

1. El precepto regula el ámbito de la llamada «ayuda a morir indirecta». Se basa en que también constituye un deber del médico la mitigación de los sufrimientos graves y los dolores (RGST 75, 163; OLG Hamm NIW 1985, 604; Kantzky 1976, 287; Bauer 1979, 516) —lógicamente con independencia de la curación de la enfermedad que lo causa—; mantiene intacta la prohibición básica del homicidio solicitado (par. 216) e intenta una delimitación objetiva entre la autorizada mitigación del sufrimiento que acorta la vida y la prohibición de acortar la vida. En general, el contenido de esta fórmula es hoy jurídicamente aceptada (cfr. Lahnke 1980, ante par. 211, Rn. 15, 17, con otras muchas indicaciones; Eser, 1985, ante par. 211, Rn. 26; rechazándolo Maurach/Schoroeder, 1977, 15 y ss.). Sin embargo, el médico percibe aquí una situación insatisfactoria por falta de claridad jurídica. Se siente intranquilo, cuando los juristas le dicen que bajo determinadas circunstancias podría actuar con dolo de homicidio, si a la hora de aplicar unas medidas mitigadoras del dolor, acepta el

riesgo de un acortamiento de la vida (cfr., por ejemplo, Jahnke 1980, ante par. 211, Rn. 15). El desconocimiento de que también en estos casos el médico actúa autorizado cuando preponderan los intereses de mitigación del dolor (Eser 1977, 88 y ss.; Jahnke, 1980, ante par. 211, Rn. 17; v. Dellingshausen, 1981, 111 y ss.) puede ser la causa de que muchos médicos, en la República Federal, se impongan limitaciones inconvenientes, en especial en la lucha contra el dolor mediante opiáceos (cfr. Bauer 1979, 515 y ss.; Zimmermann 1985, 20).

2. El Proyecto no habla sólo de medidas para combatir el dolor en general, sino de «medidas para mitigar un estado de sufrimiento grave no evitable de otro modo». Considera con ello que para un enfermo moribundo no sólo el dolor puede resultar insoportable, sino también otros estados de padecimientos (por ejemplo, náuseas agudas, miedo a la asfisia o estados de miedo relativamente graves), cuyo tratamiento no excluye un efecto que acorte la vida. Además, tanto el par. 214 como el par. 214 a) del Proyecto permiten deducir que el médico debe omitir medidas que pudieran suponer una prolongación de la vida a costa de un estado de padecimiento más grave.

3. El par. 214 a) tiene en cuenta la circunstancia de que la cuestión de cuándo un tratamiento mitigador del dolor repercute segura o posiblemente en la prolongación de la vida o resulta, por el contrario, neutral a esos efectos o, por último, con toda seguridad acorta la vida, no siempre tiene respuesta médica segura. Aunque, gracias al desarrollo de nuevos métodos en la lucha contra el dolor no hay que temer que se produzca con frecuencia un acortamiento de la vida como efecto secundario (von Lutterotti, 1985, 124), también existen casos en los que los métodos que pudan ser excluyentes del riesgo de un acortamiento de la vida no son suficientemente eficaces (cfr. Hackenthal 1985, 99 y ss.; Wörz, 1985, 243 y ss.). La determinación propuesta atiende fundamentalmente a la necesidad de ayuda al afectado y el fin del tratamiento médico. La autorización de una medida mitigadora del dolor no depende, por tanto, de si la proximidad de una muerte segura o más o menos real se va a acelerar.

4. La aplicación de medidas mitigadoras del dolor sólo viene en consideración *respecto de enfermos moribundos*. «Enfermo moribundo» (\*) o en peligro de muerte en el sentido del Proyecto no es una persona aquejada de una enfermedad, que sin tratamiento conduciría a la muerte (inmediata), como, por ejemplo, la diabetes por carencia de insulina, sino quien padece una enfermedad en la que el proceso

---

(\*) «Tödlich krank»; la traducción literal sería «mortalmente enfermo». Con ello se quiere significar que el enfermo se halla «a las puertas de la muerte», «en trance inminente de morir», etc.; es decir, que se trata de lo que en el lenguaje coloquial castellano se llama un «moribundo».

mortal ya no puede frenarse de forma determinante por la acción médica. Se considera tal, tanto las personas que están ya moribundas o van a estarlo muy pronto, como, por ejemplo, todas aquéllas aquejadas de enfermedad cancerígena en los que no se puede ya impedir la muerte, aunque ésta tarde aún semanas o incluso meses. Precisamente, son estos enfermos a los que durante un período largo de tiempo hay que aplicarles con regularidad remedios contra el dolor, sin que pueda ser excluido el acortamiento de la vida a causa de esta medicación. Ni al médico ni al paciente se le puede exigir en tales casos esperar hasta que se presente la agonía (Hanack, 1975, 134; Simson, 1976 (a), 333). El Proyecto, que permite tales medidas de «ayuda indirecta a morir» está también de acuerdo con la ética cristiana (cfr. Gründel, 1985; Rosler, 1985, 82, así como ya Pío XII, 1957, citado por Schwinge, 1964, 157 y ss.) y con una praxis médica frecuente, aunque no totalmente extendida (cfr. Sociedad Médica para la Cirujía, 1979, II.2; Schreiber, 1985, 86; y también Lüth 1976, 61).

Quedan excluidos todos los estados de sufrimiento de los enfermos que no están en trance inminente de muerte o que no padecen enfermedades mortales.

El Proyecto prescinde de una regulación específica de las *medidas mitigadoras del dolor en los casos de recién nacidos*. A diferencia del par. 214, mediante una norma permisiva general se puede abarcar los supuestos que vengan en consideración. En la expresión «un enfermo moribundo o en peligro de muerte» no se incluyen los recién nacidos viables que necesitan medidas de mitigación de un estado de sufrimiento grave no evitable de otro modo.

Como en los casos del par. 214 deberá el médico actuar de acuerdo con los que tienen el derecho de asistencia. Como las medidas que atenúan el dolor en el sentido del par. 214 a) son medidas terapéuticas, la decisión sobre su aplicación es parte del derecho asistencial personal de los padres. Conforme a esto, el rechazo de una medida mitigadora del dolor en el sentido del par. 214 a) puede ser un abuso del derecho asistencial de acuerdo con el par. 1.666 del Código civil. En este caso también importante respecto de los menores de edad sin capacidad volitiva, puede el médico requerir al Tribunal Tutelar sobre las medidas necesarias a tomar y sustituir las indicaciones de los padres o de uno de ellos (cfr. par. 1.666, apartado 2).

5. Respecto al ámbito de personas autorizadas para ejecutar las medidas atenuadoras del dolor tienen que tratarse de médicos o de alguien autorizado por el médico. Con ello se abarca no sólo al personal profesional, sino, en determinadas circunstancias, a parientes del interesado o incluso a personas allegadas a él, siempre que sean autorizadas por el médico que lleva el tratamiento para aplicar la medida correspondiente. Cuando en un estado de necesidad no puede

lograrse a tiempo una ayuda médica, en este caso la ejecución de las medidas mitigadoras del dolor pueden estar autorizadas a otras personas, para las cuales se aplicará la regla mencionada en el par. 214 a).

6. En la investigación del consentimiento expreso o presunto rigen las reglas generales (cfr. también el fundamento al par. 214, apartados 5, 6 y 7).

7. El Proyecto prescinde también aquí de castigar específicamente en el marco de las disposiciones para ayudar a morir la no actuación (dentro de lo posible) contra el dolor acortando la vida. Ello está suficientemente contemplado en el derecho vigente. Es posible castigar como lesiones la omisión de una acción eficaz contra el dolor. En equivalencia con la regulación de interrupción del embarazo en el artículo 2, de la Ley de reforma penal, ciertamente habrá que conceder al médico el derecho a rehusar por razones de conciencia la aplicación de medidas atenuadoras del dolor en el sentido del par. 214 a). Sin embargo, de su obligación de ayudar al paciente, sólo estará libre si tuvo cuidado de que recibiera el tratamiento correspondiente por otra parte. Tras el modelo de declaración del Consejo Mundial de Médicos sobre la interrupción terapéutica del embarazo (reproducida, por ejemplo, por Illhardt/Koch, 1985, 184 y ss.) ese principio deberá ser también aplicado en las decisiones profesionales sobre «ayuda indirecta a morir» (cfr. sobre esto supra: fundamento al par. 214, apartado 11). La inclusión de «lege ferenda» del tratamiento curativo arbitrario en un tipo específico (cfr. par. 123 del Proyecto Alternativo, delitos contra personas 1. Halbband) no sería un obstáculo para castigar la omisión de medidas contra el dolor como un delito de lesiones.

8. La admisión de las medidas mitigadoras del sufrimiento tal como se regula en el par. 214 a), tampoco queda excluida si la situación del afectado viene provocada por un *intento de suicidio anterior* (cfr. par. 214, apartado 2). Esto resulta tan evidente en el marco del par. 214 a) que puede obviarse una aclaración legal.

#### Parágrafo 215. *no impedimento de un suicidio.*

- 1) «Quien omita impedir el suicidio de otro no procede antijurídicamente cuando el suicidio se debe a una decisión responsable, libre y seria, manifestada expresamente o deducible de las circunstancias.
- 2) No debe tomarse en cuenta semejante resolución cuando la persona no ha cumplido los 18 años o, de acuerdo con los pars. 20 y 21 del del vigente Código penal, existe una perturbación de la determinación libre de su voluntad.»

## FUNDAMENTOS AL PARAGRAFO 215

### I. Determinaciones previas

1. El par. 215 establece que bajo determinados y, en su conjunto, muy estrictos presupuestos no existe la obligación de impedir el suicidio de otro. El precepto se basa en las siguientes consideraciones fundamentales:

- Nadie está penalmente obligado a conservar, incluso por medio de la fuerza, la vida de otro cuando éste, tras una resolución libre y reflexiva, no desea continuar viviendo.
- La resolución suicida no es, como tal, patológica. El ordenamiento jurídico tiene que respetar el suicidio basado en una decisión libremente responsable, manteniendo impune, no sólo la ayuda al suicidio, sino también la omisión de socorro en estos casos.
- De acuerdo con los conocimientos revelados por la investigación empírica del suicidio, por regla general, éste no descansa en una ponderación meditada y en una autodeterminación libre. Por esta razón, sólo debe presumirse que exista cuando haya un punto de referencia seguro. En caso de duda hay una obligación de salvamento conforme al principio «en la duda a favor de la vida».
- Respecto de los menores de edad hay una obligación general de salvamento. En este grupo de personas casi nunca se da una resolución suicida libre y responsable. De igual manera, en todo caso, es válida esta prescripción para aquellas personas cuya autodeterminación libre es obstaculizada por una de las razones mencionadas en los párrafos 20, 21 StGB (causas de incapacidad, de culpabilidad o inimputabilidad).

2. De acuerdo con el derecho vigente, ni el suicidio ni el intento de suicidio son punibles. Dudosa es, sin embargo, la situación jurídica respecto a si y bajo qué presupuestos existe una obligación jurídica de salvamento en caso de intento de suicidio. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, quien tiene conocimiento de un intento de suicidio y puede impedirlo está obligado a prestar la ayuda necesaria para evitar la muerte, aunque el intento de suicidio se base en una decisión libre y seria. Lo mismo rige cuando el suicida, con posterioridad, pierde el dominio sobre el proceso causal.

Esto afecta, en primer lugar, a quien, de acuerdo con las reglas generales sobre el delito de omisión impropia, está obligado como garante respecto a la vida del suicida (BGHSt 2, 150, 152 y ss.; 13, 162, 167 y ss.; 367, 373 y ss., así como también Herzberg 1979 y ss.). En general, no hay unidad de criterio en el fundamento de estas decisiones jurisprudenciales. Bajo qué criterios concretos debe impu-

tarse al garante la responsabilidad del propio suicida, es algo que no aparece en absoluto claro en dichas resoluciones (para un comentario y crítica de las sentencias del alto Tribunal, Bottke, 1982, 62 y ss.; Gropp, 1985, 97 y ss.).

Pero también para aquellos que no son garantes, el Tribunal Supremo Federal deduce del parágrafo 323 c) StGB (\*) una obligación jurídica de salvamento. Según ello, todo intento de suicidio debe ser considerado, en el sentido de este precepto penal, como un accidente. Por esta razón, ha de renunciarse a una diferenciación de acuerdo con las decisiones y motivaciones que originan el intento de suicidio, ya que no es posible para quien se enfrenta con un intento de suicidio determinar en el curso del tiempo de que dispone si el deseo de morir está objetivamente fundado en una decisión libre y responsable. Una impunidad podría, en todo caso, considerarse bajo el punto de vista de la inexigibilidad del salvamento en casos extremos (cfr. BGHST Gran Senado, 6, 147, 152 y ss.; 7, 268, 272; 32, 367, 375 y ss.).

3. Esta jurisprudencia ha sido ampliamente rechazada por la doctrina, ya que no respeta la libre decisión de la voluntad del suicida, o, en su caso, la seriedad de su decisión de voluntad lo coloca en el juicio de otro (Eser, 1985, (a), 6, 15). La existencia de una resolución de una voluntad libre no es compatible con un deber de garante del tercero que omite. No existe obligación jurídica de salvar a un suicida que actúa de modo responsable y libre. Además, se señala la impunidad generalmente reconocida de la ayuda al suicidio. Y si la ayuda activa al suicidio es impune, no puede llevar aparejada ninguna responsabilidad penal el dejar a otro que se suicide. Falta el dominio del hecho (cfr. en este sentido, Wagner 1975, m), 25 y ss.; Eser 1976, 339; el mismo, 1985, a), 6 y ss.; Sinsom 1976, 66 y ss.; Roxin, 1978, 96 y ss. Bottke, 1982, 292 y ss.; Wassermann, 1984, 396 y ss.).

En relación con la punibilidad por omisión de socorro critica la doctrina que todo intento de suicidio se considere un accidente en el sentido del parágrafo 323 c) StGB. Semejante propuesta sólo sería posible cuando el suicida busca la muerte movido por un patológico deseo de morir [Wagner 1975, 64 y ss; Bottke 1982, 292; Cramer 1985, 323 c), Rn. 8, respectivamente con otras indicaciones]. Incluso en el marco del par. 323 c) StGB, considera la doctrina dominante que debe ser respetada una decisión responsable y libre de suicidio.

4. Los autores del Proyecto alternativo participan de estas objeciones. Los resultados que pretende este Proyecto podrían conseguirse también fácilmente a partir de la situación jurídica actual si la doctrina dominante fuera asumida por la jurisprudencia. Pero esta posibili-

---

Precepto que castiga la omisión del deber de socorro. Equivalente al artículo 489 bis del Código penal español.

dad parece excluida a la vista del caso Wittig (BGHSt 32, pars. 367 y ss.). La situación jurídica actual tal como se mantiene por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, expone al médico, al paciente y a los terceros a una gran inseguridad y se considera insatisfactoria. Por eso se reclama una regulación legal.

5. El Tribunal Supremo Federal ha fundamentado su punto de vista ya desde 1954 en una resolución del Gran Senado, según la cual, la Ley moral desaprueba inexorablemente todo suicidio porque nadie debe disponer de su vida autocráticamente, ni darse la muerte. Por ello, el derecho no puede admitir que la obligación de ayudar a un tercero ceda ante la voluntad del suicida desaprobada moralmente. La frase «volenti non fiat iniuria» no sería aquí válida porque nadie está legitimado para disponer de su vida por una resolución volitiva propia (BGHST 6, 147.153). En su resolución más reciente el Tribunal Supremo Federal ha corroborado esa decisión y únicamente deja sin aclarar si el fundamento puede aún hoy ser aceptado en toda su extensión (cfr. BGH 32, 367 y ss., 376 y ss.).

Esta interpretación ético-moral se corresponde con los fundamentos religiosos de ambas confesiones cristianas que desaprueban el suicidio porque el hombre no tiene derecho a disponer por sí mismo de la vida dada por Dios (cfr. sobre ello Karl Barth 1951, 467 y ss.; Thielicke 1979, 82 y ss.; Bernard Häring 1981, 57 y ss.; por todos, Simson 1976, 32 y ss.).

El derecho vigente respeta estas convicciones al no castigar impedir el suicidio de otro o prestarle la ayuda necesaria, aunque con ello el que ayuda desdeñe la voluntad libre y seria del suicida.

Pero la misión del Estado no puede ser proteger con la ayuda del Derecho penal las convicciones religiosas e ideológicas, gravando la libertad de quienes piensan de otra manera. La Ley Fundamental (Constitución) parte de un Estado ideológicamente neutro. El juicio de condena moral de unos no debe, en un Estado ideológicamente neutral, convertirse en pautas de conducta para todos (Wagner 1975, 40 y 94; Schreiber 1982, 144; Wassermann 1984, 389 y ss.). En tanto que la jurisprudencia aquí criticada no se basa en un fundamento ideológicamente neutral, debe ser corregida.

6. Igualmente los nuevos intentos para fundamentar una obligación de salvamento respecto del suicidio exigida penalmente, no contienen, en última instancia, otra cosa que formulaciones manifiestas de confesiones ideológicas. Así, por ejemplo, se reprocha a los que apoyan una reducción del ámbito punitivo del partícipe en el suicidio un «pathos liberal» (Kutzer 1985, 710, 7 y ss., 713). También se rechaza la existencia de un derecho al suicidio; la muerte de un hombre por su propia mano no constituye el ejercicio de un derecho, sino la negación de un valor fundamental que reconoce el orden constitucional (Kutzer 1985, 710 y ss, 713; respecto a la obligación de continuar viviendo, cfr. también Schmidhauser 1983, 13). Pero de tales



argumentos hay que temer que a partir del derecho fundamental a la inviolabilidad de la vida se construya a toda costa una obligación de vivir que se oponga a la libertad del individuo garantizada constitucionalmente.

7. Por el contrario, permanece sin precisar si puede deducirse del artículo 2.I de la Constitución un derecho a la autodeterminación de la propia muerte, tal como se ha aceptado en parte (cfr., por ejemplo, Wassermann 1984, 391; Brändel, 1985, 85 y ss., 89). En todo caso, no puede ser adjudicada al Estado la responsabilidad absoluta sobre la propia vida del ciudadano en particular. Ello constituiría una extralimitación de las competencias del Estado (Schreiber 1982, 144) y obligaría a los que desean morir de un modo coactivo a continuar viviendo (Eser 1985 a), 6 y ss., 13).

Los autores del Proyecto, con la ponderación necesaria entre protección de la vida y protección de la libertad, han considerado también los conocimientos de la investigación del suicidio, según los cuales resulta claro que en la mayoría de los casos de intento de suicidio, el deseo de morir no tiene como base una resolución responsable y libre, sino un deseo de morir patológico (con más indicaciones, Wagner 1975, 119 y ss., 122; cfr. también en Jähnke 1980, ante par. 211, Rn. 27, Fn. 69). Pero incluso aunque sólo algunos suicidios están basados en una resolución responsable, libre y seria, se mantiene la necesidad de que exista una regulación para esos supuestos. Precisamente, el caso resuelto por el Tribunal Supremo Federal (BGHSt 32, 367 y ss., Caso Wittig), en el que todos los puntos de referencia conocidos indicaban que el deseo de morir no era patológico, ha mostrado con nitidez esta necesidad concreta. Supuestos parecidos pueden también presentarse en otros casos, así en una situación existencial sin salidas (por ejemplo, la decisión del escritor Jochen Klepper y la resolución de muchos judíos ante su deportación).

8. La jurisprudencia actual, que restringe en demasía el marco de la participación impune en el suicidio, refuerza la tendencia al suicidio en soledad y por medios radiales. Pues a la vista de la jurisprudencia actual nadie puede estar seguro de que no va a ser responsabilizado penalmente si asiste a la muerte de un suicida que actúa de un modo responsable y libre con el fin de no dejarle sólo en los últimos momentos (Eser 1985, a), 17). El Proyecto, por el contrario, busca una salida a la soledad de la decisión para quien quiere suicidarse, ya que éste no tiene que exponer a otros al peligro de una responsabilidad criminal. El interesado puede hablar con amigos, parientes y médicos. De esta forma pueden ser descubiertas contraargumentaciones frente a la decisión suicida antes de que la decisión se transforme en un hecho irrevocable.

9. Ya en el año 1970 fue formulada en el Proyecto Alternativo una propuesta de regulación penal de no-impedimento del suicidio (par. 103, AE-Delitos contra las personas). El presente texto toma

como base las mismas reflexiones que aquel Proyecto de entonces. No obstante, el presente Proyecto formula con una sistemática distinta las condiciones para la impunidad de no-impedir un homicidio, que en el par. 103 AE-Delitos contra las personas aparecían regulados positivamente. La nueva técnica de regulación deja claro que la impunidad es una excepción. Además, los nuevos conocimientos de la investigación del suicidio pusieron de relieve hasta qué punto puede estar ausente una decisión responsable, libre y seria, no sólo respecto a los menores de 18 años o de quienes sufren perturbaciones psíquicas, en el sentido de los parágrafos 20 y 21 C.P.; sino, también, en muchos otros casos, como el conocido suicidio para llamar la atención (*Appellsuizid*).

## II. Fundamento en concreto

1. La impunidad, según el parágrafo 1, sólo tendrá lugar cuando haya una *decisión responsable, libre y seria*, que tiene que ser manifestada expresamente o deducible de las circunstancias. Los conocimientos de la investigación del suicidio obligan a considerar la frecuencia de un deseo de morir patológico, permaneciendo planteada la cuestión de qué puntos de referencia pueden orientar la calificación de una resolución responsable, libre y seria.

Con razón se ha renunciado constantemente a una orientación directa en las características de la capacidad de culpabilidad de los parágrafos 20 y 21 del Código penal, pues no siempre la ausencia de una característica exculpatoria o disculpatoria permite deducir una decisión libre o responsable (cfr. Jähnke 1980, ante par. 211, Rn. 36, con otras indicaciones). También, la fórmula utilizada ocasionalmente de «conciencia de libertad subjetiva» (Eser 1985, ante par. 211, Rn. 36; el mismo 1976, 392 y ss.) podría malentenderse; pues aun cuando quiera expresarse con ello que la determinación de una libertad «objetiva» no es de ningún modo posible y que, además, no debe imponerse a hombres que sufren y están hastiados de la vida criterios ajenos y representaciones de una vida como valor vivido y el sentido de la vida, podría esa fórmula dar la impresión de que tienen que ser respetadas incluso las representaciones patológicas de la libertad. Con esa falsa interpretación existirían incluso casos de una necesidad de ayuda manifiesta sin protección penal, como sucede, por ejemplo, cuando la libertad de conciencia del suicida se halla limitada por una grave enfermedad psíquica o una crisis vital que conduce al suicidio como llamada de atención.

Por ello, lo decisivo tiene que ser si el suicida comprende su situación y es plenamente consciente de la significación y alcance de sus resoluciones. Lo que realmente importa es la actual capacidad natural

de entendimiento (Jähnke 1980, ante par. 211, Rn. 26; en términos similares Wassermann 1984, 393).

Para excluir la aplicación del párrafo 215, apartado 1, a casos de suicidio como llamada de atención o a un suicidio realizado en una reacción en corto circuito, aparte de al par. 216 C.P., habrá que acudir al criterio de la *seriedad de la decisión*. Para ello puede recurrirse a criterios desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina en torno al párrafo 216 C.P., que consideran que falta esta característica cuando la resolución se debe a un déficit, condicionado por una enfermedad o la vejez, de la capacidad de entendimiento y juicio (Eser 1985, par. 216, Rn 8, con otras indicaciones).

2. También la formulación de que la decisión responsable y libre tiene que ser manifestada expresamente o deducible de las circunstancias, recoge los conocimientos aportados por la investigación del suicidio, pues en gran número de casos, el intento de suicidio no es el resultado de una decisión reflexiva, sino que es emprendido en una situación de necesidad, en apariencia sin salida, en la cual es precisa ayuda. Esta tiene que ser asegurada a través del Derecho penal en interés de una defensa solidaria de la vida. La ayuda tiene que prestarse para dar salida a situaciones críticas y protección frente a precipitadas decisiones tomadas de momento. Debe ser impedida la indiferencia frente a los necesitados de ayuda.

A menudo, resulta dudoso si existe previamente una resolución responsable y libre. Con frecuencia no son posibles determinaciones seguras en esa situación en la que tiene que tomarse una decisión inmediata sobre una intervención de salvamento. Ante un intento de suicidio, las exteriorizaciones comunicadas por el suicida no siempre son seguras. En caso de duda resulta, por eso, preferible una intervención de salvamento. Sólo cuando ciertos puntos de referencia extraídos de las circunstancias concurrentes hablan de una decisión seria y responsablemente libre, debe omitirse el intento de salvamento.

3. Estos presupuestos se dan por regla general en los casos de *suicidio «de balance»* (\*), producto de una reflexión madurada. A menudo, la concurrencia de un estado de sufrimiento grave y duradero, ya sea de naturaleza orgánica o psíquica, en el sentido de los párs. 214 y 214 a) de este Proyecto, puede ofrecer un indicio real importante para una decisión responsable y seria. En el caso resuelto por el Tribunal Supremo Federal, en el tomo 32 (caso Wittig), habría que haber tomado esto en cuenta. Por el contrario, de la misma manera que en el suicidio sin una decisión de la voluntad responsablemente libre, en el mucho más frecuente supuesto del *suicidio como llamada de atención*, existe una obligación de salvamento, porque el

---

(\*) *Bilanzsuicid*, es el suicidio como consecuencia de un balance, de una revisión y reflexión sobre el pasado.

autor, en estos casos, no quiere, en sentido estricto, el suicidio, sino que quiere llamar la atención sobre su situación desesperada. Se trata, en último extremo, de una petición de ayuda (cfr. Eser 1985, a), 14; Jähne 1980, ante par. 211, Rn 27 y ss.).

4. De acuerdo con el apartado 2 del Proyecto y en equivalencia con el párrafo 103 AE-Delitos contra las personas, en ningún caso debe ser tomada en cuenta la decisión como responsablemente libre, cuando el suicida es un menor de 18 años. Por los conocimientos de la investigación del suicidio respecto de los niños y jóvenes puede afirmarse más que nunca, la falta de una decisión seria, libre y responsable.

Por ello, la obligación de conservar la vida tendrá un carácter primordial sobre el derecho a la autodeterminación, precisamente en los casos de jóvenes que a menudo no son capaces de darse cuenta de las consecuencias y la irreversibilidad de su hacer. La responsabilidad con el prójimo exige aquí una acción de salvamento, que ofrezca al que quiere morir la posibilidad de volver a encontrar la razón de vivir. Esto es tanto más necesario cuanto mayor es la posibilidad de cambios vitales y de la forma de ver la propia vida cuando aún queda mucha vida por delante. La ayuda es también exigible aun cuando el niño o el joven en la situación concreta haya actuado con toda probabilidad de un modo responsable y libre; su resolución de quitarse la vida no exime nunca de la obligación del salvamento.

5. En los demás casos mencionados en el apartado 2 ha de considerarse que es más grande el peligro de que el suicida no tenga suficientemente en cuenta el carácter sólo pasajero de su situación y desesperanza, cuando su capacidad de decisión se encuentra obstaculizada a causa de una perturbación profunda de la conciencia o debilidad mental, u otra enfermedad psíquica grave (párs. 20 y 21 C.P.). En tales personas no se da una decisión libre. También aquí es necesario ofrecer una ayuda de salvamento, ya que, gracias a ella, puede vislumbrar el suicida una nueva perspectiva vital. Ciertamente, un hombre ya deteriorado por la edad puede estar por completo en situación de tomar una decisión seria sobre su vida, incluso cuando la capacidad de culpabilidad penal se encuentra alterada por su situación. Pero lo decisivo para una eventual resolución libre de la voluntad en relación con el suicidio de este grupo de personas es que la decisión de morir no se basa en las circunstancias patológicas a que se refieren los párrafos 20 y 21 C.P. Al no tratarse aquí de la capacidad de culpabilidad penal, sino de la cuestión del deseo serio y responsablemente libre de quitarse la vida, los párrafos 20 y 21 C.P. sólo deben utilizarse «analógicamente».

En la discusión del Proyecto incluso se ponderó partir de la idea de ayuda transitoria haciendo depender la impunidad de la omisión únicamente de si la decisión del suicida descansa sobre un estado psí-

quico, no sólo pasajero. La mayoría, sin embargo, convino en ligar la aceptación de una decisión responsable y libre a los criterios mencionados en el par. 215.

6. Pero estos criterios no son taxativos. Concretamente respecto al mencionado suicidio para llamar la atención es imaginable toda multitud de supuestos en los cuales no puede hablarse de una resolución responsable, libre y seria, aun cuando el grado de perturbación no traspase el umbral de los pars. 20 y 21 C.P. La segunda parte del apartado 2 cumple sólo la función de mencionar a modo de ejemplo un caso claro de ausencia de una decisión responsablemente libre. En ningún modo, permite la conclusión contraria de que cuando falta una situación de enfermedad en el sentido de los pars. 20 y 21 C.P., siempre deberá partirse de la existencia de una voluntad responsable y libre.

7. En concreto, del Proyecto resultan las siguientes consecuencias sobre la punibilidad:

a) El tercero que omita no actúa antijurídicamente, si existe una decisión responsable y libre del suicida y el omitente partió de ese punto de referencia cierto, es decir, partió de que el acto del suicidio se basaba en una decisión seria, responsable y libre manifestada expresamente o que podía deducirse de las circunstancias concurrentes. Decisiones responsables y libres sin las circunstancias objetivas mencionadas por la ley pueden darse también cuando éstas no han sido manifestadas expresamente ni pueden deducirse de las circunstancias concurrentes. En la vida humana en común, sin embargo, sólo puede tener relevancia cuando éstas son constatables a partir de puntos de referencia seguros.

b) Respecto a la existencia de *error* resultan las siguientes consecuencias:

aa) Cuando el autor considera erróneamente que se encuentra ante una decisión responsable y libre, si es el no-garante, no será castigado; mientras que si es el garante, será castigado por homicidio imprudente por omisión, de acuerdo con el par. 222 del vigente Código penal, siempre que se le pueda reprochar una lesión del deber de asistencia. La simple afirmación del omitente de haber considerado el suicidio (no libre) como responsable y libre, no es suficiente, sin embargo, para admitir un error que excluya el dolo: más bien el omitente tiene que haber partido de hechos concretos que, en general, son considerados como circunstancias que hacen reconocer frente a terceros una decisión responsable, libre y seria.

bb) Cuando las circunstancias objetivas existentes que indican de hecho una decisión responsable y libre no fueran conocidas por el autor, entonces ha de castigarse al garante en relación con el dolo correspondiente, como tentativa por los pars. 212, 22 y 13 del vigente Código penal. Para el no-garante, según la opinión dominante, el

hecho sería impune, mientras que para un sector doctrinal, sería punible en su caso por el par. 323 c) C.P.

cc) Cuando falten las circunstancias que indiquen una decisión responsable y libre y crea el autor erróneamente que es suficiente un punto de referencia por él conocido, habrá un error de permisión (*Erlaubnisirrtum*). El autor conoce la situación real correctamente, pero valora falsamente los presupuestos jurídicos de las circunstancias concurrentes, es decir, minusvalora los presupuestos. La consecuencia sería un error de prohibición de acuerdo con el par. 17 C.P. que, sólo en caso de ser inevitable, conduciría a la impunidad, es decir, sólo cuando el que omite con el empleo de todos sus conocimientos y posibilidades, no hubiera llegado al conocimiento de la prohibición de su conducta. Con ello se intenta evitar la indiferencia frente al suicidio ajeno.

c) También la *participación activa* es tratada correctamente. La participación activa en el suicidio a falta de la tipicidad del hecho principal —como ocurre hoy— no será castigada. La punibilidad por autoría mediata en comisión no es afectada por ello.

La punibilidad viene en cuestión además cuando se da autoría por omisión; sin embargo, cuando existe un suicidio responsable y libre, el autor mediato, a la vista de la regulación del Proyecto, queda impune.

d) El Proyecto renuncia a tomar postura sobre el momento en el que comienza una obligación jurídica de salvamento del suicida. En los delitos de omisión, el comienzo de la obligación de actuar es una cuestión general de dogmática penal. En todo caso, del par. 215 del Proyecto no hay por qué deducir la conclusión contraria, de que en todos los supuestos no abarcados por la regulación exista una obligación de salvamento.

e) El Proyecto tampoco toma postura sobre qué medidas han de ofrecerse y exigirse en el caso concreto para impedir un suicidio. Esta es una cuestión que depende del correspondiente contenido de la obligación de garante, o, en su caso, del deber de socorro, en atención a las circunstancias del caso en particular. De ningún modo, exige el par. 215 que un suicidio no considerado responsable y libre se impida «con todos los medios», como puede ser un simple «internamiento de seguridad» en un centro psiquiátrico. Sin embargo, el derecho no debe obstaculizar una combinación dirigida médicamente, de medidas de seguridad y terapéuticas (cfr. Koch 1984, 714).

f) Una mención específica en el par. 323 a) del Código penal vigente del par. 215 de este Proyecto sería superflua, porque el par. 215 concede la impunidad por impedir el suicidio tanto al garante, como al no garante.

Parágrafo 216. *Homicidio solicitado*

- (1) «Será castigado con pena de prisión de seis meses a cinco años quien cometa un homicidio a solicitud expresa y seria de quien no quiere vivir más.
- (2) El Juez puede dispensar la pena en los supuestos del apartado 1, cuando el homicidio sirve para acabar con un estado de padecimiento grave e insoportable para el afectado, que no puede ser remediado o atenuado por medio de otras medidas».

## FUNDAMENTOS AL PARAGRAFO 216

### *I. Determinaciones previas*

1. Existiendo una regulación amplia de la ayuda a morir pasiva e indirecta en los pars. 214 y 214 a), así como de no-impedir un suicidio en el par. 215, resulta dudosa la necesidad de reducir todavía la punibilidad del homicidio solicitado. Los médicos que han participado en el proyecto han aclarado, de forma concluyente, que sólo en muy raros supuestos los pacientes solicitan a su médico que les quiten la vida. También Twycross informó que en Londres, en el St. Christopher's Hospice, de 500 a 600 enfermos moribundos y pacientes con graves dolencias, durante un año, sólo tres o cuatro casos le han dirigido un deseo de morir (cfr. von Lutterotti, 1985, 107). E incluso, en estos casos, la solicitud se debió a que los dolores u otros síntomas no fueron sometidos a un control satisfactorio o a que los pacientes fueron tratados incorrectamente (cfr. Twycross, 1976, 119).

Existe, pues, la sospecha fundada de que los pacientes apenas si solicitan la muerte con seriedad cuando se sienten bien asistidos, tanto médica como humanamente, cuando se les da el afecto necesario en casa o en el hospital, o cuando pueden confiar en que, cuando llegue el momento, no les será negada la ayuda a morir en la forma regulada en los pars. 214 y 214 a) de este Proyecto. En todo caso, en la relación médico-paciente, una buena asistencia del paciente moribundo con una enfermedad grave y la ayuda necesaria en la muerte hacen superfluo el problema del homicidio solicitado.

2. Sin embargo, la regulación actual del homicidio solicitado en el par. 216 C.P. no es del todo satisfactoria. Ciertamente, como se ha señalado, se puede resolver el problema de la ayuda a morir a través de los pars. 214 y 214 a) sin necesidad de cambiar el par. 216 C.P. La separación técnico-legal de «ayuda a morir» y «homicidio solicitado» aclara al mismo tiempo las diferencias objetivas, trayendo especialmente a colación que, en relación con el homicidio soli-

citado, a diferencia de la ayuda a morir, generalmente no se trata de una actuación médica (cfr. también bajo apartado I-3). Si se mantuviera sin cambiar el par. 216 del vigente Código penal, la regulación legal resultaría insatisfactoria en algunos casos poco frecuentes pero trágicos: *Los homicidios por compasión y misericordia*, generalmente producidos por un amigo próximo o por un pariente que quiere liberar al que sufre de una grave angustia, tendrían que ser castigados sin excepción por el par. 216 del derecho vigente, incluso cuando el hecho no resulta negativo desde una perspectiva ética.

Estos homicidios pueden aparecer en casos de *situaciones de necesidad extrema*, en las cuales alguien está padeciendo un sufrimiento agudo insoportable, sin que pueda serle suministrada una «ayuda a morir indirecta», porque no hay ayuda médica o ésta no llega a tiempo. Así sucedió al conductor de un camión, que tras un accidente de automóvil quedó aprisionado en la cabina de su vehículo en llamas. La ayuda no era posible. Cuando el costado del hombre fue alcanzado por las llamas, pidió encarecidamente a su compañero que le matara; lo que éste hizo golpeándolo con un hacha.

Semejantes situaciones desesperadas pueden suceder en una guerra o tras una catástrofe. Por ejemplo, un soldado es herido mortalmente, la ayuda médica no es posible. Para acortar su sufrimiento, pide a un tercero que le dispare. Tras la caída de un avión en una zona inaccesible, un herido sin salvación que sufre unos dolores angustiosos, pide morir. Por otra parte, también son imaginables supuestos en los que alguien está *gravemente enfermo*, sin curación, pero sin ser un «*enfermo moribundo*» y sin que se trate principalmente de atenuar su sufrimiento (cfr. par. 214 a). En estos casos puede tratarse o bien de una curación defectuosa, ya mencionada —la víctima sobrevive al accidente, pero sólo con graves defectos, que no le conducen, sin embargo, a la muerte—; o bien de otros estados de sufrimiento que sólo le permiten llevar una vida en extremo limitada. A modo de ejemplo, se puede ofrecer el siguiente caso: a finales de los años setenta, una mujer de unos sesenta años intentó matar a su hija de cuarenta años aproximadamente con una limonada envenenada; a continuación intentó también quitarse la vida. La hija había quedado, tras una tentativa de homicidio por estrangulamiento realizado por el marido, dos años atrás, completamente paralizada y casi ciega. Y había reiterado expresamente su deseo de morir. El procedimiento penal contra la madre fue sobreseído por incapacidad para comparecer en juicio. Quien mata a petición propia a un paralítico casi total, que no puede quitarse a sí mismo la vida, actúa en un conflicto apenas imaginable para quien se encuentra ajeno a él, en el que tiene que decidirse entre la infracción de la prohibición del homicidio y la negación de la ayuda al prójimo.

Semejante comportamiento sencillamente no es merecedor de pena. El caso descrito muestra contundentemente que la afirmación de



Rudolphi de que el homicidio de un hombre no es un medio de liberarle de un padecimiento (1981, 308 y ss.; 346 y ss.), así formulada, resulta demasiado genérica y no puede exigir una validez general. Por esta razón, se buscó una regulación que posibilitara la exclusión de la pena del par. 216 en casos excepcionales.

3. *Casos típicos* de un homicidio solicitado, y esto vale tanto para el derecho vigente como para el par. 216 del Proyecto, son aquellos que suceden en el ámbito de las relaciones humanas y no en una relación de tratamiento. El par. 216, apartado 2, no es un precepto, como los pars. 214 y 214 a), que se refiera exclusiva o principalmente a los médicos. Autores potenciales y, en consecuencia, destinatarios de la norma, son aquellos que reciben de otro, con el que, por lo general, guarda una relación de proximidad, la petición de que le quite la vida.

4. El Proyecto renuncia a una liberalización del homicidio solicitado. Afirma la *inviolabilidad de la vida ajena* y la significación que corresponde a la garantía penal de protección de la vida. El Proyecto no cambia nada respecto a la punibilidad general de la muerte solicitada en el par. 216 del vigente Código penal, que se sigue manteniendo. Se trata sólo de que, en una situación extrema e igualmente existencial tanto para el que va a morir, como para el autor, *pueda*, bajo determinados presupuestos, permanecer sin sanción penal la decisión de una persona de renunciar, por razones humanitarias, a la conservación de la vida humana ajena en una situación de necesidad sin salida (Hirsch 1974, 790; Engisch 1976, 320). Con ello queda claro que en relación con el homicidio compasivo solicitado no se trata de proporcionar, por encima de todo, un derecho de autodeterminación al que padece, ni concederle una prevalencia frente a la protección de la vida (Hirsch 1974, 790, 794; Engisch 1976, 320; vid. en contra Kaufmann 1983, 121 y ss.).

Tampoco es éste el fin del par. 216, apartado 2 del Proyecto. Se trata, sobre todo, de renunciar a la pena sólo en caso de acciones objetivas ciertamente antijurídicas, pero, sin embargo, en casos concretos no incondicionalmente merecedores de pena (vid. Eser 1976, 400; Simson 1976, 333 y ss.). De acuerdo con la opinión completamente dominante entre los autores del Proyecto, la regulación propuesta no puede conducir a un «paulatino debilitamiento del respeto al bien jurídico (vida)» [no obstante, Hirsch, 1974, 786; en el resultado asimismo Bockelmann 1968, 24, 30 (nota 37)]. A tales temores ha de objetarse también, de acuerdo con el derecho vigente, que un homicidio puede permanecer impune (por ejemplo, a causa de una colisión de deberes justificada o de un estado de necesidad exculpante). El par. 216, apartado 2 del Proyecto no reconoce ningún derecho al homicidio, sino que sólo posibilita una renuncia a la pena. El autor permanece expuesto al peligro, no sólo de la persecución penal, sino también del castigo. En el juicio tiene que responder, tiene que expli-

car las razones de su resolución y soportar el riesgo de que el tribunal enjuicie el conflicto en un sentido distinto. A la vista de estas consecuencias jurídicas, el autor no consentirá de forma irreflexiva quitar la vida a otro que lo ha solicitado. Por el contrario, la regulación propuesta impide solicitar de otros la muerte, ya que esta muerte, aun pedida y consentida, no quedará, en principio, impune.

5. En el debate se tuvo en cuenta no sólo la redacción ahora presentada del par. 216, apartado 2, sino también, en especial, la siguiente propuesta de Klug:

«Parágrafo 216.

- (1) Como ahora.
- (2) El homicidio no es antijurídico cuando sirve para producir una muerte digna, en especial, para dar fin a una situación de padecimiento grave, que no puede ser evitado, ni atenuado mediante otras medidas.
- (3) Como ahora el apartado 2.»

De acuerdo con la concepción de Klug, la formulación mencionada es necesaria para salvaguardar el Derecho fundamental a la autodeterminación, de acuerdo con los artículos 1 y 2 de la Constitución, que también incluye el derecho a la determinación del momento de la propia muerte. Por el contrario, la mayoría de los autores defendieron la opinión de que el derecho a la autodeterminación del que sufre no debe ponerse en primer lugar, pues no se trata de su propia muerte, sino de su muerte ejecutada por un tercero.

En el homicidio solicitado se trata menos del derecho a la autodeterminación del afectado que de la consecuencia jurídica para el autor. Por lo demás, consideran su propuesta como suficiente para garantizar convenientemente los derechos e intereses del que actúa. Una calificación como causa de justificación se considera excesivamente amplia por la mayoría y carente de un fundamento objetivo. Con la posibilidad de excluir la pena, queda claro que incluso en los supuestos contemplados por el par. 216, apartado 2, sigue existiendo el contenido del injusto de un homicidio consentido.

6. La redacción del par. 216, apartado 2, deja claro que de este precepto no se deduce ninguna pretensión ni ningún *derecho al homicidio consentido*. Ciertamente, quien es solicitado puede matar a otro bajo los presupuestos del par. 216, apartado 2, sin tener que ser castigado forzosamente. Pero, en ningún caso, resulta de ello un derecho del afectado a exigir de otro que termine con su propia vida, ni tampoco en éste el correspondiente deber. Por eso, para evitar la apariencia de que pueda existir una pretensión sobre el homicidio solicitado, no se tuvo en consideración la solución de la justificación. Ciertamente es imaginable que un enfermo o un impedido soporten con más facilidad su situación después de saber que puede solicitar de otro que en un determinado momento le dé muerte. Pero no puede

darse nunca una obligación jurídica a matar a otro, cualquiera que sea la razón. Especialmente en las relaciones entre el médico y el paciente, semejante derecho podría conducir finalmente a exponer al médico a un acto de presión. De ello tienen que ser protegidos los médicos en interés de su ética profesional.

## II. Fundamento concreto

1. El precepto se basa en el par. 216, apartado 1 C.P., y con ello, en el presupuesto de que el autor se «ha decidido por el homicidio ante la solicitud expresa y seria del que va a morir». A través de estas referencias directas, el Proyecto deja claro que sólo se permite la *ayuda a morir* y, además, se aclara que la vida caracterizada por una enfermedad o sufrimiento, no debe ser valorada por criterios cualitativos, como el «valor» o el «desvalor» de la vida. También un homicidio por compasión es un homicidio doloso o puede incluso ser un asesinato; si se ha realizado sin que el muerto lo haya solicitado.

2. El par. 216, apartado 2, exige «un estado de sufrimiento grave e insportable para el afectado». De esta manera se basa, en primer lugar, en un criterio *objetivo*: el estado de sufrimiento grave.

Los autores conscientemente no han planteado como presupuesto la no curación de la situación de sufrimiento, ya que entonces no quedaría abarcado el homicidio en situaciones de extrema necesidad, en las cuales, a causa de circunstancias exteriores, no es posible la salvación del afectado. Por las mismas razones que en los pars. 215, apartado 1, Nr. 3, 214 a), el concepto «estado de sufrimiento» se consideró preferible al de «enfermedad» (cfr. supra, el fundamento al par. 214, apartado 5, así como el fundamento al par. 214 a), apartado 2).

Finalmente, tampoco se ha acudido, como en los pars. 214 y 214 a), a la muerte que se está produciendo de forma inmediata, ya que entonces, los casos de enfermos graves que pueden vivir todavía largo tiempo con su deficiencia estarían excluidos desde el principio.

El par. 216, apartado 2 exige además que *para el afectado*, su padecimiento tenga que ser *insportable*. Este presupuesto *subjetivo* que sólo tiene en cuenta la vivencia del afectado fue admitido, porque las fronteras de lo humanamente tolerable en relación con un grave padecimiento no es objetivable. Cambia de una persona a otra. Nadie —y mucho menos quien goza de salud— puede pretender determinar obligatoriamente cuánto sufrimiento puede soportar una persona. Por el contrario, el afectado puede ser capaz de soportar y resistir más de lo que un extraño pueda imaginar. Queda, pues, claro que la ayuda para terminar con la vida no se tomará en consideración cuando sólo el autor imagina la situación insportable y atentadora contra la dignidad del que sufre; una muerte piadosa únicamente con-

duce a la dispensa de la pena cuando el afectado mismo quiere acabar con su sufrimiento.

3. Para asegurar que en el par. 216, apartado 2, sólo se incluyen casos excepcionalmente extremos, se destaca expresamente que el estado de sufrimiento «no pueda ni impedirse ni atenuarse por medio de otras medidas», es decir, en esa concreta situación ineludible. De este modo queda claro que medidas conforme a los pars. 214 y 214 a) tienen preferencia frente al homicidio solicitado conforme al par. 216, apartado 2. Por regla general, una solicitud sería de morir, que incluya omitir aquellas medidas de tratamiento que prolongan la vida, o un acortamiento de la vida a través del tratamiento médico, presupone que el paciente se halla completamente informado y bien atendido. Si es posible suministrar una ayuda a los pacientes a través de una forma de actuación en el sentido de los pars. 214 y 214 a), entonces es que existen «otras medidas» en el sentido del par. 216. En este caso, no hay lugar para un homicidio solicitado no punible. La posibilidad de que se produzca un suicidio, no podrá entenderse, por el contrario, como «otras medidas», en el sentido del par. 216, apartado 2.

4. Aunque el par. 216, apartado 2, abarca una constelación de casos en los cuales se produce un homicidio por compasión, la «acción por compasión» no constituye una característica subjetiva del tipo.

La motivación del autor como simple característica subjetiva del autor es impropia para delimitar el tipo con claridad. Además, el autor que actúa bajo los mismos presupuestos y con idéntico fin, pero por otras motivaciones, aunque más estimables, por ejemplo, por el convencimiento sobre la necesidad y equidad de su hacer, quedaría perjudicado injustamente.

5. Desde el punto de vista de la dogmática jurídicopenal, los autores de este Proyecto parten de que el par. 216, apartado 1, del vigente Código penal, abarca sólo el hacer, pero no el omitir (cfr. Eser 1985, par. 216, número marginal 10).

### *III. Comparación con la propuesta holandesa*

El Proyecto de Ley del Gobierno holandés ya mencionado anteriormente contiene (artículo 293), además de una liberalización de la ayuda a morir pasiva e indirecta, una regulación para justificar el homicidio solicitado activo bajo determinados presupuestos (artículo 293). El Proyecto holandés va más lejos que este Proyecto en tanto que no sólo prevé una posibilidad de dispensar la pena, sino que contiene una justificación del homicidio activo. Por las razones ya discutidas, los autores no se inclinan por esa solución (vid. *supra* apartados 1, 5 y 6). El Proyecto holandés quiere además privilegiar sólo a los médicos, y contiene garantías jurídico-procesales diferenciadas

que deben prevenir los abusos. Por el contrario, el presente Proyecto parte de que las nuevas normas sobre ayuda a morir [pars. 214 y 214 a)] otorgan una ayuda suficiente a las particulares relaciones médico-paciente. Las acciones de homicidio activo en situaciones vitales extremas, y como último recurso para terminar con un estado de sufrimiento sin salida y grave, no son medidas médicas específicas. No pueden estar médicamente indicadas, sino que son actos de solidaridad humana. Por eso, los autores de este Proyecto de ayuda a morir consideraron equivocada tanto su regulación específica, como la incorporación de normas de procedimiento. El resto de los presupuestos de la regulación holandesa se parecen, no obstante, a las indicaciones propuestas aquí.

## BIBLIOGRAFIA

- ALTERNATIV-ENTWURF EINES STRAFGESETZBUCHES, VORGELEGT VON J. BAUMANN U. A.: *Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person*, «Erster Halband», Tübingen, 1970.
- ATROTT, H.-H.: *Patientenverfügungen - Hinwendung zum Patienten*, «MMW» 126 (1984), pp. 976-978.
- BARTH, K.: *Kirchliche Dogmatik*, Bd. III/4, Zürich, 1951.
- BAUER, K. H.: *Aufklärung und Sterbehilfe bei Krebs in medizinischer Sicht*. En KAUFMANN, A., G. BEMMANN, D. KRAUUS, K. VOLK: *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember, 1978*. München, 1979 (pp. 497-517).
- BOCKELMANN, P.: *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, 1968.
- BOTTKE, W.: *Suizid und Strafrecht*, Berlin, 1982.
- BRÄDEL, O. C.: *Über das Recht, den Zeitpunkt des eigenen Todes selbst zu bestimmen*, «ZRP» (1985), pp. 85-92.
- BUNDESÄRZTEKAMMER: *Richtlinien für die Sterbehilfe*, DÄBI. 76 (1979), pp. 957-960.
- BUNDESÄRZTEKAMMER: *Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates zur Frage des Kriteriums des Hirntodes*, DÄBI. 79 (1982), pp. 35-41.
- CRAMER, P.: *Kommentierung von § 323 c StGB. En Schönke/Schröder: Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 22, edic. München, 1985.
- DELLINGSHAUSEN, U. BARONIN VON: *Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes*, Düsseldorf, 1981.
- DENEKE, J. F. V.: *Die Forderung des menschenwürdigen Sterbens*. In LÜTH, P.: *Sterben heute - ein menschlicher Vorgang? Beiträge zur Frage Sterbehilfe als Lebenshilfe*, Stuttgart, 1976 (pp. 69-70).
- DETERING, J.: *§ 216 StGB und die aktuelle Diskussion um die Sterbehilfe*, «JuS» (1983), pp. 418-423.
- DEUTSCH, E.: *Arztrecht und Arzneimittelrecht. Eine zusammenfassende Darstellung mit Fallbeispielen und Texten*, Berlin, 1983.

- DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR CHIRURGIE: *Resolution zur Behandlung Todkrankender und Sterbender*, Med. Welt 104 (1979), pp. 1379-1380.
- DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR GERONTOLOGIE: *Resolution «Sterben und Sterbebegleitung»*, Berl. Ärztekammer, 16 (1979), p. 670.
- DGHS (DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR HUMANES STERBEN): *Das Menschenrecht auf einen natürlichen Tod. In: Internationaler Überblick über Patientenverfügungsgesetze und rechtliche Regelungen der Sterbehilfe*, Augsburg, 1985.
- EHRHARDT, H.: *Euthanasie und Vernichtung «lebensunwerten» Lebens*, Stuttgart, 1965.
- EIBACH, U.: *Recht auf Leben - Recht auf Sterben. Anthropologische Grundlegung einer medizinischen Ethik*, Wuppertal, 1974.
- ENGISCH, K.: *Suizid und Euthanasie nach deutschem Recht*. En ESER, A.: *Suizid und Euthanasie als human und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart, 1976 (pp. 312-321).
- ENGISCH, K.: *Aufklärung und Sterbehilfe bei Krebs in rechtlicher Sicht*. En KAUFMANN, A., G. BEMMANN, D. KRAUSS, K. VOLK: *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember, 1978*. München, 1979 (pp. 519-537).
- ESER, A.: *Sterbehilfe und Euthanasie in rechtlicher Sicht*. En EID, V.: *Euthanasie oder Soll man auf Verlangen töten?* Mainz, 1975 (pp. 45-70).
- ESER, A.: *Neues Recht des Sterbens? Einige grundsätzliche Betrachtungen*. En ESER, A.: *Suizid und Euthanasie als human und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart, 1976 (pp. 392-407).
- ESER, A.: *Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch aus rechtlicher Sicht*. En AUER, A., H. MENZEL, A. ESER, A.: *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe. Zum Behandlungsabbruch aus ethischer, medizinischer und rechtlicher Sicht*, Köln, 1977 (pp. 75-149).
- ESER, A.: *Kommentierung der §§ 211 ff, StGB*. En SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strasgesetzbuch, «Kommentar»*, 22, edic. München, 1985.
- ESER, A.: *Sterbewille und ärztliche Verantwortung*, «MedR» (1985), pp. 6-17 (zitiert 1985 [a]).
- ESER, A.: *Der Arzt im Spannungsfeld von Recht und Ethik*, «Focus MHL» 3 (1986), pp. 48-55.
- FRITSCH, P.: *Grenzbereich zwischen Leben und Tod. Klinische, juristische und ethische Probleme*, 2, edic. Stuttgart, 1979.
- GEILEN, G.: *Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme*, «JZ» (1968), pp. 145-152.
- GEILEN, G.: *Euthanasie und Selbstbestimmung. Juristische Betrachtungen zum «Recht auf den eigenen Tod»*, Tübingen, 1975.
- GROPP, W.: *Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rechtsprechung*, «NStZ» (1985), pp. 97-103.
- GRÜNDEL, J.: *Sterbehilfe aus ethischer Sicht*, «MedR» (1985), pp. 1-6.
- HACKENTHAL, E.-W.: *Euthanasie in strafrechtlicher Sicht*. En Hiersche, H.-D.: *Euthanasie, Probleme der Sterbehilfe. Eine interdisziplinäre Stellungnahme*, München, 1975 (pp. 121-168).
- HANACK, E.-W.: *Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen aus juristischer Sicht*, «MedR» (1985), pp. 33-38.

- HÄRING, B.: *Frei in Christus, Moraltheologie für die Praxis des christlichen Lebens, Bd. III: Die Verantwortung des Menschen für das Leben*, Freiburg, 1981.
- HERZBERG, R. D.: *Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord*, «ZStW» 91 (1979), pp. 557-589.
- HIRSCH, H.-J.: *Einwilligung und Selbstbestimmung*. En STRATENWERTH, G., A. KAUFMANN, G. GEILEN, H.-J. HIRSCH, H.-L. SCHREIBER, G. JACOBS, F. LOOS: *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 24. März, 1974*. Berlin, 1974 (pp. 775-800).
- HORN, E.: *Kommentierung der §§ 211 ff, «StGB»*. En RUDOLPHI, H.-J., E. HORN, E. SAMSON: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd. II: Besonderer Teil (§§ 80-358)*, Frankfurt, 1985.
- ILLARDT, F. J., H.-G. KOCH: *Medizinische Ethik*, Ein Arbeitsbuch, Berlin, 1985.
- JÄHNKE, B.: *Kommentierung der §§ 211 ff, «StGB»*. En JESCHECK, H.-H., W. RUSS, G. WILLMS: *Strafgesetzbuch, «Leipziger Kommentar»*, 10, edic. Aufl., Berlin, 1980.
- KAUFMANN, A.: *Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie*, «JZ» (1982), pp. 481-487.
- KAUFMANN, A.: *Euthansie - Selbsttötung - Tötung auf Verlangen*, «MedR» (1983), pp. 121-125.
- KLEE, E.: *«Euthanasie» im NS-Staat. Die Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Frankfurt a. M., 1983.
- KLUG, U.: *Das Recht auf einen menschenwürdigen Tod*. En HEINEMANN, G., W.-D. SCHMIED-KOWARZIK: *Sabotage des Schicksals. Festschrift für Ulrich Sonnemann*, Tübingen, 1982 (pp. 114-117).
- KLUG, U., K. WATERSTRADT: *Stellungnahme der Humanistischen Union e.V. im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Thema «Sterbehilfe»*. Stenographisches Protokoll über die 51. Sitzung des Rechtsausschusses, «Deutscher Bundestag», 10, Wahlperiode, 1985, Anlage (pp. 135-148).
- KOCH, H.-G.: *Der Suizidpatient als Rechtsfall*, «MMW» 126 (1984), pp. 713-716.
- KREUZER, A.: *Ärztliche Hilfeleistungspflicht in der Sicht des Strafrechts*. En MERGEN, A.: *Die juristische Problematik in der Medizin, Bd. II: Ärztliche Aufklärungs und Schweigepflicht*, München, 1971 (pp. 217-254).
- KUTZER, K.: *Strafrechtliche Überlegungen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten und zur Zulässigkeit der Sterbehilfe*, «MDR» (1985) pp. 710-716.
- LENCKNER, TH.: *Vorbemerkungen zu §§ 13ff. u. §§ 32ff, «StGB»*. En SCHÖNKE/SCHÖDER: *Strafgesetzbuch, «Kommentar»*, 22, edic. Aufl., München, 1985.
- LÜTH, P.: *Sterben heute - ein menschlicher Vorgang? Beiträge zur Frage Sterbehilfe als Lebenshilfe*, Stuttgart, 1976 (pp. 56-68).
- LUTTEROTTI, VON, M.: *Menschenwürdiges Sterben. Kann sich die Gesellschaft auf das Gewissen des Arztes verlassen?* Freiburg, 1985.
- MAURACH, R., F.-CHR. SCHROEDER: *Strafrecht: Besonderer Teil, Teilbd. 1: Straftaten gegen Persönlichkeits und Vermögenswerte*, 7, edic. Karlsruhe, 1977.

- MENZEL, H.: *Ziel und Grenzen ärztlichen Handelns im Extrembereich menschlicher Existenz*. En AUER, A., H. MENZEL, A. ESER: *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe. Zum Behandlungsabbruch aus ethischer, medizinischer und rechtlicher Sicht*, Köln, 1977 (pp. 53-74).
- MÖLLERING, J.: *Schutz des Lebens - Recht auf Sterben. Zur rechtlichen Problematik der Euthanasie*, Stuttgart, 1977.
- MOOR, P.: *Die Freiheit zum Tode. Ein Plädoyer für das Recht auf menschenwürdiges Sterben, Euthanasie und Ethik*, Reinbek, 1973.
- NOLL, P.: *Diktate über Sterben & Tod. Mit Totenrede von Max Frisch*, Zürich, 1984.
- RÖSSLER, D.: *Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Thema «Sterbehilfe». Stenographisches Protokoll über die 51. Sitzung des Rechtsausschusses*. Deutscher Bundestag, 10, Wahlperiode, 1985, Anlage (pp. 77-82).
- ROXIN, C.: *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*. En BOCKELMANN, P., A. KAUFMANN, U. KLUG: *Festschrift für Karl Engisch zum 70. «Geburtstag»*, München, 1969 (pp. 380-405).
- ROXIN, C.: *Der Schutz des Lebens aus der Sicht des Juristen*. En BLAHA, H., P. GUTJAHR-LÖSER, E. NIEBER: *Schutz des Lebens-Recht auf Tod*, München, 1978 (pp. 85-109).
- RUDOLPHI, H.-J.: *Tötungsverbot und Selbstbestimmungsrecht (I/II), Altenpflege* (1981) 308-310, 346-350.
- RÜPING, H.: *Für ein Transplantationsgesetz*, MMG 7 (1982), pp. 77-84.
- SAX, W.: *Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, Überlegungen zum «Unterlassen durch Tun», zum «Schutzzweck der Norm» und zur «scheinbaren Rechtsverletzung»*, JZ (1975), pp. 137-151.
- SCHARA, J.: *Die Grenzen der Behandlungspflicht in der Intensivmedizin*, MMW 117 (1975), 1429-1434.
- SCHMIDHÄUSER, E.: *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2, edic. Tübingen, 1983.
- SCHMITT, R.: *Eugenische Indikation vor und nach der Geburt*. En KOHLMANN, G.: *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Köln, 1983 (pp. 329-339).
- SCHMITT, R.: *Ärztliche Entscheidungen zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht*, JZ (1985), pp. 365-370.
- SCHOLTEN, H.-J.: *Legalisierung der aktiven Sterbehilfe in den Niederlanden?*, JZ (1984), pp. 877-879.
- SCHREIBER, H.-L., W. WACHSMUTH: *Ärztliche und rechtliche Hinweise über die Behandlung Todkranker und Sterbender*. En *Chirurgie und Recht, Deutsche Gesellschaft für Chirurgie* —Mitteilungen— 1980 (pp. 83-86).
- SCHREIBER, H.-L.: *Das Recht auf Leben und das Recht auf Tod in juristischer Sicht*. En KURZROCK, R.: *Schriftenreihe der Rias-Funkuniversität*, Bd. 31, Berlin, 1982 (pp. 142-150).
- SCHREIBER, H.-L.: *Kriterien des Hirntodes*, «Bericht über eine Stellungnahme des wissenschaftlichen Beirates der Bundesärztekammer», JZ (1983), 593-594.
- SCHREIBER, H.-L.: *Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Thema «Sterbehilfe»*, «Stenographisches Protokoll über die 51», Sitzung



- des Rechtsausschusses, Deutscher Bundestag, 10, Wahlperiode, 1985, Anlage (pp. 83-105).
- SCHREIBER, H.-L.: *Rechtliche Perspektiven*. En VERHDEUTSCH; *Ges. inn. Med.*, 91. Bd, München, 1985.
- SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN: *Richtlinien für die Sterbehilfe*, Basel, 1976.
- SCHWINGE, E.: *Die angelsächsische Welt und die sog. Sterbehilfe*. En KAUFMANN, H., E. SCHWINGE, H. WELZEL: *Erinnerungsgabe für Max Grünhut*, Marburg, 1964 (pp. 149-159).
- SIMSON, G.: *Die Suizidat*, München, 1976.
- SIMON, G.: *Die Tötung aus Barmherzigkeit in rechtsvergleichender Sicht*. En ESER, A.: *Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart, 1976 (pp. 322-335) (zitiert 1976[a]).
- STENGEL, E.: *Selbstmord und Selbstmordversuch*, Stuttgart, 1969.
- STERNBERG-LIEBEN, D.: *Strafbarkeit des Arztes bei Verstoß gegen ein Patienten-Testament*, NJW (1985), 2734-2739.
- THIELICKE, H.: *Wer darf sterben?*, «Grenzfragen der modernen Medizin», Freiburg, 1979.
- TWYXCROSS, R. G.: *Freiwillige Euthanasie. Eine klinische Betrachtung*. En ESER, A.: *Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart, 1976 (pp. 111-120).
- UHLENBRUCK, W.: *Der Patientenbrief - die privatautonome Gestaltung des Rechts auf einen menschenwürdigen Tod*, NJW (1978), 566-570.
- UHLENBRUCK, W., M. ROLLIN: *Sterbehilfe und Patienten-Testament*, Berlin, 1983.
- WAGNER, J.: *Selbstmord und Selbstmordverhinderung*, Karlsruhe, 1975.
- WASSERMANN, R.: *Das Recht auf den eigenen Tod*. En WINAU, R., H. P. ROSEMEIER: *Tod und Sterben*, Berlin, 1984 (pp. 381-412).
- WÖRZ, R.: *Die medikamentöse Therapie von Karzinomschmerz*. En HACKENTHAL, E., R. WÖRZ: *Medikamentöse Schmerzbehandlung in der Praxis*, Stuttgart, 1985 (pp. 293-323).
- WOLFLAST, G.: *Rechtsfragen der Organtransplantation*, «Gesetzliche Regelung wäre wünschenswert». En *Organtransplantation heute*, Sonderbeilage der Monatsschrift des Marburger Bundes, Erlangen, 1984 (pp. 9-12).
- WÜRMEILING, H.-B.: *Ethische Gesichtspunkte zur Patientenverfügung*, MMW 126 (1984), 979.
- ZIMMERMANN, M.: *Therapie chronischer Schmerzen und Betäubungsmittelrecht*, «Spektrum der Wissenschaft» 9 (1985), 20-21.



# SECCION LEGISLATIVA

## DISPOSICIONES (1)

**SUMARIO:** Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas.—Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal.—Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre modificación de los artículos 239; 566.5.º; 567, 1.º y 3.º y 577.1.º del Código Penal.—Ley 5/1988, de 24 de marzo, por la que se crea la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.—Real Decreto 319/1988, de 30 de marzo, sobre asistencia hospitalaria extrapenitenciaria y modificación del Reglamento Penitenciario, aprobado mediante Real Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo.—Tratado de Extradición entre España y Australia, firmado en Madrid el 22 de abril de 1987.—Ley 9/1988, de 21 de abril, de planta y organización territorial de la Jurisdicción Militar.—Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio, por la que se modifican los artículos 50 y 86.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.—Real Decreto 1.311/1988, de 28 de octubre, por el que se regulan los resarcimientos a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas.—Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972.—Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.—*Proyectos:* Proyecto de Ley Orgánica de Actualización del Código Penal.—Proyecto de Ley Orgánica por la que se crean los Juzgados de lo Penal y se modifican diversos preceptos que las leyes orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal (2).

---

(1) Esta sección ha sido preparada por Francisco Javier Alvarez García, Profesor de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid.

(2) A continuación se referencian otros textos de interés, cuyo contenido no se incluye en esta sección por motivos de espacio: a) *Disposiciones:* Real Decreto 223/1988 («BOE» núm. 67, de 18 de marzo de 1988), sobre protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos.—*Convenio* de La Haya de 25 de octubre de 1980.—Instrumento de Ratificación de 20 de enero de 1988 («BOE» núm. 77, de 30 de marzo de 1988), tendente a facilitar el acceso internacional a la Justicia.—Ley 7/1988, de 5 de abril («BOE» núm. 84, de 7 de abril de 1988), de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.—Real Decreto 395/1988, de 25 de abril («BOE» núm. 102, de 28 de abril de 1988), sobre desarrollo del artículo 24 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.—Real Decreto 396/1988, de 25 de abril («BOE» núm. 102, de 28 de abril de 1988), por el que se desarrolla el artículo 72 de la Ley de Propiedad Intelectual sobre control de tirada.—*Anejos II y III al Convenio* hecho en Berna el 19 de septiembre de 1979 («BOE» núm. 136, de 7 de junio de 1988), relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural en Europa.—*Orden* del Ministerio de Justicia de 30 de mayo de 1988 («BOE» núm. 139, de 10 de junio

**LEY ORGANICA 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas («BOE» núm. 74, de 26 de marzo de 1988).**

PREAMBULO

Como se indicaba en la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, la modificación del artículo 344 de ese cuerpo legal tuvo entonces un alcance limitado, pues obedecía «únicamente al deseo de suprimir los más graves defectos que presenta» la única norma penal de que dispone nuestro ordenamiento jurídico para abordar los problemas del tráfico ilícito de drogas. Junto a lo anterior, no cabe perder de vista que la citada reforma legislativa se insertaba en un con-

---

de 1988), por la que se aprueba el pliego de bases a que se refiere la disposición final primera del Real Decreto 34/1988, de 21 de enero, por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales.—*Orden* del Ministerio de Justicia de 12 de abril de 1988 («BOE» núm. 149, de 22 de junio de 1988), por la que se determina la cantidad que la Administración Penitenciaria deberá satisfacer a los municipios para mantenimiento del servicio de depósito de detenidos a disposición judicial.—*Ley* 22/1988, de 28 de julio («BOE» núm. 181, de 29 de julio de 1988), de Costas.—*Ley* 24/1988, de 28 de julio («BOE» núm. 181, de 29 de julio de 1988), del Mercado de Valores.—*Real Decreto* 833/1988, de 20 de julio («BOE» núm. 182, de 30 de julio de 1988), por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 20/1986, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos.—*Real Decreto* 1.062/1988, de 16 de septiembre («BOE» núm. 227, de 21 de septiembre de 1988), por el que se modifica el Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, de desarrollo de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 de marzo de 1977, encaminada a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los Abogados.—*Real Decreto Legislativo* 109/1988, de 23 de septiembre («BOE» núm. 234, de 29 de septiembre de 1988), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria.—*Instrumento de Ratificación* de 24 de junio de 1988 («BOE» núm. 262, de 1 de noviembre de 1988) del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960, acerca de la responsabilidad civil, en materia de energía nuclear, enmendado por el Protocolo Adicional de 28 de enero de 1964, hecho en París el 16 de noviembre de 1982.—*Ley* 32/1988, de 10 de noviembre («BOE» núm. 272, de 12 de noviembre de 1988), de Marcas.—*Ley* 34/1988, de 11 de noviembre («BOE» núm. 274, de 15 de noviembre de 1988), General de Publicidad.—*Convenio* de Viena de 22 de marzo de 1985.—*Instrumento de Adhesión* de 13 de julio de 1988 («BOE» núm. 275, de 16 de noviembre de 1988), para la protección de la capa de ozono.—*Ley* 35/1988, de 22 de noviembre («BOE» núm. 282, de 24 de noviembre de 1988), sobre Técnicas de Reproducción Asistida; b) *Proyectos: Proposición* de Ley Orgánica, presentada por el Grupo Parlamentario CDS, por la que se regulan los derechos de la cláusula de conciencia y secreto profesional en el ejercicio de la libertad de información («BOC» de 21 de abril de 1988, Serie B, núm. 109-1).—*Acuerdo* relativo a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunicaciones Europeas del Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas, hecho en Bruselas el 25 de mayo de 1987 («BOC» de 21 de abril de 1988, Serie C, núm. 184-1).—*Tratado* entre el Reino de España y la República de Argentina sobre traslado de personas condenadas, hecho en Buenos Aires el 29 de octubre de 1987 («BOC» de 15 de abril de 1988, Serie C, núm. 178-1).—*Convenio* de ejecución recíproca de Resoluciones Judiciales en materia penal entre el Reino de España y la República Popular Húngara, hecho en Budapest el 29 de septiembre de 1987 («BOC» de 18 de abril de 1988, Serie C, núm. 176-1).—*Proyecto* de Ley Orgánica Procesal Militar («BOC» de 15 de abril de 1988, Serie A, núm. 79-1).—*Convenio* sobre comunicación de antecedentes penales y de información sobre condenas judiciales por tráfico ilícito de estupe-

texto mucho más amplio y ambicioso, cual era la amplísima revisión, modernización y adaptación a la Norma Constitucional de nuestro viejo Código Penal, llevada a cabo por la Ley Orgánica antes citada.

Se impone ahora, sin embargo, abordar de forma monográfica la modificación de un precepto penal que, por circunstancias diversas, ha devenido insuficiente para afrontar la pluralidad y heterogeneidad de manifestaciones criminales que surgen en torno al complejo mundo de las drogas.

La reforma del artículo 344 del Código Penal que ahora se acomete no se presenta como el único y aislado instrumento para combatir las toxicomanías. En julio de 1985, el Gobierno, cumpliendo una moción aprobada por el Congreso de los Diputados, aprobó el Plan Nacional sobre Drogas, que, en estos momentos, constituye un proyecto político inspirado en el reconocimiento de la pluralidad de problemas que confluyen en este fenómeno y en la consiguiente convicción de la necesidad de disponer de cuantos mecanismos sean necesarios a fin de vencer tales problemas. De ahí que el citado Plan prevea una actuación coordinada de distintas instancias sociales, tanto públicas como privadas, al servicio de la prevención y el tratamiento de las drogodependencias, pero también con la finalidad de perseguir con mayor eficacia el tráfico ilícito de drogas.

Ese objetivo pretende alcanzarse con la presente Ley Orgánica que, en primer lugar, con la finalidad de fortalecer la función de prevención general que cabe a las normas sancionadoras, establece un importante incremento de las penas de privación de libertad con que se conmina la realización de las conductas prohibidas. No obstante, ese incremento del rigor penal se efectúa desde el respeto al elemental principio de justicia de tratar de manera distinta aquello que es diferente. De esa forma, la nueva regulación penal de estas conductas pretende acomodarse a una estructura piramidal, en cuya base se asientan las que podrían considerarse conductas de tráfico ordinario, ocupando la cúspide la incriminación de aquellos hechos que, sin duda, poseen la mayor capacidad lesiva de los bienes jurídicos, objeto de tutela penal, esto es, las acciones de los responsables de organizaciones dedicadas al narcotráfico.

---

facientes y sustancias psicotrópicas, hecho en Lisboa el 12 de octubre de 1984, así como proyecto de reserva que el Gobierno Español va a formular en el momento de la ratificación («BOC» de 22 de julio de 1988, Serie C, núm. 204-1).—*Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra* de 12 de agosto de 1949, relativos respectivamente a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), hechos en Ginebra el 8 de junio de 1977 («BOC» de 29 de junio de 1988, Serie C, núm. 202-1).—*Segundo Tratado* suplementario de extradición entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, hecho en Madrid el 9 de febrero de 1988 («BOC» de 20 de mayo de 1988, Serie C, núm. 190-1).—*Proposición* de Ley Estatal 9/1988, de 21 de abril, presentada por la Comunidad Autónoma de Aragón, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar («BOC» de 30 de junio de 1988, Serie B, núm. 121-1).—*Proposición* de Ley Orgánica, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto-Agrupación IU-EC, de protección de los derechos y libertades en relación con el uso de la informática y las telecomunicaciones («BOC» 23 de junio de 1988, Serie B, núm. 120-1).—*Proposición* de Ley Orgánica, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto-Agrupación IU-EC, de modificación de los artículos 204 bis y 204 bis a) del Código Penal («BOC» de 9 de junio de 1988, Serie B, núm. 118-1).—*Proyecto* de Ley de Demarcación y de Planta Judicial («BOC» de 8 de junio de 1988, Serie A, núm. 83-1).

Se completa esa estructura con un escalón intermedio en el que se sitúan aquellas conductas que, por concurrir en las mismas algún elemento de especial reprochabilidad, constituyen tipicidades agravadas. Entre éstas, y complementando las hasta ahora incluidas en el párrafo segundo del artículo 344, se han incluido tres nuevos supuestos: que el autor de la conducta prohibida sea funcionario público o autoridad, que las sustancias psicoactivas hayan sido adulteradas, con incremento del posible daño a la salud y que, por último, se faciliten a personas que se encuentren en proceso de deshabituación.

Una de las novedades más importantes que introduce esta Ley Orgánica la constituye, sin duda, la incorporación de un tratamiento jurídico-penal específico para esa singular figura criminológica del drogodependiente que incurre en la comisión de algún hecho delictivo como medio de subvenir a su situación de toxicodependencia. Desde el convencimiento de que en alguno de tales supuestos debe primarse la orientación preventivo-especial de las sanciones penales, se dispone la posibilidad de que la autoridad judicial conceda el beneficio de la remisión condicional, siempre que el reo se hubiere deshabituado o se encontrare en tratamiento para ello. La regulación de esa alternativa se lleva a cabo con suficientes garantías a fin de salvaguardar, de un lado, la cobertura de los fines preventivo-generales, base de toda norma penal, y de evitar, de otra parte, un uso fraudulento de la disposición legal que permitiera su aplicación en supuestos distintos a los realmente queridos por el legislador.

Sin lugar a duda alguna, se ha abierto paso ya en el contexto internacional la convicción de que tras las conductas delictivas relacionadas con el mundo de la droga, no existe sino la realización de un gran negocio económico. La reducción y eliminación de los beneficios económicos obtenidos a través de esta criminal actividad debe deparar los más positivos logros en la difícil lucha contra el tráfico de drogas.

Existe, igualmente, en el concierto de las naciones el pleno convencimiento de que sin una estrecha y fluida cooperación internacional no podrán alcanzarse resultados eficaces en esta materia. La estructura organizativa de este tipo de asociaciones criminales y el carácter transnacional de sus actividades impone, en verdad, esa necesaria cooperación.

No obstante, desde las propias leyes internas debe realizarse un esfuerzo para el hallazgo de instrumentos que permitan aproximar la lucha contra la droga a su indiscutible entidad económica. Desde ese punto de vista, la presente Ley Orgánica establece tres mecanismos que tratan de atajar los beneficios económicos surgidos de ese criminal negocio. Por una parte, se dispone la imposición de penas de multa de muy elevada cuantía. Además, se establece una modificación parcial de lo dispuesto en el artículo 63 de la norma citada, significando que en la determinación de la multa se tendrá en cuenta por la autoridad judicial, de manera preferente, el provecho o ganancia obtenidos o que hubieran podido obtenerse a través de la conducta criminal.

En segundo lugar, se amplían los términos de la figura del comiso, disponiendo como susceptibles del mismo los bienes, de cualquier naturaleza, utilizados o que provengan de la conducta delictiva. Por otra parte, para garantizar la efectividad de esa medida, se faculta a la autoridad judicial para aprehender los citados bienes en cualquier momento en que el proceso se encontrare.

En tercer término, con el objetivo de hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas, se incorpora un nuevo precepto al capítulo VII del título XIII del libro II del Código, que sanciona las conductas de aprovechamiento de los efectos y ganancias de aquel tráfico, o lo que es lo mismo, que pretende incriminar esas conductas que vienen denominándose de «blanqueo» del dinero de ilícita procedencia.

Por último, conviene dejar constancia de que la represión de las conductas de tráfico ilícito y de las de aprovechamiento económico no agota la lucha contra el complejo mundo de la droga. Se requiere también el desarrollo de actividades de prevención y tratamiento de las toxicomanías por parte de las diversas Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias. El desarrollo de tales programas exige un considerable esfuerzo económico y planificador, que ha de tener su reflejo en los presupuestos correspondientes.

#### *Artículo primero*

El artículo 344 del Código Penal queda redactado de la siguiente forma:

«Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con la pena de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de un millón a 100 millones de pesetas si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas en los demás casos.»

#### *Artículo segundo*

Se añaden al Código Penal los siguientes artículos:

«Artículo 344 bis a).—Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el artículo anterior:

1.º Cuando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se faciliten a menores de dieciocho años o disminuidos psíquicos o se introduzcan o difundan en centros docentes, en centros, establecimientos y unidades militares o en establecimientos penitenciarios.

2.º Cuando los hechos descritos en el artículo 344 fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.

3.º Siempre que fuere de notoria importancia la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.

4.º Cuando las citadas sustancias o productos se faciliten a personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación.

5.º Cuando las referidas sustancias o productos se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otros, incrementando el posible daño a la salud.

6.º Cuando el culpable perteneciere a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional.

7.º Cuando el culpable fuere autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador.»

«Artículo 344 bis b).—Los Tribunales impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior cuando las conductas definidas en el mismo fueren de extrema gravedad, o cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones mencionadas en su número 6.º En este último caso, así como cuando concurra el supuesto previsto en el número dos del artículo anterior, la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna de las medidas siguientes:

a) Disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o de los establecimientos abiertos al público.

b) Suspensión de las actividades de la organización o clausura de los establecimientos abiertos al público por tiempo de seis meses a tres años.

c) Prohibición a la misma de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo de dos meses a dos años.»

Artículo 344 bis c).—Si los hechos a que se refieren los artículos 344 y 344 bis, a), fueren realizados por facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta cuando los referidos hechos fueren realizados por Autoridad o agente de la misma.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los Médicos, Psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los Veterinarios, los Farmacéuticos y sus dependientes.»

«Artículo 344 bis d).—Para la determinación de la cuantía de las multas que se impusieran en aplicación de los artículos anteriores, el Tribunal atenderá preferentemente al valor económico final del producto o, en su caso, al de la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener.»

«Artículo 344 bis e).—A no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del delito, serán objeto de comiso los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis, b), o provinieren de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.»

«Artículo 344 bis f).—Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza a los previstos en los artículos 344 a 344 bis c), producirán ante los Tribunales españoles los mismos efectos que las de éstos, en orden a lo que establece el número 15 del artículo 10 del presente Código.»



### Artículo tercero

Se añade al Código Penal un nuevo artículo 93 bis, con la siguiente redacción:  
«Aun cuando no concurrieren las condiciones previstas en el artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la remisión condicional a los condenados a penas de privación de libertad cuya duración no exceda de dos años, que hubieren cometido el hecho delictivo por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas siempre que se den las siguientes circunstancias:

1.<sup>a</sup> Que se declare probada en la sentencia la situación de drogodependencia del sujeto, así como que la conducta delictiva fue realizada por motivo de tal situación.

2.<sup>a</sup> Que se certifique suficientemente, por centro o servicio debidamente acreditado u homologado, que el reo se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de concederse el beneficio.

3.<sup>a</sup> Que el sujeto no sea reincidente ni haya gozado con anterioridad del beneficio de la remisión condicional.

La autoridad judicial requerirá al condenado o a los centros o servicios que participen en su tratamiento de deshabitación lo necesario para comprobar el comienzo y la continuación del mismo, así como para controlar su evolución y las modificaciones que hubiere de experimentar.

La suspensión de la ejecución de la pena quedará condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, así como a que no abandone el tratamiento.

Cumplido lo anterior, una vez transcurrido el plazo de suspensión y acreditada la deshabitación del reo, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena. De lo contrario ordenará su cumplimiento.»

### Artículo cuarto

Se añade al Código Penal un nuevo artículo 546 bis f), con la siguiente redacción, pasando el actual artículo 546 bis f), a ser el artículo 546 bis g):

«El que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b), de este Código recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo se aprovechare para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de un millón a 100 millones de pesetas.

Se impondrán las penas superiores en grado a los reos habituales de este delito y a las personas que pertenecieren a una organización dedicada a los fines señalados en este artículo.

En los casos previstos en el párrafo anterior, así como cuando, a juicio del Tribunal, los hechos contemplados en este artículo fueren de especial gravedad, se impondrá, además de la pena correspondiente, la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre del establecimiento por tiempo de seis meses a seis años o con carácter definitivo.

Serán aplicables a los supuestos contemplados en este precepto las disposiciones contenidas en el artículo 344 bis e), del presente Código.»

*Artículo quinto*

El actual artículo 344 bis del Código Penal pasa a constituir el 344 ter del mismo.  
Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 24 de marzo de 1988.

**LEY ORGANICA 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal («BOE»  
núm. 126, de 26 de mayo de 1988).**

*Artículo único*

Se introducen en el Código Penal los siguientes preceptos:

*Artículo 10, número 15*

Se introduce como penúltimo párrafo el siguiente:

La condena de un Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Tribunales españoles, siempre que hubiere sido impuesta por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

*Artículo 57 bis, a)*

Las penas correspondientes a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes se impondrán en su grado máximo, salvo que tal circunstancia estuviese ya prevista como elemento constitutivo del tipo penal.

*Artículo 57 bis, b)*

1. En los delitos a que se refiere el artículo 57 bis, a), serán circunstancias cualificadas para la graduación individual de las penas:

a) Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado.

b) Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

2. En los supuestos mencionados en el apartado anterior el Tribunal impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito, sin tener en cuenta para ello la elevación de pena establecida en el artículo anterior. Asimismo, podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere

tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes, evitar el delito o impedir la actuación o el desarrollo de las bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los artículos 418, 419 y 420, números 1.º y 2.º del Código Penal. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo 57 bis a).

#### *Artículo 98 bis*

Los condenados por los delitos a que se refiere el artículo 57 bis, a), podrán obtener la libertad condicional si concurre alguna de las circunstancias de los apartados 1, b) o 2 del artículo 57 bis, b), y hubiesen cumplido, al menos, un tercio de la pena impuesta.

#### *Artículo 174*

Se introduce, antes del último párrafo del artículo 174, el siguiente y nuevo número 3.º:

3.º A los promotores y directivos de bandas armadas o de organizaciones terroristas o rebeldes y a quienes dirigieran cualquiera de sus grupos, las de prisión mayor en su grado máximo y multa de 150.000 a 750.000 pesetas. A los integrantes de las citadas bandas u organizaciones la de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas.

#### *Artículo 174 bis, a)*

1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes.

2. En todo caso, son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslados de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos.

#### *Artículo 174 bis, b)*

El que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde, o en colaboración con sus objetivos y fines, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquéllas, utilizando armas de fuego, bombas,

granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase, cualquiera que sea el resultado producido, será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo, a menos que por razón del delito cometido corresponda pena mayor. A los promotores y organizadores del hecho, así como a los que hubieren dirigido su ejecución, les será impuesta la pena de reclusión menor.

### *Artículo 233*

Se añade el siguiente párrafo final:

Iguales penas se impondrán a quienes, como integrantes de una banda armada u organización terrorista o rebelde o en colaboración con sus objetivos o actividades atentares contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales.

### DISPOSICION FINAL

Queda derogada la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 25 de mayo de 1988.

**LEY ORGANICA 5/1988, de 9 de junio, sobre modificación de los artículos 431 y 432 y derogación de los artículos 239; 566.5.º; 567.1.º y 3.º, y 577.1.º del Código Penal («BOE» núm. 140, de 11 de junio de 1988).**

### *Artículo primero*

1. La rúbrica del Capítulo II del Título IX del Libro II del Código Penal quedará redactada en los siguientes términos:

«De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual.»

2. Los artículos 431 y 432 del Código Penal quedarán redactados del siguiente modo:

«Artículo 431.—El que ejecutare o hiciere ejecutar a otro actos lúbricos o de exhibición obscena ante menores de dieciséis años o deficientes mentales, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de treinta mil a trescientas mil pesetas.

Se impondrá la pena de multa de treinta mil a trescientas mil pesetas al que ejecutare o hiciere ejecutar a otro las acciones previstas en el párrafo anterior

ante mayores de dieciséis años sin su consentimiento. Para proceder por el delito previsto en este párrafo será precisa denuncia de la persona agraviada.»

«Artículo 432.—El que por cualquier medio difundiere, vendiere o exhibiere material pornográfico entre menores de dieciséis años o deficientes mentales, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de treinta mil a trescientas mil pesetas.»

### *Artículo segundo*

Quedan sin contenidos los artículos 239, 566, apartado 5.º; 567, apartados 1.º y 3.º, y 577, apartado 1.º, del Código Penal.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 9 de junio de 1988.

## **LEY ORGANICA 6/1988, de 9 de junio, por la que se modifican los artículos 50 y 896 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.**

### *Artículo primero*

El artículo 50 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 50.1. La Sección, por unanimidad de sus miembros, podrá acordar mediante providencia la inadmisión del recurso cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Que la demanda incumpla de manera manifiesta e insubsanable alguno de los requisitos contenidos en los artículos 41 a 46 o concurra en la misma el caso al que se refiere el artículo 4.2.

b) Que la demanda se deduzca respecto de derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional.

c) Que la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional.

d) Que el Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual, señalando expresamente en la providencia la resolución o resoluciones desestimatorias.

2. La providencia a que se refiere el apartado anterior, que indicará el supuesto en el que se encuentra el recurso, se notificará al demandante y al Ministerio Fiscal. Contra dicha providencia solamente podrá recurrir el Ministerio Fiscal, en súplica, en el plazo de tres días. El recurso se resolverá mediante auto.

3. Cuando en los supuestos a que alude el apartado primero no hubiere una-

nimidad, la Sección, previa audiencia del solicitante de amparo y del Ministerio Fiscal, por plazo común que no excederá de diez días, podrá acordar mediante auto la inadmisión del recurso.

4. Contra los autos a los que se refieren los apartados 2 y 3 anteriores no cabrá recurso alguno.

5. Cuando en la demanda de amparo concurran uno o varios defectos de naturaleza subsanable, la Sección procederá en la forma prevista en el artículo 85.2; de no producirse la subsanación dentro del plazo fijado en dicho precepto, la Sección acordará la inadmisión mediante providencia, contra la cual no cabrá recurso alguno.»

### *Artículo segundo*

El artículo 86.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, queda redactado de la siguiente forma:

«1. la decisión del proceso constitucional se producirá en forma de sentencia. Sin embargo, las decisiones de inadmisión inicial, desistimiento y caducidad adoptarán la forma de auto salvo que la presente Ley disponga expresamente otra forma. Las otras resoluciones adoptarán la forma de auto si son motivadas o de providencia si no lo son, según la índole de su contenido.»

### DISPOSICION TRANSITORIA

Lo dispuesto en la presente Ley Orgánica será de aplicación a las demandas de amparo que se encuentren pendientes de admisión a la fecha de su entrada en vigor.

### DISPOSICION FINAL

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 9 de junio de 1988.

**LEY 5/1988, de 24 de marzo, por la que se crea la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas («BOE» núm. 76, de 29 de marzo de 1988).**

### PREAMBULO

El 24 de julio de 1985 el Gobierno aprobó el Plan Nacional sobre drogas, cumpliendo así la moción aprobada por el Congreso de los Diputados en su se-

sión del día 27 de octubre de 1984. El Plan trata de abordar el complejo fenómeno de las drogas desde un enfoque multidisciplinar, estableciendo una política coherente que coordine las distintas instancias competentes en esta materia. Para ello, entre las medidas prioritarias se contempla la institucionalización de la Fiscalía Especial para la Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, lo cual requiere, si se desea que el empeño no sea baldío, determinar sus funciones y poner a su disposición los medios personales necesarios para el desarrollo de su función.

Ese es el objetivo de la presente Ley, que incardina dentro de la unidad del Ministerio Fiscal una Fiscalía Especial para la Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, bajo la dirección del Fiscal General del Estado. Dicha Fiscalía estará integrada por un Fiscal de Sala como Jefe de la misma, por un Teniente Fiscal y por los Fiscales que determine la plantilla. Tendrá su sede en Madrid y extenderá sus funciones a todo el territorio nacional. Si el principio de unidad de actuación es fundamental en el funcionamiento del Ministerio Fiscal, no es necesario poner de relieve cómo en el ámbito de la represión del tráfico ilegal de drogas tal unidad es absolutamente imprescindible, a consecuencia, tanto de la extensión del fenómeno como de sus peculiares manifestaciones criminológicas.

De otra parte, se introducen en el vigente texto del Estatuto del Ministerio Fiscal diversas modificaciones tendentes a adecuar la estructura de la institución a la organización judicial diseñada por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985.

#### *Artículo primero*

El artículo 12.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, queda redactado de la siguiente forma:

«Son órganos del Ministerio Fiscal:

- El Fiscal General del Estado.
- El Consejo Fiscal.
- La Junta de Fiscales de Sala.
- La Fiscalía del Tribunal Supremo.
- La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.
- La Fiscalía de la Audiencia Nacional.
- La Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.
- Las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia.
- Las Fiscalías de las Audiencias Provinciales.»

#### *Artículo segundo*

El párrafo primero del artículo 18.1 de la misma Ley quedará redactado de la siguiente forma:

«En la Audiencia Nacional, en los Tribunales Superiores de Justicia y en cada Audiencia Provincial, existirá una Fiscalía bajo la jefatura directa del Fiscal respectivo, integrada por un Teniente Fiscal y los Fiscales que determine la plantilla. La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, bajo la dirección del Fiscal General del Estado, estará integrada por un Fiscal de Sala y los Fiscales que determine

la plantilla. Del mismo modo, la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, bajo la dirección del Fiscal General del Estado, estará integrada por un Fiscal de Sala, por un Teniente Fiscal de la categoría 2.ª y por los Fiscales que determine la plantilla, que podrán pertenecer indistintamente a las categorías 2.ª y 3.ª»

### *Artículo tercero*

Se introduce un nuevo artículo 18 bis en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, con el siguiente texto:

«1. La Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas ejercerá las siguientes funciones:

a) Intervenir directamente en los procesos penales por delitos relativos al tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas cometidos por bandas o grupos organizados, y que produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas audiencias y cualesquiera otros que sean de competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y de los Juzgados Centrales de Instrucción, conforme a los artículos 65.1, d) y e), y 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

b) Intervenir directamente en los procedimientos penales por delitos relativos al tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en que lo acuerde el Fiscal General del Estado.

c) Coordinar las actuaciones de las distintas Fiscalías en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas.

Quando el número de procedimientos así lo aconseje, el Fiscal General del Estado podrá designar a uno o varios Fiscales de las mismas para que actúen en relación directa con dicha Fiscalía Especial. El Fiscal Jefe de esta última tendrá, con respecto a los Fiscales así designados y sólo en el ámbito específico de su competencia, las mismas facultades y deberes que corresponden a los Fiscales Jefes de los demás órganos del Ministerio Fiscal. Los Fiscales así designados deberán informar de los asuntos a que esta Ley se refiere al Fiscal Jefe del órgano en que desempeñen sus funciones.

Por su parte, las Fiscalías de los Tribunales Militares colaborarán con la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas en relación con los hechos cometidos en centros, establecimientos y unidades militares.

d) Investigar la situación económica y patrimonial, así como las operaciones financieras y mercantiles de toda clase de personas respecto de las que existan indicios de que realizan o participan en actos de tráfico ilegal de drogas o de que pertenecen o auxilian a organizaciones que se dedican a dicho tráfico, pudiendo requerir de las Administraciones Públicas, Entidades, Sociedades y particulares las informaciones que estime precisas.

e) Colaborar con la autoridad judicial en el control del tratamiento de los drogodependientes a quienes se haya aplicado la remisión condicional, recibiendo los datos precisos de los centros acreditados que participen en dicho tratamiento.

f) Promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas.

2. La Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal



de Drogas podrá impartir a la Policía Judicial las órdenes e instrucciones que considere procedentes para el desempeño de sus funciones.»

#### *Artículo cuarto*

En el artículo 19 de la misma Ley la frase «y Tribunal de Cuentas» se sustituye por la de, «Tribunal de Cuentas y para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas».

#### *Artículo quinto*

1. En el párrafo uno del artículo 35 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, se adiciona una letra G, con el siguiente contenido: «Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas».

2. En el párrafo tres del mismo artículo se adiciona lo siguiente:

«Teniente Fiscal de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.»

#### *Artículo sexto*

El párrafo uno del artículo 36 de la misma Ley quedará redactado así:

«1. Los destinos correspondientes a la categoría primera, los de Fiscales del Tribunal Supremo y los de Fiscales Jefes de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, se proveerán por el Gobierno, previo informe del Fiscal General del Estado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de este Estatuto. De igual modo, serán designados los Tenientes Fiscales de aquellos órganos cuyo Jefe pertenezca a la categoría primera y los de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.»

### DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—La plantilla presupuestaria de la Carrera Fiscal correspondiente al ejercicio en que entre en vigor la presente Ley se incrementa en 50 plazas, una de Fiscal de Sala del Tribunal Supremo y 49 de Fiscales.

Segunda.—1. En el artículo 14.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se suprimen las palabras «o Audiencia Territorial».

2. En el artículo 31, párrafo último, las palabras «excedencia especial» quedan sustituidas por «servicios especiales».

3. En el artículo 35.2 de la misma Ley se suprimen las palabras «Audiencias Territoriales».

4. En el artículo 35.3 de la misma Ley se suprimen las palabras «Tenientes Fiscales de Audiencias Territoriales».

5. En el artículo 36.2 de la misma Ley se suprimen las palabras «y Audiencias Territoriales».

6. En el artículo 42, párrafo segundo, de la misma Ley se sustituyen las palabras «Ministerio de Justicia» por Estado».

7. En el artículo 45, párrafo segundo, del mismo texto legal se sustituyen las palabras «de la Audiencia Territorial» por «del Tribunal Superior de Justicia».

Tercera.—Se adiciona una nueva disposición transitoria séptima en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, cuyo texto será el siguiente:

«En tanto subsistan las Audiencias Territoriales existirá en cada una de ellas una Fiscalía integrada, bajo la jefatura directa del Fiscal respectivo, por un Teniente Fiscal y los Fiscales que determine la plantilla. Para servir el cargo de Fiscal Jefe de dichas Audiencias Territoriales, será preciso pertenecer a la categoría equiparable a la que tenga el respectivo Presidente. El nombramiento corresponderá al Gobierno, previo informe del Fiscal General del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de esta Ley.»

Cuarta.—Se faculta al Gobierno para dictar las disposiciones reglamentarias necesarias para le ejecución de lo dispuesto en la presente Ley.

Quinta.—Por el Ministerio de Economía y Hacienda se habilitarán los créditos necesarios para el cumplimiento de la presente Ley.

#### DISPOSICION FINAL

Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 24 de marzo de 1988.

#### **REAL DECRETO 319/1988, de 30 de marzo, sobre asistencia hospitalaria extrapenitenciaria y modificación del Reglamento Penitenciario, aprobado mediante Real Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo («BOE» núm. 88, de 12 de abril de 1988).**

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General penitenciaria, en su artículo 3.4 impone a la Administración Penitenciaria el deber de velar por la vida, integridad física y salud de los internos, estableciendo en sus artículos 36 y siguientes un sistema de asistencia sanitaria penitenciaria, sin perjuicio de prever en el artículo 36.2 que los internos puedan ser asistidos, en casos de necesidad o de urgencia, en Centros hospitalarios extrapenitenciarios.

Esta asistencia hospitalaria extrapenitenciaria de los internos está regulada en la actualidad por el Real Decreto 633/1978, de 2 de marzo, que es anterior a la citada Ley Orgánica General Penitenciaria. Se impone, en consecuencia, dictar una nueva normativa sobre la materia.

A tal fin se ha considerado oportuno, en uso de la habilitación reglamentaria contenida en la disposición final segunda de la citada Ley Orgánica, modificar

el Reglamento Penitenciario, introduciendo un nuevo artículo que aborde la regulación de la asistencia hospitalaria extrapenitenciaria.

Junto a ello se establecen normas sobre la custodia de los internos y sobre la responsabilidad del personal de los Centros hospitalarios.

En su virtud, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, a propuesta de los Ministros de Justicia, del Interior y de Sanidad y Consumo, de acuerdo con el Consejo de Estado, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 30 de marzo de 1988,

## DISPONGO

Artículo 1—La vigilancia y custodia de los detenidos, presos o penados a que se refiere el artículo 147 bis del Reglamento Penitenciario en Centros hospitalarios no penitenciarios correrá exclusivamente a cargo de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado competentes. Corresponde a las autoridades de dichos Cuerpos y Fuerzas establecer las condiciones en que se llevarán a cabo la vigilancia y custodia y, en especial, la identificación de las personas que hayan de acceder a la dependencia en que se encuentre el interno, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Reglamento Penitenciario y en este Real Decreto y atendidas las circunstancias del enfermo y las normas de funcionamiento del Centro hospitalario y sin perjuicio de la intimidad que requiera la asistencia sanitaria.

Artículo 2—No se podrá exigir responsabilidad alguna en materia de custodia de los internos al personal de los Centros hospitalarios, que asumirá exclusivamente las responsabilidades propias de la asistencia sanitaria.

Artículo 3—Los gastos que origine la asistencia hospitalaria extrapenitenciaria serán de cuenta de las Administraciones penitenciarias, fijándose su importe mediante convenio con los entes públicos correspondientes.

Artículo 4—En los Centros hospitalarios no dependientes de Administraciones penitenciarias que se determinen de acuerdo con las autoridades sanitarias, existirán las habitaciones o dependencias que reúnan las necesarias condiciones de seguridad para el tratamiento e internamiento de los enfermos a que se refiere el presente Real Decreto y para el servicio de vigilancia que se establezca, respetándose, en todo caso, la intimidad de aquéllos.

## DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—La Sección primera del capítulo I del título tercero del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo, contendrá, en lo sucesivo, el siguiente artículo:

«Artículo 147 bis.—1. Cuando ello sea necesario, por no existir Centros hospitalarios penitenciarios próximos al lugar donde radique el establecimiento en que se encuentre el interno o por ser los servicios hospitalarios penitenciarios inadecuados para una correcta asistencia sanitaria de los internos, el tratamiento clínico o quirúrgico que requiera asistencia hospitalaria se efectuará en Centros hospitalarios dependientes de otras Administraciones Públicas no penitenciarias.

2. La petición de ingreso de los detenidos, presos y penados en los Centros

hospitalarios dependientes de Administraciones Públicas no penitenciarias será acordada por el Centro directivo de la correspondiente Administración Penitenciaria, previa propuesta razonada de las Juntas de Régimen y Administración, a la que se acompañarán informes médicos en los que conste el diagnóstico de la enfermedad o anomalía que requiera tratamiento.

Del traslado de los detenidos y presos se dará cuenta a la autoridad judicial de que dependan y al Juez de Vigilancia en el caso de los penados.

Cuando existan razones de urgencia, a propuesta del facultativo del establecimiento, el Director ordenará el traslado al Centro hospitalario, dando cuenta a la Junta de Régimen y Administración, al Centro directivo y a las autoridades judiciales a que se hace referencia en el párrafo anterior.

3. La permanencia de detenidos, presos o penados en los Centros hospitalarios dependientes de Administraciones Públicas no penitenciarias, durará estrictamente el tiempo que requiera su correcto tratamiento, a juicio de los servicios médicos del propio Centro, quienes emitirán, con el alta hospitalaria del interno, informe clínico completo dirigido a los servicios médicos del establecimiento de destino».

Segunda.—1. En el artículo 142.1 del Reglamento Penitenciario se suprime la frase «y, en su caso, de las autoridades judiciales a cuya disposición estén dichos internos».

2. En el artículo 142.2 del Reglamento Penitenciario se suprime la frase «y señalará, de conformidad con los Facultativos del Centro, el momento en que deba reintegrarse al establecimiento penitenciario».

3. El artículo 79 del Reglamento Penitenciario quedará redactado así:

«La salida de internos para consulta e ingreso, en su caso, en Centros hospitalarios no penitenciarios será acordada por el Centro directivo. En caso de urgencia, según dictamen médico, podrá procederse a la conducción e ingreso en el Centro hospitalario, dando cuenta seguidamente al Centro directivo. Una vez acordada, el Director del establecimiento solicitará del Gobernador civil la fuerza pública que deba hacer la conducción y encargarse de la posterior custodia del interno en el Centro hospitalario».

#### DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogados los artículos 1 a 4, segundo párrafo del 5 y 6, así como la disposición transitoria del Real Decreto 633/1978, de 2 de marzo, y cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en este Real Decreto.

#### DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Se autoriza a los Ministros de Justicia, de Interior y de Sanidad y Consumo para que conjuntamente propongan o separadamente dicten, en el ámbito de sus respectivas competencias, las disposiciones necesarias para la ejecución de lo dispuesto del presente Real Decreto.

Segunda.—El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Palma de Mallorca a 30 de marzo de 1988.

**TRATADO DE Extradición entre España y Australia, firmado en Madrid el 22 de abril de 1987 (Boletín núm. 101, de 27 de abril de 1988).**

**TRATADO DE EXTRADICION ENTRE AUSTRALIA Y ESPAÑA**

Australia y España, animadas del deseo de hacer más efectiva la cooperación de los dos países en la represión del delito mediante la conclusión de un Tratado para la extradición de las personas acusadas o condenadas por la comisión de delitos, han convenido lo siguiente:

*Artículo 1. Obligación de conceder la extradición*

Los Estados Contratantes se comprometen a entregarse recíprocamente, según las disposiciones del presente Tratado, a las personas a quienes se persiga para su enjuiciamiento o para la imposición o cumplimiento de una condena en el Estado requirente por un hecho que dé lugar a extradición.

*Artículo 2. Hechos que dan lugar a la extradición*

1. A efectos del presente Tratado, darán lugar a extradición aquellos hechos, cualquiera que sea su descripción, que sean punibles, según las leyes de ambos Estados Contratantes, tanto en el momento de la comisión del hecho como en el de la solicitud de extradición, con prisión, una medida de seguridad u otra pena privativa de libertad, cuya duración máxima sea de un año por lo menos o con una pena más severa. Cuando la solicitud de extradición se refiera a una persona condenada por un delito de esa clase a la que se busca para el cumplimiento de una pena de prisión, medida de seguridad u otra pena privativa de libertad, sólo se concederá la extradición si le quedan por cumplir por lo menos seis meses de pena.

2. A efectos del presente artículo, no se tendrá en cuenta el que las leyes de los Estados Contratantes tipifiquen las acciones u omisiones que constituyen el delito dentro de la misma categoría de infracciones o utilicen para su denominación la misma terminología o una terminología similar.

3. A los efectos del presente artículo, para determinar si una infracción constituye un delito según la Ley de ambos Estados Contratantes, se tomará en consideración la totalidad de las acciones u omisiones imputadas a la persona cuya extradición se solicita, sin tomar en cuenta la figura delictiva que se le imputa según la Ley del Estado requirente.

4. Cuando el delito se hubiera cometido fuera del territorio del Estado requirente, se concederá la extradición si la legislación del Estado requerido pena un delito cometido fuera de su territorio en circunstancias similares. Si la legislación del Estado requerido no contiene una disposición de esa clase, el Estado requerido podrá conceder discrecionalmente la extradición.

5. La extradición se concederá por delitos fiscales. La extradición no podrá denegarse por el motivo de que la legislación del Estado requerido no imponga

el mismo tipo de impuestos o de tasas o no contenga el mismo tipo de reglamentación en materia de impuestos y tasas, aduana y cambio, que la legislación del Estado requirente.

### *Artículo 3. Excepciones a la extradición*

1. No se concederá la extradición si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

a) Si el delito por el que se solicita la extradición es un delito político. A los fines de este subpárrafo, el concepto de delito político no incluirá la muerte o el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o un miembro de su familia ni el delito contra la legislación relativa al genocidio, ni cualquier delito respecto del cual los Estados Contratantes estén obligados en base a un Convenio Internacional, del que ambos sean parte, a someter el caso a sus autoridades competentes para que decidan sobre si procede enjuiciamiento en caso de que la extradición no sean concedida, ni ningún delito que las leyes de ambos Estados Contratantes establezcan que no serán considerados como tales.

b) Si hay razones suficientes para creer que se ha formulado una solicitud de extradición por un delito de derecho común con objeto de perseguir o castigar a una persona a causa de su raza, religión, nacionalidad u opinión política, o que la posición de esa persona pueda resultar perjudicada por cualquiera de estas razones.

c) Si la infracción por la que se solicita la extradición constituye delito en la legislación militar pero no es delito en la legislación penal ordinaria de los Estados Contratantes.

d) Si en el Estado requerido o en un tercer Estado se ha dictado sentencia definitiva respecto del delito por el cual se pide la extradición de la persona; o

e) Si, con arreglo a la legislación de cualquiera de los Estados Contratantes, se hubiera producido la prescripción de la acción penal, o de la pena contra la persona cuya extradición se solicita, o se hubiese extinguido la responsabilidad penal por cualquiera otra causa.

2. Podrá denegarse la extradición cuando se dé cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) Si la persona cuya extradición se pide es nacional del Estado requerido. La cualidad de nacional se apreciará en el momento de la decisión sobre la extradición. Si el Estado requerido deniega la extradición de un nacional suyo, someterá el asunto, a instancia del otro Estado, siempre que la legislación del Estado requerido lo permita, a las autoridades competentes, a fin de que pueda procederse judicialmente contra dicha persona, por todos o cualquiera de los delitos por los que se ha solicitado la extradición, si se considera apropiado.

b) Si las autoridades competentes del Estado requerido, en los casos en que ambos Estados tuvieran jurisdicción, hubieran decidido abstenerse de perseguir a la persona cuya extradición se pide por el delito respecto del cual se solicita la extradición.

c) Si el delito del que está acusada o por el que ha sido declarada culpable la persona cuya extradición se pretende, o cualquier otro delito por el que pueda ser encarcelada o juzgada conforme a lo dispuesto en el presente Tratado, está

castigado con la pena capital por la ley del Estado requirente, salvo que este Estado ofrezca suficientes garantías de que la misma no será ejecutada bajo ninguna circunstancia.

d) Si el delito por el que se solicita la extradición está considerado, según la legislación del Estado requerido, como cometido total o parcialmente dentro de este último Estado.

e) Si en el Estado requerido estuviera pendiente un proceso, por el delito respecto del que se solicita la extradición, contra la persona cuya extradición se pide; o

f) Si el Estado requerido, aun teniendo en cuenta la naturaleza del delito y los intereses del Estado requirente, considera que, dadas las circunstancias excepcionales del caso, la extradición sería incompatible con consideraciones humanitarias.

#### *Artículo 4. Aplazamiento de la extradición*

El Estado requerido podrá aplazar la extradición a fin de proceder contra la persona reclamada, o para que esa persona pueda cumplir una condena impuesta por delito distinto de aquél por el que se solicita la extradición; cuando el Estado requerido aplaze por ese motivo la extradición lo comunicará al Estado requirente.

#### *Artículo 5. El procedimiento de extradición y documentos necesarios*

1. La solicitud de extradición se formulará por escrito y se transmitirá por vía diplomática. Todos los documentos presentados en apoyo de la solicitud de extradición serán debidamente autenticados.

2. Deberá acompañarse a la solicitud de extradición la siguiente documentación:

a) Si la persona está acusada de un delito, la orden de detención o copia de la misma, una exposición de cada delito por el cual se solicita la extradición y de los hechos u omisiones de los que se le acusa en relación con cada delito.

b) Si la persona ha sido condenada por un delito, la documentación oportuna que pueda demostrar la existencia de la sentencia condenatoria y de la pena impuesta, el hecho de que la sentencia es ejecutoria de inmediato, y la medida en que la sentencia haya quedado sin ejecutar.

c) Si la persona ha sido condenada por un delito pero aún no se la ha impuesto la pena, los documentos que puedan demostrar el hecho de la condena y una declaración de la intención de imponer la pena.

d) En todos los casos, copia de la disposición legal aplicable, incluyendo cualquier ley relacionada con la prescripción del procedimiento, si procede, con expresión de la pena o medida de seguridad aplicable; y

e) En todos los casos, información o documentación que permita establecer la identidad de la persona cuya extradición se solicita.

3. De acuerdo con la legislación del Estado requerido, se podrá conceder la extradición, si la persona cuya extradición se solicita de acuerdo con el presente Tratado, a pesar de no haberse cumplido las condiciones de los apartados 1 y 2 de este artículo, hubiera dado su consentimiento para que se dicte la correspondiente resolución accediendo a la extradición.

4. El Estado Contratante que, de acuerdo con este Tratado, remita al otro Estado Contratante cualquier documento no redactado en el idioma del otro Estado, proporcionará una traducción del mismo al idioma del otro Estado Contratante a petición de éste.

#### *Artículo 6. Autenticación de documentos*

1. Cualquier documento que, de acuerdo con el artículo 5, se acompañe a la solicitud de extradición será remitido, si se presenta debidamente autenticado, en cualquier procedimiento de extradición en el territorio del Estado requerido.

2. A los efectos de este Tratado, se considerará debidamente autenticado un documento:

- a) Si aparece firmado o certificado por un Juez, Magistrado o funcionario en, o del, Estado requirente; y
- b) Si aparece sellado con un sello oficial o público del Estado requirente.

#### *Artículo 7. Información adicional*

1. Si el Estado requerido considera que los datos aportados en apoyo de la solicitud de extradición de una persona no son suficientes para que se cumplan los requisitos del presente Tratado, dicho Estado podrá solicitar que se aporten datos adicionales, dentro del plazo que especifique.

2. Si la persona cuya extradición se solicita está detenida y la información adicional aportada no es suficiente o no se ha recibido dentro del plazo especificado, esa persona podrá ser puesta en libertad, pero esto no impedirá ni que continúe el procedimiento de extradición iniciado ni que se formule una nueva solicitud de extradición.

3. Cuando se ponga en libertad a la persona detenida, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2, el Estado requerido lo notificará al Estado requirente lo antes posible.

#### *Artículo 8. Detención preventiva*

1. En caso de urgencia, un Estado Contratante podrá solicitar a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), o de cualquier otra forma, la detención preventiva de la persona reclamada hasta que se presente la solicitud de extradición por vía diplomática.

2. Deberán hacerse constar en la solicitud de detención preventiva los pormenores de la sentencia condenatoria u orden de detención, una relación de los hechos que la motiven, el tiempo y lugar de su perpetración y la filiación de la persona cuya detención se interesa, con ofrecimiento de presentar seguidamente petición de extradición.

3. Al recibir dicha solicitud, el Estado requerido adoptará las medidas necesarias para asegurar la detención de la persona reclamada, y notificará al Estado requirente, a la mayor brevedad, el resultado de su solicitud.



4. La persona que haya sido detenida a consecuencia de dicha solicitud será puesta en libertad a los cuarenta días de la fecha de su detención, si no hubiese recibido una solicitud de extradición acompañada de los documentos que se especifican en el artículo 5.

5. El hecho de que se haya puesto en libertad a una persona reclamada según lo dispuesto en el párrafo 4 del presente artículo, no será obstáculo para que se inicie o continúe el procedimiento de extradición de dicha persona en caso de recibirse la solicitud posteriormente.

#### *Artículo 9. Concurso de solicitudes de extradición*

1. En caso de recibirse de dos o más Estados solicitudes de extradición de una misma persona, el Estado requerido decidirá a cuál de estos Estados habrá de concederse la extradición y notificará dicha decisión a los Estados requirentes.

2. Para determinar a qué Estado se concederá la extradición, el Estado requerido tendrá en cuenta todas las circunstancias pertinentes y, particularmente:

- a) La gravedad relativa de los delitos, en caso de que las solicitudes se refieran a distintos hechos.
- b) La fecha y lugar en que se cometió cada uno de los delitos.
- c) Las respectivas fechas de las solicitudes.
- d) La nacionalidad de la persona; y
- e) El lugar habitual de residencia de dicha persona.

#### *Artículo 10. Entrega de la persona reclamada*

1. Ninguno de los Estados Contratantes será requerido para adoptar una decisión sobre una solicitud de extradición antes de que hayan transcurrido veintidós días desde la fecha en que, por decisión judicial firme, haya sido considerado que la persona en cuestión puede ser objeto de extradición.

2. En cuanto haya tomado una decisión respecto a la solicitud de extradición, el Estado requerido comunicará dicha decisión al Estado requirente por vía diplomática. Se motivará toda decisión por la que se deniegue total o parcialmente una solicitud de extradición.

3. Cuando se conceda la extradición de una persona por un delito, se efectuará su traslado desde el lugar del territorio del Estado requerido que sea conveniente para el Estado requirente.

4. El Estado requirente efectuará el traslado desde el territorio del Estado requerido dentro de un plazo razonable especificado por el Estado requerido. Si la persona reclamada no fuera trasladada dentro de dicho plazo, el Estado requerido podrá negarse a conceder la extradición por el mismo delito.

5. Si, por circunstancias ajenas a su control, un Estado Contratante no pudiese proceder a la entrega o traslado del extradicto, lo pondrá en conocimiento del otro Estado. Los Estados Contratantes concertarán una nueva fecha de entrega y se aplicarán las disposiciones del párrafo 4 del presente artículo.

*Artículo 11. Entrega de objetos*

1. En la medida en que lo permita la Ley del Estado requerido, y sin perjuicio de los derechos de terceros, que habrán de respetarse debidamente, todo objeto que se encuentre en el Estado requerido y se haya adquirido a consecuencia del delito, o que pueda necesitarse como prueba, se entregará al Estado requirente, si así lo solicita, en caso de concederse la extradición.

2. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, dichos objetos se entregarán al Estado requirente, si éste así lo solicita, aun en caso de que una extradición no pudiera tener lugar a consecuencia de la muerte o evasión de la persona reclamada.

3. Cuando así lo exijan la legislación del Estado requerido o los derechos de terceros, los objetos entregados serán restituidos al Estado requerido, si así lo solicita, sin gasto alguno.

*Artículo 12. Principio de especialidad*

La persona que hubiera sido entregada no será perseguida, ni sentenciada, ni detenida, ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal, por cualesquiera actos u omisiones anteriores a la entrega, distintos de los que hubieran motivado la extradición, excepto en los casos siguientes:

a) Cuando el Estado requerido consintiere en ello. A tal efecto, la solicitud de consentimiento será acompañada de la documentación prevista en el artículo 5.

b) Cuando la persona entregada, habiendo tenido la posibilidad de abandonar el territorio del Estado requirente, no lo hubiere hecho así dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a su exárcelación definitiva o hubiere regresado a dicho territorio después de haberlo abandonado.

*Artículo 13. Reextradición a un tercer Estado*

1. En caso de que una persona haya sido entregada al Estado requirente por el Estado requerido, el Estado requirente no efectuará la entrega a un tercer Estado por un delito cometido con anterioridad a la entrega, excepto:

a) Si el Estado requerido lo consiente; o

b) Si la persona ha tenido una oportunidad de abandonar el Estado requirente y no lo ha hecho en el plazo de los cuarenta y cinco días siguientes a su excarcelación definitiva con respecto al delito por el que dicha persona fue entregada por el Estado requerido, o si ha regresado al territorio del Estado requirente después de haberlo abandonado.

2. Antes de acceder a una solicitud efectuada en virtud de lo dispuesto en el subpárrafo 1, a), del presente artículo, el Estado requerido podrá exigir que se envíe la documentación mencionada en el artículo 5.

*Artículo 14. Tránsito*

1. Cuando haya de efectuarse la extradición de una persona a un Estado Contratante desde un tercer Estado, o desde un Estado Contratante a un tercer

Estado a través del territorio del otro Estado Contratante, el Estado Contratante al cual o desde el cual haya de efectuarse la extradición de dicha persona solicitará autorización al otro Estado Contratante para dicho tránsito por su territorio.

2. Una vez recibida la solicitud, el Estado requerido concederá el tránsito, salvo que esté persuadido de que existen motivos razonables para denegarlo. El Estado requerido podrá solicitar toda o parte de la documentación mencionada en el artículo 5.

3. La autorización para el tránsito de una persona, a reserva de lo dispuesto en la legislación del Estado requerido, incluirá la autorización de mantener bajo custodia a dicha persona durante el tránsito.

4. Cuando, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3, se mantenga bajo custodia a una persona, el Estado requerido podrá ordenar que se ponga a ésta en libertad si su traslado no prosiguiera en un plazo razonable de tiempo.

#### *Artículo 15. Gastos*

1. El Estado requerido tomará todas las medidas necesarias y sufragará los gastos que se originen en el procedimiento que se inicie a consecuencia de una solicitud de extradición.

2. El Estado requerido sufragará los gastos que resulten de la detención en su territorio de la persona cuya extradición se solicita; y de la custodia de dicha persona hasta el momento de su entrega a quien haya designado el Estado requiriente.

3. El Estado requirente sufragará los gastos ocasionados por el traslado de la persona reclamada desde el territorio del Estado requerido.

#### *Artículo 16. Entrada en vigor y denuncia*

1. El presente Tratado entrará en vigor treinta días después de que los Estados Contratantes se hayan notificado mutuamente el cumplimiento de los requisitos legales para su entrada en vigor.

2. Cada uno de los Estados Contratantes podrá dar por terminado el presente Tratado en cualquier momento, mediante notificación por escrito, y dejará de estar en vigor ciento ochenta días después de la fecha en que se formule la notificación. No obstante, este Tratado continuará aplicándose a cualquier solicitud de extradición pendiente en la fecha en que este Tratado deje de tener efecto.

3. Al entrar en vigor este Tratado quedará sin efectos, entre los Estados Contratantes, el Tratado de Extradición celebrado entre España y Gran Bretaña el 4 de junio de 1878, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5.

4. Las extradiciones solicitadas después de la entrada en vigor de este Tratado se regirán por sus cláusulas.

5. Las extradiciones solicitadas antes de la entrada en vigor de este Tratado continuarán tramitándose y serán resueltas conforme a las disposiciones del Tratado de Extradición entre España y Gran Bretaña, celebrado el 4 de junio de 1878.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados a este efecto por sus respectivos Gobiernos, firman el presente Tratado.

Hecho en Madrid, el día 22 de abril de 1987, en español e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos.

Por España, *Excelentísimo señor don Fernando Ledesma Bartret*, Ministro de Justicia.

Por Australia, *The honourable Lionel Frost Bowen*, Attorney General.

El presente Tratado entrará en vigor el 5 de mayo de 1988, treinta días después de la fecha de las notificaciones cruzadas entre las partes comunicándose mutuamente el cumplimiento de los requisitos legales respectivos, según se establece en su artículo 16.

Madrid, 15 de abril de 1988.—El Secretario general técnico, José Manuel Paz y Agüeras.

**LEY 9/1988, de 21 de abril, de planta y organización territorial de la Jurisdicción Militar. («B.O.E.» núm. 97, de 22 de abril de 1988.)**

DISPOSICION ADICIONAL

1. La normativa procesal penal por la que se regirá la Jurisdicción Militar a partir del primero de mayo de 1988, será el Tratado Tercero, Procedimientos Militares, del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, acomodado a la estructura, terminología y atribuciones de los órganos que determina la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y con las modificaciones, sustituciones y supresiones que se señalan en esta Disposición Adicional.

2. Las referencias a la autoridad judicial militar, al auditor, o a la autoridad judicial con su auditor de dicho Tratado, se entenderán hechas al Tribunal Militar correspondiente.

3. Los siguientes artículos del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar quedarán redactados como sigue:

Artículo 730. El Fiscal, una vez formulado el precedente escrito, que unirá al procedimiento, remitirá éste al Instructor.

El Instructor requerirá al procesado para que nombre defensor, si no lo hubiere designado en el sumario. Si se negase a designarlo o transcurrieren cinco días sin hacerlo, se le nombrará de oficio.

Artículo 797. La sentencia que el Tribunal Militar pronuncie se notificará, por el Secretario Relator, a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación, que deberá prepararse dentro de los cinco días siguientes al de la notificación.

Transcurridos cinco días sin que ningún legitimado haya preparado recurso de casación, el Tribunal declarará, por auto, firme la sentencia.

Artículo 1.062. Cuando la responsabilidad civil de que se trate sea la subsidiaria del Estado derivada del artículo 48 del Código Penal Militar, firme la sentencia o el acuerdo del Tribunal que declare procedente exigirla, ordenará éste que se tramite pieza separada, que encabezará con testimonio de particulares, entre los que ha de figurar siempre la resolución del procedimiento. Una vez completa la instrucción, se elevará lo actuado al Ministerio de Defensa para su ejecución.

4. Quedarán sin contenido los siguientes artículos del Código de Justicia Militar: 470, 512, 514, 525, 526, 527, 725, párrafo primero, 731, 763, 764, 765, 798 a 807, 825 a 860, 911, 954 a 975, 977, 978, 980 a 985, 1.025 a 1.046, 1.063 a 1.071.

5. Los expedientes judiciales por faltas graves comprendidos en los artículos 431, 432 y 433 del Código de Justicia Militar, que no se hallen conclusos el primero de mayo de 1988 serán resueltos por la Autoridad sancionadora a que se refiere el número 3 del artículo 19 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

6. Se regirán por la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

a) Las cuestiones de competencia entre órganos judiciales militares. A estos efectos serán superiores jerárquicos para resolver dichas cuestiones los Tribunales y Militares Territoriales respecto de los Jueces Togados Militares de su territorio y la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central en los demás casos.

b) Las causas de abstención y recusación.

c) Los recursos de revisión y casación.

El procedimiento ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal será norma supletoria del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar.

7. En el procedimiento contencioso disciplinario militar será norma procesal la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, con las salvedades orgánicas propias de la Jurisdicción Militar.

#### DISPOSICION FINAL

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 21 de abril de 1988.

**LEY ORGANICA 6/1988, de 9 de junio, por la que se modifican los artículos 50 y 896 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. («B.O.E.» núm. 140, de 11 de junio de 1988.)**

#### *Artículo primero*

El artículo 50 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 50. 1. La Sección, por unanimidad de sus miembros, podrá acordar mediante providencia la inadmisión del recurso cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Que la demanda incumpla de manera manifiesta e insubsanable alguno de los requisitos contenidos en los artículos 41 a 46 o concurra en la misma el caso al que se refiere el artículo 4.2.

b) Que la demanda se deduzca respecto de derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional.

c) Que la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional.

d) Que el Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual, señalando expresamente en la providencia la resolución o resoluciones desestimatorias.

2. La providencia a que se refiere el apartado anterior, que indicará el supuesto en el que se encuentra el recurso, se notificará al demandante y al Ministerio Fiscal. Contra dicha providencia solamente podrá recurrir el Ministerio Fiscal, en súplica, en el plazo de tres días. El recurso se resolverá mediante auto.

3. Cuando en los supuestos a que alude el apartado primero no hubiere unanimidad, la Sección, previa audiencia del solicitante de amparo y del Ministerio Fiscal, por plazo común que no excederá de diez días, podrá acordar mediante auto la inadmisión del recurso.

4. Contra los autos a los que se refieren los apartados 2 y 3 anteriores no cabrá recurso alguno.

5. Cuando en la demanda de amparo concurran uno o varios defectos de naturaleza subsanable, la Sección procederá en la forma prevista en el artículo 85.2; de no producirse la subsanación dentro del plazo fijado en dicho precepto, la Sección acordará la inadmisión mediante providencia, contra la cual no cabrá recurso alguno».

### *Artículo segundo*

El artículo 86.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, queda redactado de la siguiente forma:

«1. La decisión del proceso constitucional se producirá en forma de sentencia. Sin embargo, las decisiones de inadmisión inicial, desistimiento y caducidad adoptarán la forma de auto salvo que la presente Ley disponga expresamente otra forma. Las otras resoluciones adoptarán la forma de auto si son motivadas o de providencia si no lo son, según la índole de su contenido.»

## DISPOSICION TRANSITORIA

Lo dispuesto en la presente Ley Orgánica será de aplicación a las demandas de amparo que se encuentren pendientes de admisión a la fecha de su entrada en vigor.

## DISPOSICION FINAL

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 9 de junio de 1988.

**REAL DECRETO 1.311/1988, de 28 de octubre, por el que se regulan los resarcimientos a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas. («B.O.E.» núm. 265, de 4 de noviembre de 1988.)**

Derogada la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra las actuaciones de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, procede dar cumplimiento al mandato establecido en el artículo 64.1 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, que habilita al Gobierno para establecer mediante normas de desarrollo el alcance y condiciones del resarcimiento que a cargo del Estado se prevé, por los daños corporales causados como consecuencia o con ocasión de actividades delictivas cometidas por bandas armadas o elementos terroristas.

El presente Real Decreto desarrolla tal mandato legal, mediante una regulación de fondo que contempla, para su efectividad, la determinación de las personas con derecho a ser resarcidas, el sistema de fijación de las cantidades a resarcir según los distintos supuestos y, en general, las demás condiciones para el ejercicio de la acción derivada de aquel derecho, teniendo en cuenta su naturaleza de indemnización especial al asumir la Administración del Estado una responsabilidad por hechos ajenos, no imputables a sus propios servicios, que no tiene más finalidad que la de los poderes públicos paliar, en los casos más graves, las consecuencias dañosas sufridas por las víctimas de las bandas armadas y elementos terroristas.

De otro lado, la experiencia vivida en estos últimos años aconseja ampliar los titulares del derecho del resarcimiento a determinadas personas que quedaban fuera del resarcimiento previsto en la legislación ahora derogada, limitándose, naturalmente, esa especial prestación, a unos supuestos concretos en los que concurren, además de unas extraordinarias circunstancias de carácter humano, unos determinados lazos directos de parentesco, así como una dependencia económica real y demostrada.

En su virtud, a propuesta del Ministerio del Interior, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 28 de octubre de 1988.

**DISPONGO**

**Artículo 1.º *Concepto y alcance del resarcimiento.***

1. Serán resarcibles por el Estado los daños corporales causados a personas ajenas al delito como consecuencia o con ocasión de las actividades delictivas cometidas por bandas armadas o elementos terroristas, con el alcance y condiciones que establece el presente Real Decreto.

2. Los resarcimientos que resulten de aplicar el párrafo anterior serán compatibles con cualesquiera otros a que tuvieran derecho la víctima o sus derechohabientes.

3. Quedan fuera de la protección establecida por este Real Decreto cualesquiera otros daños y perjuicios producidos en las personas, cosas o bienes cuyo resarcimiento, en su caso, se regulará por las normas que les sean de aplicación.

**Art. 2.º Titulares del derecho de resarcimiento.**

Serán titulares del derecho de resarcimiento reconocido en el presente Real Decreto:

1.º En el caso de lesiones, la persona o personas que las hubiera padecido.

2.º En el caso de muerte y con referencia siempre a la fecha de ésta:

a) El cónyuge no separado legalmente, los hijos de la víctima, cualquiera que fuera su filiación, que sean menores de edad o que, siendo mayores, se hallaren legalmente incapacitados o fueran notoriamente incapaces de procurar su sustento, y el progenitor superviviente, si lo hubiere, de algún hijo del difunto con derecho a resarcimiento, siempre que lo tuviera bajo su custodia.

Cuando concurrieren el cónyuge, los hijos del difunto y el progenitor superviviente de alguno de éstos, el resarcimiento se repartirá por mitades.

Una corresponderá al cónyuge no separado legalmente y la otra se distribuirá por partes iguales entre los hijos de la víctima con la participación de su respectivo progenitor superviviente, sea o no cónyuge del fallecido, en el 50 por 100 de la cantidad que corresponda a cada uno de sus hijos.

b) En defecto de todas las anteriores personas, o no concurriendo en ellas los requisitos antes reseñados, los ascendientes de la víctima en primer grado.

c) En defecto de las personas enunciadas en los previos apartados, los hermanos de la víctima, siempre que conviviesen y dependiesen económicamente de ésta, y no tuvieran medios suficientes de subsistencia.

Excepcionalmente, y para los casos de muerte de los progenitores y de algún hijo común de ambos, quedando superstitos otros hijos comunes, estos últimos respecto de sus hermanos, sin necesidad de que concurren la convivencia y dependencia económica prevista en el párrafo anterior.

**Art. 3.º Criterios para determinar el importe del resarcimiento.**

Uno. El resarcimiento se fijará de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Si se produjera una situación de incapacidad laboral transitoria, lesiones permanentes no invalidantes, o ambas, el resarcimiento a percibir será el establecido para tales eventos por las normas vigentes en cada momento en el sistema de la Seguridad Social.

b) De producirse lesiones invalidantes, la cantidad a indemnizar se referirá al salario mínimo interprofesional y dependerá del grado de incapacitación, de acuerdo con la siguiente escala:

1. Incapacidad permanente parcial, treinta mensualidades.

2. Incapacidad permanente total, cincuenta mensualidades.

3. Incapacidad permanente absoluta, setenta y ocho mensualidades.

4. Gran invalidez, noventa y tres mensualidades.

c) En los casos de muerte, el resarcimiento será de ciento siete mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente.

Dos. La consideración de las lesiones como invalidantes o no invalidantes se determinará en base a los criterios que sobre el particular establezca la legislación de la Seguridad Social.

El salario mínimo interprofesional para determinar la cuantía de los resarcimientos será el vigente en el momento de producirse las lesiones o muerte.



Tres. A los resarcimientos previstos en el epígrafe b) y c) del primer apartado del presente artículo, se añadirá una cantidad de veinte mensualidades del salario mínimo interprofesional por cada uno de los hijos menores o mayores incapacitados.

Cuatro. Podrán aumentarse las cantidades que resulten de la aplicación de las reglas anteriores hasta en un 30 por 100 de las mismas, teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares y profesionales de la víctima.

Cinco. Los resarcimientos serán satisfechos de una sola vez a los titulares del derecho al resarcimiento.

Serán resarcibles los gastos derivados del tratamiento médico de las víctimas cuando los interesados carezcan de cualquier sistema de previsión que los cubra.

#### Art. 4.º *Determinación del nexo causal.*

1. Para la determinación del nexo causal existente entre las actividades delictivas de las bandas armadas o elementos terroristas y las lesiones físicas o muerte que hayan causado, se estará a lo que resulte del expediente administrativo instruido al efecto.

2. Sin embargo, y siempre que exista sentencia penal firme que así lo fundamente, la resolución administrativa dictada conforme al número anterior podrá ser revisada de acuerdo con la legislación en vigor.

#### Art. 5.º *Expediente administrativo y plazo de prescripción de la acción.*

1. Las solicitudes presentadas al amparo del presente Real Decreto se tramitarán con arreglo al procedimiento de urgencia previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo y serán resueltas por el Ministerio del Interior.

2. La acción para reclamar prescribe por el transcurso del plazo de un año, computado a partir del hecho que la motivó. No obstante, y con relación al supuesto contemplado en el apartado primero del artículo segundo, dicho plazo comenzará a correr a partir de la fecha en que la víctima esté totalmente curada de sus lesiones. En el caso de que falleciese como consecuencia directa de éstas, existirá un nuevo plazo de igual extensión para solicitar la diferencia —si la hubiere— entre la cuantía devengada por tales lesiones y la que corresponda por el fallecimiento.

### DISPOSICION ADICIONAL

Por el Ministerio de Economía y Hacienda se habilitarán los créditos necesarios, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, para hacer efectivas las previsiones de este Real Decreto.

### DISPOSICION TRANSITORIA

El presente Real Decreto será de aplicación a los expedientes que se instruyan con motivos de hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal.

No obstante, las personas que, en relación con hechos acaecidos durante la vigencia de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, se encontraban en las circunstancias contempladas por el apartado 2.c) del artículo 2.º de este Real Decreto, tendrán derecho a que se les conceda el resarcimiento previsto en el presente Real Decreto.

El plazo para solicitar tal resarcimiento será el establecido en el artículo 5.º, número 2, de este Real Decreto, computándose a partir de su entrada en vigor.

#### DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogado el Real Decreto 336/1986, de 24 de enero, y cuantas disposiciones se opongan al presente Real Decreto.

#### DISPOSICION FINAL

El presente Real Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid, a 28 de octubre de 1988.

#### **INSTRUMENTO de Ratificación del Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972. («B.O.E.» núm. 270, de 10 de noviembre de 1988.)**

*Por cuanto* el día 30 de mayo de 1984 el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Toledo (España) el Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972.

*Vistos y examinados* los 47 artículos de dicho Convenio y sus tres anexos.

*Concedida* por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución.

*Vengo en aprobar y ratificar* cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza *mando* expedir este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores, con las siguientes declaraciones:

##### Primera declaración:

«En relación con el artículo 18, España declara reservarse la facultad de exigir que los documentos relativos a la aplicación del Convenio le sean remitidos acompañados de una traducción al español.»

**Segunda declaración:**

«En relación con el anexo I, España declara que se reserva el derecho de rehusar una solicitud de prosecución, en los casos previstos en los apartados a), b) y g).»

Dado en Madrid a 24 de junio de 1988.

**CONSEJO DE EUROPA**

Serie de Tratados europeos número 73

**CONVENIO EUROPEO SOBRE LA TRANSMISION  
DE PROCEDIMIENTO EN MATERIA PENAL**

Estrasburgo, 15 de mayo de 1972

Los Estados miembros del Consejo de Europa signatarios del presente Convenio,

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es conseguir una mayor unidad entre sus miembros,

Deseando completar la labor ya realizada en la esfera del derecho penal para conseguir que las sanciones sean más justas y más eficaces,

Considerando conveniente a ese fin, con espíritu de confianza mutua, asegurar la organización de los procedimientos para la sanción de las infracciones en el ámbito internacional, evitando los inconvenientes de los conflictos de competencia,

Han convenido lo siguiente:

**TITULO PRIMERO****Definiciones****Artículo 1**

A los efectos del presente Convenio:

a) «Infracción» comprende los hechos que constituyen infracciones penales, así como los hechos incluidos en las disposiciones legales mencionadas en el anexo III del presente Convenio, a condición de que cuando la infracción sea de la competencia de una autoridad administrativa, se dé al interesado la posibilidad de someter la causa al juicio de un órgano judicial.

b) «Sanción» significa toda pena o medida en la que se incurra o se pronuncie por una infracción penal o por una infracción a las disposiciones legales mencionadas en el anexo III.

**TITULO II****Competencia***Artículo 2*

1. A los efectos de la aplicación del presente Convenio, todo Estado contratante tendrá competencia para perseguir con arreglo a su propia legislación penal cualquier infracción a la que sea aplicable la legislación penal de otro Estado contratante.

2. La competencia reconocida a un Estado contratante exclusivamente en virtud del párrafo 1 del presente artículo sólo podrá ejercerse cuando otro Estado contratante presente una solicitud de instrucción de procedimiento.

*Artículo 3*

Todo Estado contratante que, según su propia legislación, tenga competencia para perseguir una infracción podrá, a los efectos de la aplicación del presente Convenio, renunciar a instruir procedimiento o desistir del que hubiera instruido contra un sospechoso que sea perseguido por el mismo hecho por otro Estado contratante. Habida cuenta de las disposiciones del párrafo 2 del artículo 21, la decisión de renuncia o desistimiento de procedimiento será provisional hasta tanto que en el otro Estado contratante no se haya adoptado una decisión definitiva.

*Artículo 4*

El Estado requerido sobreeserá el procedimiento basado exclusivamente en el artículo 2 cuando, según su conocimiento, el derecho a imponer una sanción se hubiera extinguido según la legislación del Estado requirente por cualquier causa, excepto la prescripción, a la que se aplicarán específicamente el párrafo c) del artículo 10, los párrafo f) y g) del artículo 11 y los artículos 22, 23 y 26.

*Artículo 5*

Las disposiciones del título III del presente Convenio no limitan la competencia del Estado requerido con arreglo a su legislación interna en materia punitiva.

**TITULO III****Transmisión de procedimientos***Sección I. Solicitud de instrucción de procedimientos**Artículo 6*

1. Cuando una persona sea sospechosa de haber cometido una infracción según la legislación de un Estado contratante, este Estado podrá pedir a otro

Estado contratante que instruya el procedimiento correspondiente en los casos y en las condiciones previstos en el presente Convenio.

2. Si según las disposiciones del presente Convenio, un Estado contratante puede pedir a otro Estado contratante que instruya el procedimiento correspondiente, las autoridades competentes del primer Estado deberán tomar en consideración dicha posibilidad.

#### *Artículo 7*

1. El procedimiento sólo podrá instruirse en el Estado requerido cuando el hecho por el cual se solicite el procedimiento constituyera una infracción de haberse cometido en este Estado y cuando, en tales circunstancias, pueda sancionarse al autor igualmente en virtud de la legislación de dicho Estado.

2. Si la infracción hubiese sido cometida por una persona investida con una función pública en el Estado requirente o contra una persona investida con una función pública, una Institución o una propiedad de carácter público en ese Estado, se considerará en el Estado requerido como infracción cometida por una persona investida con una función pública en este último Estado o contra una persona, Institución o propiedad correspondientes, en este último Estado, a aquella contra la que se haya cometido la infracción.

#### *Artículo 8*

1. Un Estado contratante podrá pedir a otro Estado contratante que instruya un procedimiento en uno o varios de los casos siguientes:

- a) Si el sospechoso tiene su residencia habitual en el Estado requerido.
- b) Si el sospechoso es nacional del Estado requerido o si este último Estado es su Estado de origen.
- c) Si el sospechoso está cumpliendo o va a cumplir en el Estado requerido una sanción que implique la privación de libertad.
- d) Si contra el sospechoso se ha instruido ya en el Estado requerido un procedimiento por la misma infracción o por otras infracciones.
- e) Si considera que la transmisión está justificada para facilitar el descubrimiento de la verdad y en particular si los elementos de prueba más importantes se hallan en el Estado requerido.
- f) Si considera que la ejecución en el Estado requerido de una posible condena es probable que mejore las posibilidades de readaptación social del condenado.
- g) Si considera que no puede garantizarse la comparecencia del sospechoso en la audiencia que habría de celebrarse en el Estado requirente en tanto que pueda garantizarse esa comparecencia en la audiencia en el Estado requerido.
- h) Si considera que no está en condiciones de ejecutar por sí mismo una posible condena, incluso recurriendo a la extradición, en tanto que el Estado requerido está en condiciones de hacerlo.

2. Si el sospechoso ha sido condenado por sentencia firme en un Estado contratante, este último Estado no podrá demandar la transmisión de procedimientos en uno o en varios de los casos mencionados en el párrafo 1 del presente

artículo si dicho Estado no puede ejecutar por sí mismo la sanción, incluso recurriendo a la extradición, y si el otro Estado contratante no acepta el principio de la ejecución de una sentencia extranjera o se niega a ejecutar una sentencia de esa clase.

#### *Artículo 9*

1. Las autoridades competentes del Estado requerido examinarán la solicitud de instrucción de procedimiento que se les haya dirigido en aplicación de los artículos precedentes. Dichas autoridades determinarán, de conformidad con su propia legislación, el curso que haya de darse a esa demanda.

2. Cuando la Ley del Estado requerido disponga que la sanción de la infracción corresponde a una autoridad administrativa, este Estado lo comunicará lo antes posible al Estado requirente, excepto en el caso de que el Estado requerido hubiera formulado una declaración conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del presente artículo.

3. Todo Estado contratante, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o adhesión o en cualquier otro momento posterior, mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, podrá manifestar las condiciones en las que su legislación nacional dispone la imposición de una sanción por ciertas infracciones por una autoridad administrativa. Una declaración de esta clase sustituirá la notificación prevista en el párrafo 2 del presente artículo.

#### *Artículo 10*

El Estado requerido no dará curso a la solicitud:

- a) Si la solicitud no cumple las disposiciones del párrafo 1 del artículo 6 y del párrafo 1 del artículo 7.
- b) Si la instrucción de procedimiento contraviene las disposiciones del artículo 35.
- c) Si en la fecha mencionada en la solicitud ha expirado el plazo de prescripción de la acción pública en el Estado requirente, conforme a la legislación de este Estado.

#### *Artículo 11*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10, el Estado requerido no podrá negarse a aceptar la solicitud, en su totalidad o en parte, más que en uno o varios de los casos siguientes:

- a) Si considera que no está justificado el motivo en que se base la solicitud en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8.
- b) Si el sospechoso no tiene su residencia habitual en el Estado requerido.
- c) Si el sospechoso no es nacional del Estado requerido y no tenía su residencia habitual en el territorio de este Estado en el momento de cometerse la infracción.

d) Si considera que la infracción respecto de la cual se solicita la instrucción de procedimiento tiene carácter político o es una infracción puramente militar o fiscal.

e) Si considera que hay razones importantes para creer que la solicitud de instrucción de procedimiento está motivada por consideraciones de razas, religión, nacionalidad u opinión política.

f) Si su propia legislación es ya aplicable al hecho y ha prescrito la acción pública, según esa legislación, en el momento de recibirse la solicitud; en tal caso no podrá aplicarse el párrafo 2 del artículo 26.

g) Si su competencia se basa exclusivamente en el artículo 2 y ha prescrito la acción pública según su propia legislación en el momento de recibirse la solicitud, teniendo en cuenta la prórroga de seis meses del plazo de prescripción establecido en el artículo 23.

h) Si el hecho se ha cometido fuera del territorio del Estado requirente.

i) Si el procedimiento contraviene los compromisos internacionales del Estado requerido.

j) Si el procedimiento contraviene los principios fundamentales del orden jurídico del Estado requerido.

k) Si el Estado requirente ha infringido una norma de procedimiento establecida en el presente Convenio.

#### *Artículo 12*

1. El Estado requerido revocará su aceptación de la solicitud si, con posterioridad a esa aceptación, se pusiera de manifiesto alguno de los motivos mencionados en el artículo 10 del presente Convenio para no dar curso a la solicitud.

2. El Estado requerido podrá revocar su aceptación de la solicitud:

a) Si se pone de manifiesto que no puede garantizarse la comparecencia del sospechoso en la audiencia en dicho Estado o si una condena eventual no podrá ser ejecutada en dicho Estado.

b) Si uno de los motivos de denegación establecidos en el artículo 11 se pone de manifiesto antes de que la causa sea sometida a un órgano judicial.

c) En otros casos, cuando el Estado requirente dé su conformidad.

### *Sección 2. Procedimiento de transmisión*

#### *Artículo 13*

1. Todas las solicitudes especificadas en el presente Convenio se efectuarán por escrito. Tanto dichas solicitudes como las demás comunicaciones necesarias para la aplicación del presente Convenio serán formuladas bien por el Ministerio de Justicia del Estado requirente al Ministerio de Justicia del Estado requerido o bien, de conformidad con acuerdos especiales, directamente por las autoridades del Estado requirente a las del Estado requerido, y se devolverán por la misma vía.

2. En caso de urgencia, las solicitudes y las comunicaciones podrán ser transmitidas por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL).

3. Todo Estado contratante, mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, podrá notificar que tiene la intención de derogar, en lo que le concierna, las normas de transmisión establecidas en el párrafo 1 del presente artículo.

#### *Artículo 14*

Si un Estado contratante estima que la información proporcionada por otro Estado contratante es insuficiente para poder aplicar el presente Convenio, solicitará la información complementaria necesaria. Podrá fijar un plazo para la obtención de esa información.

#### *Artículo 15*

1. La solicitud de instrucción de procedimiento irá acompañada del original o de una copia certificada del expediente penal y de todos los documentos precisos. No obstante, si el sospechoso estuviera en detención preventiva conforme a lo dispuesto en la sección 5 y el Estado requirente no estuviera en condiciones de acompañar dichos documentos a la solicitud de instrucción de procedimiento, los documentos podrán ser remitidos posteriormente.

2. El Estado requirente informará por escrito al Estado requerido de todas las actuaciones procesales o de todas las medidas relacionadas con la acción pública que hayan tenido lugar en el Estado requirente con posterioridad a la transmisión de la solicitud. Esta notificación irá acompañada de todos los documentos pertinentes.

#### *Artículo 16*

1. El Estado requerido informará sin demora al Estado requirente de su decisión sobre la solicitud de instrucción de procedimiento.

2. El Estado requerido informará asimismo al Estado requirente del sobreseimiento o de la decisión adoptada al final del procedimiento. Se remitirá al Estado requirente una copia certificada de toda decisión escrita.

#### *Artículo 17*

Si la competencia del Estado requerido se basa exclusivamente en el artículo 2, dicho Estado deberá informar al sospechoso de la solicitud de instrucción de procedimiento a fin de que ésta persona pueda exponer sus alegaciones antes de que ese Estado adopte una decisión sobre dicha solicitud.

#### *Artículo 18*

Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, no se exigirá la traducción de los documentos relativos a la aplicación del presente Convenio.



2. Todo Estado contratante, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o adhesión podrá, mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, reservarse la facultad de exigir que se envíen acompañados de una traducción dichos documentos con excepción de la copia de la decisión escrita mencionada en el párrafo 2 del artículo 16. Los demás Estados contratantes enviarán esas traducciones, bien en el idioma nacional del Estado destinatario o bien en uno de los idiomas oficiales del Consejo de Europa, que designará el Estado destinatario. No obstante, no es obligatoria esta designación. Los demás Estados contratantes podrán aplicar la regla de reciprocidad.

3. El presente artículo no afectará a las disposiciones relativas a la traducción de las solicitudes y los documentos anexos incluidas en acuerdos o arreglos en vigor o que se concierten posteriormente entre dos o más Estados contratantes.

#### *Artículo 19*

Los documentos que se transmitan en aplicación del presente Convenio estarán exentos de todas las formalidades de legalización.

#### *Artículo 20*

Cada uno de los Estados contratantes renuncia a reclamar a otro Estado contratante el reembolso de los gastos originados por la aplicación del presente Convenio.

### *Sección 3. Efectos de la solicitud de instrucción de procedimiento en el Estado requirente*

#### *Artículo 21*

1. El Estado requirente, una vez que haya presentado la solicitud de instrucción de procedimiento, no podrá perseguir al sospechoso por el mismo hecho que haya motivado dicha solicitud, ni ejecutar contra el sospechoso una decisión que fuera adoptada anteriormente por ese hecho. No obstante, hasta que se reciba la decisión del Estado requerido sobre la solicitud de instrucción de procedimiento, el Estado requirente conservará su derecho a efectuar todas las actuaciones procesales, con excepción de aquellas cuyo efecto sea someter el caso ante un órgano judicial para que dicte sentencia o eventualmente ante la autoridad administrativa para que adopte una decisión.

2. El Estado requirente recuperará su derecho de instrucción de procedimiento y ejecución:

a) Si el Estado requerido le informa de su decisión de no dar curso a la solicitud en los casos previstos en el artículo 10.

b) Si el Estado requerido le informa de que se niega a aceptar la solicitud en los casos previstos en el artículo 11.

c) Si el Estado requerido le informa de que revoca su aceptación de la solicitud en los casos previstos en el artículo 12.

d) Si el Estado requerido le informa de su decisión de no instruir el procedimiento o sobreseerlo.

e) Si retira su solicitud antes de que el Estado requerido le haya informado de su decisión de darle curso.

#### *Artículo 22*

En el Estado requirente la solicitud de instrucción de procedimiento, de conformidad con el presente título, tendrá por efecto prorrogar por seis meses en el Estado requirente el plazo de prescripción de la acción pública.

#### *Sección 4. Efectos de la solicitud de instrucción de procedimiento en el Estado requerido*

#### *Artículo 23*

Si la competencia del Estado requerido se basa exclusivamente en el artículo 2, el plazo de prescripción de la acción pública en dicho Estado se prorrogará por seis meses.

#### *Artículo 24*

1. Si en ambos Estados la instrucción de procedimiento tiene que hacerse a instancia de parte, la querrela o denuncia presentada en el Estado requirente tendrá validez como tal en el Estado requerido.

2. Si sólo en el Estado requerido la instrucción de procedimiento tiene que hacerse a instancia de parte, este Estado podrá instruir el procedimiento aunque no se presente la correspondiente querrela o denuncia, si la persona legitimada para formularla no se opone a ella en un plazo de un mes después de recibir la notificación en la cual la autoridad competente le informe de dicho derecho.

#### *Artículo 25*

En el Estado requerido la sanción aplicable a la infracción será la que establezca la legislación de dicho Estado, salvo que dicha legislación disponga lo contrario. Cuando la competencia del Estado requerido se base exclusivamente en el artículo 2, la sanción que se imponga en este Estado no podrá ser más grave que la sanción que establezca la legislación del Estado requirente.

#### *Artículo 26*

1. Todo acto que tenga por objeto la instrucción de procedimiento, efectuado en el Estado requirente, de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes

en dicho Estado, tendrá en el Estado requerido la misma validez que hubiera tenido ese acto efectuado por las autoridades de este Estado, sin que esta asimilación pueda tener como efecto conferir a dicho acto una fuerza probatoria superior a la que tiene en el Estado requirente.

2. Todo acto que interrumpa la prescripción, efectuado válidamente en el Estado requirente, surtirá los mismos efectos en el Estado requerido y viceversa.

### *Sección 5. Medidas provisionales en el Estado requerido*

#### *Artículo 27*

1. Cuando el Estado requirente anuncie su intención de transmitir una solicitud para la instrucción de procedimiento y la competencia del Estado requerido se basa exclusivamente en el artículo 2, el Estado requerido, a petición del Estado requirente, podrá proceder, en virtud del presente Convenio, a la prisión provisional del sospechoso:

a) Si la legislación del Estado requerido autoriza la prisión provisional por esa infracción.

b) Si existen motivos para creer que el sospechoso va a huir o puede hacer desaparecer pruebas.

2. En la solicitud de prisión provisional se hará constar que se ha dictado un mandamiento de prisión o cualquier otra orden con el mismo efecto, con las formalidades prescritas por la legislación del Estado requirente; se mencionará asimismo la infracción por la que se solicita la instrucción de procedimiento, el tiempo y lugar de la infracción y los datos personales más precisos posibles del sospechoso. Además, la solicitud contendrá una exposición sucinta de las circunstancias del caso.

3. La solicitud de prisión provisional será transmitida directamente por las autoridades del Estado requirente mencionadas en el artículo 13 a las autoridades correspondientes del Estado requerido, ya sea por vía postal o telegráfica o por cualquier otro medio en que conste por escrito o que esté admitido por el Estado requerido. El Estado requirente será informado sin demora del curso que se dé a su solicitud.

#### *Artículo 28*

Cuando reciba una solicitud de instrucción de procedimiento, acompañada por los documentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 15, el Estado requerido tendrá competencia para aplicar todas las medidas provisionales, incluida la prisión provisional del sospechoso y el embargo de bienes, que su legislación autorizaría si la infracción por la que se pide la instrucción de procedimiento hubiese sido cometida en su territorio.

#### *Artículo 29*

1. Las medidas provisionales mencionadas en los artículos 27 y 28 se regirán por las disposiciones del presente Convenio y la legislación del Estado requerido.

La legislación de este último Estado o el Convenio determinarán asimismo las condiciones en que cesarán dichas medidas.

2. Estas medidas cesarán en todos los casos mencionados en el párrafo 2 del artículo 21.

3. Una persona en prisión será puesta en libertad si ha sido detenida en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 y el Estado requerido no hubiera recibido la solicitud de instrucción de procedimiento en el plazo de dieciocho días a partir de la fecha de detención.

4. Una persona en prisión deberá ser puesta en libertad si ha sido detenida en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 y los documentos que deben acompañar a la solicitud de instrucción de procedimiento no hubieran sido recibidos por el Estado requerido en el plazo de quince días a partir de la fecha en que se haya recibido la solicitud de instrucción de procedimiento.

5. El período de prisión aplicado exclusivamente en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 no podrá exceder en ningún caso de cuarenta días.

## TITULO IV

### **Pluralidad de procedimientos repressivos**

#### *Artículo 30*

1. Todo Estado Contratante que, antes de la instrucción de un procedimiento o en el curso del mismo por una infracción que considere que no es de carácter político ni puramente militar, tenga conocimiento de que existe en otro Estado Contratante un procedimiento pendiente contra la misma persona, por los mismos hechos, examinará si puede sobreseer, suspender o transmitir ese procedimiento al otro Estado.

2. Si considera conveniente, dadas las circunstancias, sobreseer o suspender el procedimiento instruido, lo comunicará así al otro Estado a su debido tiempo y en todo caso antes de que se pronuncie sentencia en cuanto al fondo.

#### *Artículo 31*

1. En el caso a que hace referencia el párrafo 2 del artículo 30, los Estados interesados se esforzarán en todo lo posible por determinar, después de proceder a una evaluación en cada caso concreto de las circunstancias mencionadas en el artículo 8, a cuál de esos Estados corresponderá proseguir el procedimiento instruido. Durante la tramitación de las consultas, los Estados interesados aplazarán la sentencia en cuanto al fondo de la causa, pero no estarán obligados a prorrogar dicho aplazamiento cumplido el término de treinta días a contar de la fecha del envío de la comunicación prevista en el párrafo 2 del artículo 30.

2. Las disposiciones del párrafo 1 no serán obligatorias:

a) Para el Estado que habría de enviar la comunicación prevista en el párrafo 2 del artículo 30, cuando se hayan abierto los debates en cuanto al fondo, con comparecencia del sospechoso, con anterioridad al envío de dicha comunicación.

b) Para el Estado destinatario de la comunicación, cuando se hayan abierto dichos debates en comparecencia del sospechoso antes de haberse recibido dicha notificación.

#### *Artículo 32*

En interés del descubrimiento de la verdad de los hechos y de la aplicación de una sanción adecuada, los Estados interesados examinarán la conveniencia de un procedimiento único instruido por uno solo de ellos y, en caso afirmativo, se esforzarán por determinar cuál de esos Estados instruirá el procedimiento, cuando:

a) Varios hechos materiales distintos que constituyen infracciones a la legislación penal de cada uno de esos Estados son imputados a una sola persona o a varias personas que hayan actuado de mutuo acuerdo.

b) Un hecho único que constituye una infracción a la legislación penal de cada uno de esos Estados se imputa a varias personas que hayan actuado de mutuo acuerdo.

#### *Artículo 33*

Toda decisión adoptada en aplicación de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 31 y del artículo 32 tendrá, entre los Estados interesados, todos los efectos de una transmisión de procedimiento en la forma dispuesta en el presente Convenio. El Estado que renuncie a instruir su propio procedimiento se considerará como si hubiera transmitido su propio procedimiento a otro Estado.

#### *Artículo 34*

Los trámites de transmisión dispuestos en la Sección 2 del Título III se aplicará en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del presente título.

## TITULO V

### *Ne bis in idem*

#### *Artículo 35*

1. Una persona contra la que se haya pronunciado sentencia penal firme y ejecutoria no podrá ser perseguida ni condenada, ni quedar sometida a la ejecución de una sanción en otro Estado Contratante:

a) Si hubiera sido absuelta.

b) Si la sanción impuesta:

i) Hubiere sido cumplida por completo o estuviese en curso de ejecución.

ii) Si se hubiese beneficiado de un indulto o una amnistía que se aplique a la totalidad de la sanción o a la parte no ejecutada de la sanción.

iii) No fuese ejecutable por haber prescrito.

c) Cuando el órgano judicial le hubiese declarado culpable de la infracción, pero sin imponerle ninguna sanción.

2. No obstante, un Estado Contratante no estará obligado, salvo si ha sido ese Estado el que ha solicitado la instrucción del procedimiento, a reconocer el efecto de «ne bis in idem» si el hecho que haya dado lugar a la sentencia hubiese sido cometido contra una persona, una institución o una propiedad con carácter público o si la persona contra la que se pronunció la sentencia tenía carácter público en ese Estado.

3. Además, un Estado Contratante en el que se haya cometido el hecho o que se considere como tal según la ley de este Estado no estará obligado a reconocer el efecto de «ne bis in idem», excepto que ese Estado haya solicitado la instrucción del procedimiento.

#### *Artículo 36*

Si se instruyese un nuevo procedimiento contra una persona juzgada ya por el mismo hecho en otro Estado Contratante, todo período de privación de libertad cumplido en ejecución de la sentencia deberá deducirse de la sanción que se imponga.

#### *Artículo 37*

El presente Título no excluirá la aplicación de disposiciones nacionales de alcance más amplio en cuanto al efecto «ne bis in idem» inherente a las decisiones judiciales pronunciadas en el extranjero.

## TITULO VI

### **Disposiciones finales**

#### *Artículo 38*

1. El presente Convenio queda abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa. Habrá de ser ratificado o aceptado. Los instrumentos de ratificación o aceptación serán depositados en poder del Secretario general del Consejo de Europa.

2. El Convenio entrará en vigor tres meses después de la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación o aceptación.

3. Para cualquier Estado signatario que lo ratifique o acepte ulteriormente, el Convenio entrará en vigor tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación o aceptación.

*Artículo 39*

1. Después de la entrada en vigor del presente Convenio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá invitar a cualquier Estado no miembro del Consejo a adherirse al mismo. La resolución relativa a esta invitación deberá adoptarse por acuerdo unánime de los Miembros del Consejo que hayan ratificado el Convenio.

2. La adhesión se efectuará mediante el depósito en poder del Secretario General del Consejo de Europa de un instrumento de adhesión, que surtirá efecto tres meses después de la fecha del depósito de dicho instrumento.

*Artículo 40*

1. Todo Estado Contratante, en el momento de la firma o de depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o adhesión, podrá designar el territorio o los territorios a los que se aplicará el presente Convenio.

2. Todo Estado, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o adhesión, o en cualquier otro momento posterior, podrá extender la aplicación del presente Convenio, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, cualquier otro territorio designado en la declaración, de cuyas relaciones internacionales esté encargado o respecto del cual esté facultado para contraer compromisos.

3. Toda declaración hecha en aplicación del párrafo precedente podrá ser retirada, con respecto a cualquier territorio designado en dicha declaración, en las condiciones establecidas en el artículo 45 del presente Convenio.

*Artículo 41*

1. Todo Estado Contratante, en el momento de la firma o de depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o adhesión, podrá declarar que se acoge a una o varias de las reservas que figuran en el anexo I o formular una declaración de conformidad con el anexo II del presente Convenio.

2. Cada uno de los Estados Contratantes podrá retirar en su totalidad o en parte una reserva o declaración que hubiera formulado en virtud de lo dispuesto en el párrafo precedente, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa que surtía efecto en la fecha de su recepción.

3. El Estado Contratante que hubiera formulado una reserva respecto de una disposición del presente Convenio no podrá reclamar aplicación de esta disposición por otro Estado Contratante; no obstante, si la reserva fuese parcial o condicional, podrá reclamar aplicación de esa disposición en la medida en que dicho Estado hubiera aceptado.

*Artículo 42*

1. Cualquier Estado Contratante podrá indicar, en cualquier momento, por medio de una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, las disposiciones legales que haya que incluir en el anexo III del presente Convenio.

2. Cualquier modificación de las disposiciones nacionales mencionadas en el anexo III deberá ser notificada al Secretario General del Consejo de Europa si contradice las informaciones dadas en dicho anexo.

3. Las modificaciones introducidas en el anexo III en aplicación de los párrafos precedentes entrarán en vigor para cada Estado Contratante un mes después de la fecha de su notificación por el Secretario General del Consejo de Europa.

#### *Artículo 43*

1. El presente Convenio no afecta a los derechos y obligaciones derivados de tratados de extradición y convenios internacionales multilaterales relativos a cuestiones especiales, ni a las disposiciones sobre cuestiones incluidas en el presente Convenio que figuran también en otros convenios vigentes entre Estados Contratantes.

2. Los Estados Contratantes no podrán concluir entre sí acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a las cuestiones reglamentadas por el presente Convenio, excepto para completar sus disposiciones o para facilitar la aplicación de los principios que contiene.

3. No obstante, si dos o más Estados Contratantes hubiesen establecido ya o establecieran en el futuro sus relaciones sobre la base de una legislación uniforme o de un régimen especial propio, estarán facultados para reglamentar sus relaciones mutuas en esa materia basándose exclusivamente en dichos sistemas, no obstante las disposiciones del presente Convenio.

4. Los Estados Contratantes que dejen de aplicar el presente Convenio a sus relaciones mutuas; de conformidad con las disposiciones del párrafo precedente, dirigirán una notificación a este efecto al Secretario General de Europa.

#### *Artículo 44*

El Comité Europeo de Problemas Criminales del Consejo de Europa se mantendrá informado sobre la ejecución del presente Convenio y facilitará en todo lo necesario la solución amistosa de cualquier dificultad que pudiera surgir en la ejecución del Convenio.

#### *Artículo 45*

1. El presente Convenio permanecerá en vigor indefinidamente.

2. Cualquier Estado Contratante podrá denunciar el presente Convenio en lo que le concierna mediante una notificación al Secretario General de Europa.

3. La denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha en que el Secretario General reciba la notificación.

#### *Artículo 46*

El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo y a cualquier Estado que se haya adherido al presente Convenio:



- a) Cualquier firma.
- b) El depósito de cualquier instrumento de ratificación, aceptación o adhesión.
- c) Cualquier fecha de entrada en vigor del presente Convenio, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 38.
- d) Cualquier declaración que se reciba en aplicación de las disposiciones del párrafo 3 del artículo 9.
- e) Cualquier declaración que se reciba en aplicación de las disposiciones del párrafo 3 del artículo 13.
- f) Cualquier declaración que se reciba en aplicación de las disposiciones del párrafo 2 del artículo 18.
- g) Cualquier declaración que se reciba en aplicación de las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 40.
- h) Cualquier reserva o declaración formulada en aplicación de las disposiciones del párrafo 1 del artículo 41.
- i) La retirada de cualquier reserva o declaración efectuada en aplicación de las disposiciones del párrafo 2 del artículo 41.
- j) Cualquier declaración que se reciba en aplicación del párrafo 1 del artículo 42 y cualquier notificación posterior que se reciba en aplicación del párrafo 2 de dicho artículo.
- k) Cualquier notificación que se reciba en aplicación del párrafo 4 del artículo 43.
- l) Cualquier notificación que se reciba en aplicación de las disposiciones del artículo 45 y la fecha en que surtirá efecto la denuncia.

#### *Artículo 47*

El presente Convenio y las declaraciones y notificaciones que se autorizan en el mismo no se aplicarán más que a las infracciones cometidas con posterioridad a su entrada en vigor entre los Estados Contratantes interesados.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados al efecto, firman el presente Convenio.

Hecho en Estrasburgo, el 15 de mayo de 1972, en francés y en inglés, siendo ambos textos igualmente fehacientes, en un solo ejemplar que será depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa enviará copias certificadas a cada uno de los Estados signatarios y adheridos.

#### **ANEXO I**

Cada uno de los Estados contratantes podrá declarar que se reserva el derecho:

- a) A rechazar una solicitud de instrucción de procedimiento si considera que la infracción tiene carácter puramente religioso.
- b) A rechazar una solicitud de instrucción de procedimiento por un hecho que, según su propia legislación, es de la competencia exclusiva de una autoridad administrativa.
- c) A no aceptar el artículo 22.
- d) A no aceptar el artículo 23.

e) A no aceptar las disposiciones contenidas en la segunda oración del artículo 25, por razones constitucionales.

f) A no aceptar las disposiciones establecidas en el párrafo 2 del artículo 26, en los casos en que le corresponda la competencia en aplicación de su legislación interna.

g) A no aplicar los artículos 30 y 31 por un hecho cuya sanción, según su propia legislación o la del otro Estado, sea competencia exclusiva de una autoridad administrativa.

h) A no aceptar el título V.

## ANEXO II

Cada uno de los Estados contratantes podrá declarar que, por razones de orden constitucional, no puede formular ni admitir solicitudes de instrucción de procedimientos más que en los casos especificados en su derecho interno.

Cada uno de los Estados contratantes podrá definir en lo que le concierna, por medio de una declaración, el significado de la palabra «nacional» en la acepción en que se emplea en el presente Convenio.

## ANEXO III

### LISTA DE INFRACCIONES NO PENALES

A las infracciones sancionadas por la legislación penal deberán asimilarse:

En Francia: Todo comportamiento ilícito sancionado por una contravención en red viaria principal («contravention de grande voirie»).

En la República Federal de Alemania: Todo comportamiento ilícito respecto del cual esté previsto el procedimiento que establece la Ley para reprimir infracciones de prescripciones reglamentarias («gesetz über Ordnungswidrigkeiten») de 24 de mayo de 1968; BGBl 1968, I, 481).

En Italia: Todo comportamiento ilícito a la que sea aplicable la Ley número 317, de 3 de marzo de 1967.

### ESTADOS PARTE

Estados	Fecha depósito Instrumento de ratificación	Fecha de entrada en vigor
Austria (1) .....	1-04-1980	1-07-1980
Dinamarca (2) .....	13-11-1975	30-03-1978
España .....	11-08-1988	12-11-1988
Países Bajos (3) .....	18-04-1985	19-07-1985
Noruega (4) .....	29-12-1977	30-03-1978
Suecia (5) .....	7-04-1976	30-03-1978
Turquía (6) .....	27-10-1978	28-01-1979

## RESERVAS Y DECLARACIONES

1. *Austria.*1. *Declaraciones:*

— Al artículo 11.

Austria denegará la solicitud de iniciar procedimientos en los casos a que se refieren las letras a), d) a g) e i) a k). En el caso de que la solicitud estuviere fundamentada exclusivamente en lo dispuesto en las letras c) o d) del párrafo 1 del artículo 8, Austria se acogerá a las disposiciones de las letras b) y c) para negarse a aceptar tales solicitudes. Austria considerará delitos fiscales las infracciones de las disposiciones reglamentarias en materia de impuestos, gravámenes, tasas, monopolios y cambio de divisas, o las relativas a la exportación, importación, tránsito y racionamiento de mercancías.

— Al párrafo 2 del artículo 18.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 18, las solicitudes de iniciar procedimiento y los documentos en que se fundamenten que no estén redactados en alemán, francés o inglés habrán de ser acompañados de una traducción a uno de los idiomas mencionados.

2. *Reservas:*

a) Austria rechazará las solicitudes de iniciar procedimientos en el caso de acciones a las que correspondan sanciones que, de conformidad con el derecho austríaco, sólo pueden ser impuestas por vía administrativa [anexo I, párrafo b)].

b) Austria no acepta los artículos 22 y 23 [anexo I, párrafos c) y d)].

c) Austria no aplicará los artículos 30 y 31 en caso de acciones a las que correspondan sanciones que, de conformidad con el derecho austríaco, sólo pueden ser impuestas por vía administrativa [anexo I, párrafo g)].

2. *Dinamarca.*

1. El Gobierno danés, acogiéndose a la posibilidad prevista en el anexo I del Convenio, declara que no puede aceptar los artículos 22 y 23.

2. El Gobierno danés, acogiéndose a la posibilidad prevista en el párrafo 2 del artículo 18 del Convenio, declara que los documentos oficiales relativos al Convenio habrán de estar redactados en idioma danés, noruego, sueco o inglés, o, en su defecto, ir acompañados por una traducción a uno de esos idiomas.

3. *Países Bajos.*

El Reino de los Países Bajos acepta el Convenio para el Reino en Europa y para las Antillas Holandesas.

1. Artículo 18, párrafo 2:

El Reino de los Países Bajos solicita que los documentos relativos a la aplicación del Convenio arriba mencionado vayan acompañados por su correspondiente traducción, a menos que hayan sido redactados en idioma neerlandés, alemán, francés o inglés.

2. Artículo 21, párrafo 2, d):

El Reino de los Países Bajos entiende que la decisión de entablar procedimiento incluye la decisión condicional de no procesamiento si se han cumplido las condiciones impuestas.

3. Artículo 43, párrafo 4:

En lo relativo a las relaciones con Bélgica y Luxemburgo en cuanto a la transmisión de procedimientos en materia penal, el Reino de los Países Bajos no aplicará el Convenio arriba mencionado, sino el Tratado entre el Reino de Bélgica, el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de los Países Bajos sobre transmisión de procedimientos en materia penal, hecho en Bruselas el 11 de mayo de 1974.

La isla de Aruba, que actualmente es aún parte de las Antillas Holandesas, obtendrá su autonomía interna como país dentro del Reino de los Países Bajos el 1 de enero de 1986. En consecuencia, a partir de esa fecha el Reino ya no constará de dos países, a saber, los Países Bajos (el territorio del Reino en Europa) y las Antillas Holandesas (situadas en la región del Caribe), sino que constará de tres países, a saber, los dos mencionados y el constituido por Aruba.

Ya que los cambios que se introducirán el 1 de enero de 1986 suponen tan sólo una modificación en las relaciones constitucionales interna del Reino de los Países Bajos, y teniendo en cuenta que el sujeto del derecho internacional en lo relativo a los Tratados que se firmen seguirá siendo el Reino en cuanto tal, los mencionados cambios no tendrán consecuencias de derecho internacional en lo relativo a los Tratados firmados por el Reino que ya sean de aplicación en las Antillas Holandesas, incluida Aruba. Dichos Tratados seguirán teniendo vigencia para Aruba en su nueva calidad de país dentro del Reino. Por tanto, los mencionados Tratados serán aplicables a partir del 1 de enero de 1986, en lo que concierne al Reino de los Países Bajos, tanto a las Antillas Holandesas (sin Aruba) como a Aruba.

En consecuencia, los Tratados que se mencionan en el anexo, en los cuales es Parte el Reino de los Países Bajos y que son aplicables en las Antillas Holandesas, se aplicarán a partir del 1 de enero de 1986, en lo que concierne al Reino de los Países Bajos, tanto a las Antillas Holandesas como a Aruba.

4. *Noruega.*

Reserva:

El Gobierno del Reino de Noruega no puede aceptar el artículo 23 y la disposición relativa al principio de «non bis in idem» (véanse los artículos 35-37) en

aquellos casos en que el infractor fuere nacional noruego o residente en Noruega en el momento de cometerse la infracción.

Declaraciones:

Artículo 13, párrafo 3.

El Fiscal General del Estado está autorizado para transmitir a cualquier Estado no nórdico las solicitudes expresadas en el Convenio y todas las notificaciones que sean necesarias para la aplicación del mismo y para recibir tales solicitudes y notificaciones por parte de cualquier Estado no nórdico.

Artículo 18, párrafo 2.

Con excepción de las copias de cualquier decisión escrita de las mencionadas en el párrafo 2 del artículo 16, Noruega solicita que los documentos relacionados con la aplicación del Convenio que hayan sido redactados en un idioma distinto del noruego, danés, sueco o inglés vayan acompañados de una traducción al noruego o al inglés.

Artículo 40.

El Convenio se aplicará igualmente a la isla de Vouvet, a la isla de Pedro I y la Tierra de la Reina Maud.

## 5. Suecia.

Reserva:

Suecia no aprueba:

— El artículo 23 (ampliación automática del límite temporal para los procedimientos en el Estado requerido en casos de competencia sustitutoria).

— Las disposiciones de la Parte V (artículos 35-37), en la medida en que éstas supongan, por una parte, un obstáculo para el procesamiento en Suecia, según la Ley sueca, por actos penados con un mínimo de cuatro años de prisión y, por otra, un obstáculo para la aplicación de una sanción impuesta o dictada con respecto a una infracción cometida en Suecia.

Declaración:

Según los términos del Convenio (párrafo 3 del artículo 13), el Ministro de Asuntos Exteriores transmitirá a cualquier Estado no nórdico las solicitudes y demás comunicaciones y las recibirá igualmente de cualquier Estado no nórdico.

Con excepción de las copias de cualquier decisión escrita de las mencionadas en el párrafo 2 del artículo 16, los documentos relativos a la aplicación del Convenio que hayan sido redactados en idioma distinto del danés, inglés, noruego o sueco serán acompañados de una traducción al inglés o sueco (párrafo 2 del artículo 18).

## 6. *Turquía.*

### Reserva:

De conformidad con el artículo 41, el Gobierno se acogerá a las reservas especificadas en los párrafos a) y f) del anexo I a este Convenio.

### Declaración:

De conformidad con el párrafo 3 del artículo 13, las solicitudes de actuación y las comunicaciones necesarias para la aplicación del Convenio serán enviadas por conducto diplomático.

De conformidad con el párrafo 2 del artículo 18, Turquía se reserva el derecho de exigir que las solicitudes formuladas en aplicación del Convenio sean acompañadas de una traducción al turco.

### Reserva:

El Gobierno de Turquía, al ratificar el Convenio europeo sobre transmisión de procedimientos en materia penal, declara que no se considera obligado a cumplir con las disposiciones del mencionado Convenio en lo relativo a la Administración grecochipriota, que no está facultado constitucionalmente para representar por sí solo a la República de Chipre.

El presente Convenio entró en vigor de forma general el 30 de marzo de 1978 y para España entrará en vigor el 12 de noviembre de 1988, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 del mismo.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 7 de noviembre de 1988.—El Secretario General Técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, Javier Jiménez-Ugarte.

## **LEY ORGANICA 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. («B.O.E.» núm. 126, de 26 de mayo de 1988.)**

### *Artículo primero*

Se introducen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal los siguientes preceptos:

#### Artículo 384 bis

Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión.

#### Artículo 504 bis

Quando, en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, se hubiere acordado la libertad de presos o detenidos por los delitos a que se refiere el artículo 384 bis, la excarcelación se suspenderá por un período máximo de un mes, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente fuese el Ministerio Fiscal. Dicha suspensión no se aplicará cuando se hayan agotado en su totalidad los plazos previstos en el artículo 504, y las correspondientes prórrogas, en su caso, para la duración de la situación de prisión provisional.

#### Artículo 520 bis

1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuando la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.

2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decreta su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.

3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.

#### Artículo 553

Los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.

Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a

las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos.

#### Artículo 779

Se añade un párrafo tercero del siguiente tenor:

Tercero.—Los delitos a que se refiere el artículo 384 bis.

#### *Artículo segundo*

El artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedará redactado en los términos que a continuación se expresan:

#### Artículo 579

1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

#### DISPOSICION ADICIONAL

Las referencias a la norma de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución se entenderán hecha a esta Ley Orgánica.

#### DISPOSICION TRANSITORIA

Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos



por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores.

La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de intermediación judicial.

Por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 25 de mayo de 1988.

**PROYECTO DE LEY de Actualización del Código Penal (Orgánica). («B.O.C.» de 27 de octubre de 1988, Serie A, núms. 100-1.)**

**EXPOSICION DE MOTIVOS**

Entre los principios en que descansa el Derecho penal moderno destaca el de intervención mínima. En mérito suyo el aparato punitivo reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena; tan grave decisión se funda a su vez en la importancia de los bienes jurídicos en juego y en la entidad objetiva y subjetiva de las conductas que los ofenden.

Hace ya tiempo que existe unanimidad en la jurisprudencia y doctrinas españolas en cuanto a que nuestro sistema penal tiene una amplitud excesiva, siendo grande el número de las infracciones penales carentes de sentido en la actualidad, sea porque ha desaparecido su razón de ser, sea porque el Derecho privado o el Derecho administrativo están en condiciones de ofrecer soluciones suficientes, con la adicional ventaja de preservar el orden de lo delictivo en su lugar adecuado, que debe ser la cúspide de los comportamientos ilícitos. En el mismo tipo de consideraciones debe inscribirse el hecho demostrable de que fuera de lo punible se describen y sancionan conductas de entidad notoriamente superior a las que son objeto de las descripciones penales. Resulta así que, de un lado, se ha llegado a un exceso de presencia de lo punitivo, y, de otro, se ha producido cierto desequilibrio entre las penas y el sistema de reacciones jurídicas no penales.

La situación expuesta es particularmente visible en el ámbito de las faltas. Las que en su día fueron llamadas «delitos veniales» integran un cuerpo de infracciones penales de excesiva amplitud. A ello se añaden las imaginables consecuencias de agolpamiento ante los Tribunales de Justicia de muchos pequeños problemas que no merecen ciertamente el dispendio de tantos esfuerzos de los poderes públicos.

Estas consideraciones han llevado al Gobierno a afrontar la tarea de ajustar el sistema penal positivo al mencionado principio de mínima intervención. Este objetivo pasa evidentemente, y ante todo, por la reducción del Libro III del Código Penal, parte del sistema legal que más claramente infringe el antedicho principio. La solución más simple y tajante hubiera sido la total supresión de dicho Libro, más una lectura detenida del mismo pone de manifiesto que alguno de

los comportamientos que sanciona debe proseguir en la esfera penal, y que incluso merece ser elevado a la condición de delito, por lo que el recurso a la derogación debe ser también usado cuidadosamente. Esa cautela viene además impuesta por la necesidad de comprobar en cada caso si se trata de conductas que han perdido todo sentido antijurídico o, en las que, en alguna medida, lo conserven, si existe una solución alternativa adecuada, a través de la capacidad sancionadora de autoridades administrativas.

En referencia a las concretas modificaciones que se introducen es, pues, comprensible que en su mayor parte afecten al Libro III. El actual Título I del mismo, hasta ahora compuesto de dos Capítulos (De las faltas de imprenta y contra el orden público) queda reducido a las faltas contra el orden público, pues las denominadas faltas de imprenta describen conductas que, de ser realmente relevantes, pueden ser subsumidas en tipos de delito desde tiempo existentes, pero que si carecen de esa relevancia no merecen reacción punitiva alguna. Las subsistentes faltas contra el orden público experimentan una importante reducción.

El Título II rubricado «De las faltas contra los intereses generales y el régimen de las poblaciones», y compuesto hasta ahora de veintiocho infracciones, queda integrado únicamente por seis faltas. Era éste un Título de heterogéneo contenido, donde convivían la celebración de espectáculos sin silencio y el bañarse indecentemente, por ejemplo. Las infracciones que se despenalizan son, pues, de muy diversa naturaleza. Unas, como es el caso tomado como ejemplo de la celebración de espectáculos sin los necesarios permisos, tiene suficiente tratamiento en la actividad sancionadora de las Administraciones; otras, como el caso del baño ofensivo de las reglas de decencia, son exponentes de la confusión entre moral y derecho plasmada en elementos valorativos incompatibles con la seguridad jurídica; y, en general, el conjunto de conductas que se despenalizan no tiene carácter que el técnicamente conocido como infracciones de policía. La posibilidad de que tales comportamientos, u otros de análoga entidad, sean sancionados mediante Ordenanzas o Bandos es perfectamente ajustable a las garantías constitucionales, en cuanto a los derechos personales, y a las competencias de las autoridades administrativas, desde la Administración central a los entes locales.

Subsisten en el Título II la tradicional falta consistente en negarse a recibir en pago moneda legítima, la falta de comunicación a la autoridad por parte de un facultativo de las señales de envenenamiento u otro delito en persona o cadáver que examinaran, la profanación de cadáveres, y la suelta peligrosa de animales feroces, conductas todas que se estima deben continuar en el ámbito penal por el grado de afección que, siquiera potencialmente, representan para determinados bienes jurídicos.

Las modificaciones que se introducen en el Título III del Libro III no pueden valorarse simplemente como reducciones o despenalizaciones —aun cuando desaparecen casi la mitad de las infracciones actuales—, pues su alcance es mucho mayor, hasta el punto de que ha obligado a que la presente Ley deba abordar la modificación de determinados preceptos del Libro II con los cuales estas faltas tienen que guardar concordancia. Tal sucede con las lesiones: hasta ahora las infracciones contra la integridad física en nuestro Derecho positivo venían tabuladas y penalizadas de acuerdo, esencialmente, con los criterios de resultado de menoscabo producido y duración del tiempo necesitado de atención médica, técnica que hace difícil la aplicación e integración del dolo cuya concurrencia viene

impuesta por el artículo 1 de nuestro Código, amén de ofrecer todos los inconvenientes de las casuísticas penales basadas en datos aritméticos. Todo ello ha puesto de manifiesto la conveniencia de aprovechar la obligada modificación de la falta para proceder a una reestructuración completa de las infracciones penales atañentes a la integridad física. Aunque después detendremos la atención en esa modificación del Libro II, destaquemos que el nuevo artículo 582 queda como tipo residual no condicionado por el tiempo de duración de los efectos de la lesión, además de recoger en su ámbito, por su clara afinidad morfológica, los malos tratos hasta ahora penados en los artículos 583 y 585.1.º

Muchas son las faltas dedicadas en la actualidad a la protección de menores y de enajenados. Su número claramente excesivo se reduce notoriamente, sin menoscabo alguno de la tutela penal que se considera imprescindible, razón por la cual se mantiene la punición de los abandonos, omisiones leves de socorro o asistencia, aprovechamiento lucrativo —exceptuándose la utilización para la mendicidad, que pasa a la condición de delito— e incumplimiento de los deberes de custodia.

En otro orden de conductas cabe destacar que se mantienen las faltas de amenazas y coacciones o vejaciones injustas, pues siendo en importante medida unas figuras penales, las de amenazas y coacciones, dotadas de un cierto carácter valorativo, comprensible en atención a los diferentes elementos personales y circunstanciales que contribuyen a dificultar una concreción legal de la gravedad exacta, por ser imposible construir semejante idea con ciertos apriorísticos, parece prudente mantener abierto un abanico de posibilidades que puede dar la adecuada respuesta a tantas situaciones imaginables. Razones análogas, aunque en relación con bienes jurídicos de otra naturaleza, explican la subsistencia de las faltas de injurias leves y de denegación de auxilio.

Importancia singular ofrece la modificación del actual artículo 586.3.º, que desaparece como tal siendo sustituido por el 586 bis. Como es sabido, nuestro sistema legal regula la culpa o imprudencia, declarada forma subjetiva de comportamiento delictivo en el artículo 1 del Código, a través de los artículos 565, 586.3.º (hasta ahora) y 600, que generan, a su vez, los conceptos de *imprudencia temeraria*, *imprudencia simple* con infracción de reglamentos y la misma clase de *imprudencia simple* sin tal infracción reglamentaria. Este peculiarísimo sistema, destinado a desaparecer en su día cuando un nuevo y completo Código penal pueda establecer el sistema de *incriminación singularizada* de las *formas culposas de determinados delitos*, presenta diferentes defectos tanto en el artículo 565 (delitos) cuanto en los hasta ahora vigentes artículos 586.3.º y 600 (faltas), que han motivado las modificaciones que con esta Ley se quieren introducir. El nuevo artículo 586 bis parte de la consideración de que la llamada «*infracción de reglamentos*», por concurrir prácticamente en todo hecho culposo, no puede ser utilizada como criterio diferenciador entre el delito y la falta, como ahora sucede; antes al contrario, incluso para la falta debe requerirse tal infracción reglamentaria, aun admitiendo la posibilidad de un tipo mínimo de falta en el que no concurra ese elemento o bien en el que el resultado acontecido no sea el propio de un delito.

Mantiéndose la sanción especial para el supuesto de que estas imprudencias sean cometidas con vehículo de motor hay que destacar, aun cuando no es el único caso en que se toma esa decisión en la Ley que se presenta, la alteración esencial de la perseguibilidad de estas infracciones, abandonando la persecución

de oficio y exigiendo cuando menos la previa denuncia del ofendido. Con ello no se pretende limitar el acceso a los Tribunales de Justicia, sino evitar una actuación de éstos innecesaria por no requerida, no dándose un interés general suficiente que aconseje mantener el sistema hasta ahora vigente.

Grande es también la reducción que se produce en el Título IV, dedicado a las faltas contra la propiedad, que pasan a ser nueve en lugar de las veinticuatro hasta ahora existentes. Muchas de las que desaparecen solamente tuvieron sentido en una sociedad eminentemente agrícola y económicamente atrasada, pues sólo así se explica, por ejemplo, el carácter penal del hurto de brozas y ramajes o el paso por viñedos, o la medición de la multa de acuerdo con la especie del ganado, tal como dispone el hasta ahora vigente artículo 592. Todo ello desaparece. De lo que subsiste destaca la nueva falta de hurto de uso, cuya ausencia obligaba a remitir a la esfera del delito todas las modalidades de utilización temporal, así como la incorporación de la falta de defraudación de fluido eléctrico. Manteniéndose la falta de entrada en heredad ajena, se condiciona a la persecución privada.

Los artículos 597 y 600 abordan el problema de las faltas de daños, que por sí solas integran en la actualidad el exponente más claro de infracción del principio de intervención mínima, posibilitando el recurso al Derecho penal para resolver un elevadísimo número de cuestiones de escasa entidad económica. Los artículos citados deben concordar, a su vez, con los correspondientes a los delitos de daños, integrando en conjunto una única figura penal. Nuestro actual sistema legal ofrece, en suma, un espectro punitivo de los daños que va desde la falta culposa de daños en las cosas previsto en el artículo 600 hasta las modalidades dolosas previstas en el Capítulo IX del Título XIII del Libro II. La gradación de la gravedad de los ataques punibles en esta materia pone, pues, de manifiesto que la intervención del Derecho penal comienza prácticamente a la vez que la culpa extracontractual, cuya reclamación puede fundarse en el artículo 1.902 del Código civil, precepto que de hecho contempla, entre otras, las mismas situaciones que son admisibles en el Código penal como faltas culposas de daños a tenor del artículo 600 del mismo. Tal solapamiento muestra el exceso de presencia en esta materia del aparato punitivo, conviniendo añadir que por esa vía entran en el necesario conocimiento de los Tribunales penales un elevado número de asuntos carentes de razones político-criminales que aconsejen su sometimiento a la jurisdicción penal, por las ya apuntadas limitaciones que impone el principio de intervención mínima.

Por todo ello no resulta extraño que tanto la doctrina, como el criterio de los colectivos profesionales de Jueces y Magistrados, como la misma propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, se hayan mostrado partidarios de reducir la intervención penal o, lo que es lo mismo, despenalizar algunas conductas. Los criterios seguidos para cumplir ese propósito se contraen al excluir las formas más leves de ataques culposos contra la propiedad calificables como daños, preservando, por supuesto, la intervención penal para cuando se produzcan lesiones personales, y exigir el impulso particular para la persecución de estos hechos, pues la persecución de oficio que hasta ahora los dominaba en lo procesal contribuía a una innecesaria acumulación de causas penales. Claro está que el sistema punitivo debe conservar una cierta parcela de hechos bajo conminación penal: esos hechos, naturalmente, son los que aparecen, por razones objetivas

y subjetivas, como los más graves ataques destructivos de la propiedad, reputándose como tales los daños dolosos, remitidos a la condición de delito o falta según la cuantía de los mismos, y los daños culposos fruto de imprudencia temeraria o simple por importe superior a las 500.000 pesetas, condicionándose estas últimas modalidades a la persecución privada.

La limitada despenalización de la imprudencia con resultado de daños aconseja la adición de determinados preceptos para agilizar las eventuales reclamaciones que pudieran presentarse en el orden civil por daños causados con ocasión de la circulación de vehículos de motor.

Las modificaciones que se introducen en el Libro III concluyen con la sustitución del contenido del artículo 602 por otro que se destina a regular la capacidad sustitutiva para perseguir las faltas cuyo castigo se condiciona a la previa denuncia del ofendido, reconociendo que en defecto de éste o cuando sea persona desvalida, podrá ejercitar la correspondiente acción sus herederos o el representante legal, así como denunciar el Ministerio Fiscal.

Las reformas que con esta Ley se incorporan al Código penal no se limitan al Libro III, sino que alcanzan a otras disposiciones, muchas de las cuales deben modificarse a consecuencia de los cambios operados en aquél. Tal es el caso, en especial, del delito de lesiones: la modificación de la correlativa falta resultaría incoherente manteniendo la parte fundamental de esta figura penal; por ese motivo se decide acabar con el envejecido y defectuoso sistema técnico de incriminación en atención a las cuantías, criterio resultativo que prescinde de cualquier valoración político-criminal. Por ello se sustituyen aquellas tipicidades por otras en las que lo determinante no es tanto el tiempo de sanidad de la lesión cuanto los modos y formas de su causación, preservando, como es lógico, la mayor gravedad de la castración, mutilación y esterilización.

Por su frontal incompatibilidad con la seguridad jurídica y el principio mismo de culpabilidad, se suprime el llamado homicidio en riña tumultuaria, sustituyéndolo por un solo tipo de delito (artículo 424), incriminándose la participación en riña como infracción de mera actividad.

Recientes experiencias han puesto de manifiesto la necesidad político criminal de aumentar las sanciones penales para los supuestos de conducción temeraria, alguno de los cuales alcanza una posición intermedia entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio, valoración que explica su particular tipificación y la pena que se establece. Con ello, por otro lado, se refuerza la función preventiva y la capacidad correctora de comportamientos gravemente antisociales que se producen con ocasión de la circulación de vehículos de motor. Razones análogas, aunque en otro ámbito de problemas, han aconsejado la introducción de un tipo especial de delito de riesgo.

Este conjunto de modificaciones del Libro II del Código acredita con nitidez que el alcance de la reforma no se circunscribe a la descriminalización de comportamientos, sino que la misma supone también una nueva formulación de interés dignos de tutela y un reforzamiento de la protección de otros ya existentes.

Alteraciones en el número de las disposiciones obligan a pequeñas modificaciones en determinados artículos.

Por último, se procede a una revisión general de las cuantías de las multas.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 14 de octubre de 1988, acuerda remitir a las Cortes Generales el siguiente:

**PROYECTO DE LEY ORGANICA DE ACTUALIZACION  
DEL CODIGO PENAL**

*Artículo primero*

Los Títulos I a IV del Libro III del Código Penal quedan con el siguiente contenido:

**TITULO PRIMERO**

**De las faltas contra el orden público**

Artículo 566

Queda sin contenido.

Artículo 567

Queda sin contenido.

Artículo 568

«Serán castigados con las penas de 1 a 5 días de arresto menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas los que, dentro de población o en sitio público o frecuentado, dispararen armas de fuego.»

Artículo 569

«Los que perturbaren levemente el orden en la Audiencia o Juzgado, en los actos públicos, en espectáculos, solemnidades o reuniones numerosas, serán castigados con las penas de uno a quince días de arresto menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas.»

Artículo 570

«Serán castigados con multa de 5.000 a 25.000 pesetas y reprensión privada:  
1.º Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad, o las desobedecieren levemente, dejando de cumplir las órdenes particulares que les dictare.

2.º Los que ofendieren de modo leve a los agentes de la autoridad, cuando ejerzan sus funciones, y los que, en el mismo caso, les desobedecieren.»

Artículo 571

«Serán castigados con multa de 5.000 a 25.000 pesetas los que ocultaren su verdadero nombre, vecindad, estado o domicilio a la autoridad o funcionario público que se lo preguntare por razón de su cargo.»

Artículo 572

«Será castigado con la multa de 10.000 a 100.000 pesetas el titulado o habilitado que ejerciere su profesión sin hallarse inscrito en el respectivo colegio, corporación o asociación oficial, siempre que sea exigido reglamentariamente este requisito.»

## TITULO II

### De las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones

Artículo 573

«Serán castigados con la pena de uno a diez días de arresto menor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas:

1.º Los que se negaren a recibir en pago moneda legítima.

2.º Los que habiendo recibido de buena fe moneda, billetes o títulos falsos los expedieren en cantidad que no exceda de 30.000 pesetas, después de constarles su falsedad.»

Artículo 574

Queda sin contenido.

Artículo 576

«Los facultativos que, apreciando señales de envenenamiento o de otro delito en una persona a la que asistieren o en un cadáver, no dieran parte inmediatamente a la autoridad, serán castigados con las penas de cinco a quince días de arresto menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas, siempre que por las circunstancias no incurriesen en responsabilidad mayor.»

**Artículo 577**

«Los que profanaren los cadáveres, cementerios o lugares de enterramiento con hechos o actos de carácter leve, serán castigados con multa de 5.000 a 25.000 pesetas y represión privada.»

**Artículo 578**

Queda sin contenido.

**Artículo 579**

«Los que apedrearen o mancharen estatuas o pinturas o causaren un daño cualquiera en las calles, parques, jardines o paseos, en el alumbrado o en objetos de ornato o pública utilidad o recreo, aun cuando pertenecieren a particulares, serán castigados con las penas de arresto menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas.»

**Artículo 580**

«Los dueños de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en disposición de causar mal, serán castigados con las penas de multa de 5.000 a 25.000 pesetas y represión privada.»

**Artículo 581**

Queda sin contenido.

**TITULO III****De las faltas contra las personas****Artículo 582**

«El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que no precisare tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigiere la primera asistencia facultativa, será castigado con la pena de arresto menor, salvo que se tratase de alguna de las versiones del artículo 421.

El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fueren los padres, el cónyuge o los hijos menores, la pena será la de arresto menor en toda su extensión.»



## Artículo 583

Queda sin contenido.

## Artículo 584

«Serán castigados con la pena de arresto menor o con la multa de 25.000 a 75.000 pesetas o con la de reprobación privada, al arbitrio del Tribunal:

1.º Los padres de familia que dejaren de cumplir los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad por motivos que no fueren el abandono malicioso del domicilio familiar o su conducta desordenada.

2.º Los tutores o encargados de un menor de dieciséis años que dejaren de cumplir los deberes de tutela o guarda por los motivos expresados en el número anterior.

3.º Los encargados de un enajenado que dejaren de cumplir sus deberes de tutela o guarda.

4.º Los que, sin haber tenido participación en faltas contra la propiedad cometidas por menores de dieciséis años, se lucraren en cualquier forma con los productos de las mismas.

5.º Los que, encontrando abandonado a un menor de siete años, no le presenten a la autoridad o a su familia, o no le presten, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran.

6.º Los padres, tutores o guardadores suspensos en el ejercicio de la guarda y educación de un menor que, sin llegar a incurrir en el delito de desobediencia, quebrantaren el acuerdo adoptado por el Juez en el ejercicio de su facultad protectora, apoderándose del menor, sacándole de la guarda establecida en la resolución judicial, y los padres, tutores o guardadores que, igualmente, sin llegar al delito de desobediencia, incumplieren un acuerdo judicial en el ejercicio de su facultad reformadora, retirando al menor del establecimiento, familia o institución tutelar a quien se le hubiese encomendado para su observación o tratamiento.

Incurrirán también en dicha pena las terceras personas que realicen los actos de apoderarse o recibir indebidamente al menor o cooperen con ellos.

7.º Las personas representantes de asociaciones o instituciones tutelares o directores de establecimientos que, incumpliendo los acuerdos a que se refiere el número anterior, entreguen indebidamente a sus padres o tutores, o a terceras personas, el menor que se les hubiere confiado, salvo que el hecho constituya delito.

Los padres o tutores mencionados en los números 1.º y 2.º de este artículo podrán ser suspendidos en el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad o a la tutela sobre el menor.»

## Artículo 585

«Serán castigados con la pena de 1 a 5 días de arresto menor o multa de 5.000 a 25.000 pesetas:

1.º Los que, de modo leve, amenazaren a otro con armas o las sacaren en riña, como no sea en justa defensa.

2.º Los que de palabra y en el calor de la ira amenazaren a otro con causarle un mal que constituya delito, y con sus actos posteriores demostraren que no persistieron en la idea que significaban con su amenaza.

3.º Los que de palabra amenazaren a otro con causarle algún mal que no constituya delito.

4.º Los que causaren a otro una coacción o vejación injusta de carácter leve.

Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia del ofendido.»

#### Artículo 586

«Serán castigados con multa de 25.000 a 100.000 pesetas y represión privada:

1.º Los que injuriaren livianamente a otro de palabra o de obra, si reclamare el ofendido, cuyo perdón extinguirá la pena.

2.º Los que, requeridos por otro para evitar un mal mayor, dejaren de prestar el auxilio solicitado, siempre que no hubiere de resultarles perjuicio alguno y si reclamare el ofendido.»

#### Artículo 586 bis

«Los que, por simple imprudencia o negligencia causaren un mal a las personas que, de mediar dolo, constituiría delito, serán castigados con la pena de arresto menor y multa de 50.000 a 100.000 pesetas, siempre que concurriere infracción de reglamentos y, cuando ésta no concurriere, con la de 1 a 15 días de arresto menor o multa de 50.000 a 100.000 pesetas.

Si el hecho se cometiere con vehículo de motor se impondrá, además, la privación del permiso de conducir por tiempo de 1 a 3 meses.

Las infracciones penadas en este artículo sólo serán perseguibles previa denuncia del ofendido.»

### TITULO IV

#### De las faltas contra la propiedad

#### Artículo 587

«Serán castigados con arresto menor:

1.º Los que cometieren hurto o utilizaren ilegítimamente un vehículo de motor ajeno, si el valor de lo sustraído o utilizado no excediere de 30.000 pesetas.

2.º Los que cometieren estafa, apropiación indebida o defraudación del fluido eléctrico, gas, agua, u otro elemento, energía o fluido en cuantía no superior a 30.000 pesetas.»

#### Artículo 588

Queda sin contenido.

Artículo 589

«El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 518 será castigado con multa de 5.000 a 50.000 pesetas, si la utilidad no excediere de 30.000 pesetas o no fuere estimable, siempre que mediare denuncia del perjudicado.»

Artículo 590

«El que entrare en heredad murada o cercada sin permiso del dueño, será castigado con multa de 5.000 a 25.000 pesetas, siempre que mediare denuncia del perjudicado.»

Artículo 591

Queda sin contenido.

Artículo 592

Queda sin contenido.

Artículo 593

Queda sin contenido.

Artículo 594

«El encargado de la custodia de ganados que entraren en heredad ajena sin causar daño, no teniendo derecho o permiso para ello, será castigado con la multa de 5.000 a 25.000 pesetas, siempre que mediare denuncia del perjudicado.»

Artículo 595

«Serán castigados con la pena de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas los que ejecutaren incendio de cosa a que se refiere el artículo 552, cuando el daño causado no exceda de 30.000 pesetas.»

Artículo 596

«Los que infringieren los reglamentos o bandos de buen gobierno sobre quema de rastrojos u otros productos forestales, serán castigados con multa de 5.000 a 50.000 pesetas.»

**Artículo 597**

«Serán castigados con la pena de 2 a 10 días de arresto menor o multa de 50.000 a 100.000 pesetas los que intencionadamente causaren daños de los comprendidos en este Código, cuyo importe no exceda de 30.000 pesetas.»

**Artículo 598**

Queda sin contenido.

**Artículo 599**

Queda sin contenido.

**Artículo 600**

«Serán castigados con multa de 25.000 a 100.000 pesetas los que por simple imprudencia, con infracción de los reglamentos, causen daños en las cosas cuyo importe exceda de 500.000 pesetas.

Si el hecho se hubiere cometido con vehículo de motor se impondrá, además, la privación del permiso de conducir por tiempo de hasta tres meses.

Las infracciones previstas en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia del perjudicado.»

**Artículo segundo**

En el Título V del Libro III del Código penal, el artículo 602 queda redactado como sigue:

«En las faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado, en defecto de éstos, podrán también instar la incoacción del procedimiento sus herederos o su representante legal.

El Ministerio fiscal podrá denunciar en los casos que considere oportuno, en defensa de la persona agraviada si ésta fuere de todo punto desvalida.

La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención.»

**Artículo tercero**

Uno.—La Sección 1.ª, del Capítulo II, del Título V, del Libro II, del Código penal, con la rúbrica «delitos contra la seguridad del tráfico» queda redactada como sigue:

Artículo 340 bis a)

«Será castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas y privación, en todo caso, del permiso de conducción por tiempo de 3 meses y 1 día a 5 años:

1.º El que condujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

2.º El que condujere un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas.»

Artículo 340 bis b)

«Será castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas el que origine un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

Primera.—Alterando la seguridad del tráfico mediante la colocación en la vía de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutación o daño de la señalización o por cualquier otro medio.

Segunda.—No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.»

Artículo 340 bis c)

«Cuando de los actos sancionados en los dos artículos anteriores se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada.

En la aplicación de las penas establecidas en los citados artículos procederán los Tribunales según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61.»

Artículo 340 bis d)

«Será castigado con las penas de prisión menor, multa de 150.000 a 3.000.000 de pesetas y privación de conducción por tiempo de 2 a 10 años el que, con consciente desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el número 2 del artículo 340 bis a).

Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, la pena privativa de libertad será la de arresto mayor en su grado medio a prisión menor en su grado mínimo.

El vehículo de motor utilizado se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 48 de este Código.»

Dos.—Se incorpora al Capítulo II, del Título V, del Libro II del Código penal una Sección 4.ª nueva con la siguiente rúbrica y contenido:

*De otros delitos de riesgo*

## Artículo 348 bis b)

Los que en la fabricación, manipulación, transporte o tenencia de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas o cualquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar extragos, contravinieren las reglas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad o la salud de las personas, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 150.000 a 3.000.000 de pesetas.

Incurrirán en las mismas penas los que en la apertura de pozos o excavaciones, en la construcción de edificios, locales, presas u obras análogas o en la conservación, acondicionamiento o mantenimiento de los mismos infringieren las reglas de seguridad establecidas cuya inobservancia pudiera ocasionar resultados catastróficos, y pusieron en concreto peligro la vida, la integridad o la salud de las personas.»

*Artículo cuarto*

El Capítulo IV, del Título VIII, del Libro II del Código penal redactado como sigue:

## CAPITULO IV

**De las lesiones**

## Artículo 418

«El que de propósito mutilare o inutilizare a otro de un órgano o miembro principal, le privare de la vista o del oído, le causare la anulación o una grave limitación de su aptitud laboral, una grave enfermedad somática o psíquica o una incapacidad mental incurable, será castigado con la pena de reclusión menor.»

## Artículo 419

«El que de propósito causare a otro la mutilación o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, la esterilidad o deformidad, será castigado con la pena de prisión mayor.»

## Artículo 420

«El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado con la pena de prisión menor, siempre que las lesiones requieran para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

No obstante, el hecho descrito en el párrafo anterior podrá ser castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas, atendidas la naturaleza de la lesión y las demás circunstancias de aquél.»

Artículo 421

«Las lesiones serán castigadas con las penas de prisión menor en sus grados medio a máximo:

1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado o reveladoras de acusada brutalidad en la acción.

2.º Si el ofendido hubiere quedado impotente, estéril, deforme o con una enfermedad somática o psíquica incurable, o hubiere sufrido la pérdida de un miembro, órgano o sentido, o quedado impedido de él.

3.º Si se hubiere empleado tortura.»

Artículo 422

«El que se mutilare o el que prestare su consentimiento para ser mutilado, con el fin de eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento y fuere declarado exento de este servicio por efecto de la mutilación, incurrirá en la pena de prisión menor.

Igual pena se impondrá al que con la finalidad y resultado antes previstos se causare a sí mismo cualquier otra inutilidad o se la produjera a persona distinta con su consentimiento.»

Artículo 423

«Si la conducta penada en el artículo anterior hubiere sido mediante precio, la pena será la inmediatamente superior a la señalada en dicho artículo.

Si el reo de este delito fuere padre, madre, cónyuge, hermano o cuñado del mutilado, la pena será la de arresto mayor.»

Artículo 424

«Quienes riñeren entre sí, acometiéndose confusa y tumultuariamente y utilizando medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio.»

Artículo 425

Queda sin contenido.

**Artículo 426**

Queda sin contenido.

**Artículo 427**

Queda sin contenido.

*Artículo quinto*

Se incorpora al Capítulo III, del Título XII, del Libro II del Código penal un nuevo artículo 489 bis con el siguiente contenido:

«Los que utilizaren o prestaren a menores de dieciséis años para la práctica de la mendicidad serán castigados con la pena de arresto mayor.

Si para los fines del párrafo anterior se traficaren con menores, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena superior en grado.

El Tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, podrá privar de la patria potestad o de los derechos de guarda o tutela a los padres, tutores o guardadores responsables de estos hechos.

En todo caso, la Autoridad judicial adoptará las medidas necesarias para la debida custodia y protección del menor.»

*Artículo sexto*

El artículo 563 del Código penal queda redactado como sigue:

«Los daños intencionadamente causados no comprendidos en los artículos anteriores, cuyo importe exceda de 30.000 pesetas, serán castigados con la pena de multa de 100.000 a 700.000 pesetas.

Quando los daños a que se refiere el párrafo anterior fueren causados por imprudencia temeraria, será de aplicación al artículo 565 de este Código únicamente cuando la cuantía de dichos daños exceda de 500.000 pesetas. Las infracciones a que se refiere esta apartado sólo serán perseguibles previa denuncia del perjudicado.»

*Artículo séptimo*

El artículo 565 del Código penal queda redactado como sigue:

«El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor.

Quando se produjere muerte o lesiones de los artículos 418, 419 ó 421.2.º a consecuencia de impericia o de negligencia profesional se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo. Dichas penas se podrán elevar en 1 ó 2 grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad.



Las infracciones penadas en este artículo, cometidas con vehículos de motor, llevarán aparejada la privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a diez años.

Lo dispuesto en el presente artículo no tendrá lugar cuando las penas previstas en el mismo sean iguales o superiores a las del correspondiente delito doloso, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a estas últimas en el grado que estimen conveniente.

En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61.»

#### *Artículo octavo*

El contenido del primer punto del artículo 48 del Código penal queda redactado como sigue:

«Toda pena que se impusiere por un delito o falta llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provinieren y de los instrumentos con que se hubieren ejecutado.»

#### *Artículo noveno*

El artículo 408 del Código penal queda sin contenido.

#### *Artículo décimo*

El actual artículo 489 bis del Código penal pasa a numerarse artículo 489 ter.

#### *Artículo decimoprimer*

Los artículos del Código penal que a continuación se citan quedan redactados como sigue:

#### Artículo 57 bis b) 2

La mención a «lesiones de los artículos 418, 419 y 420, números 1.º y 2.º, del Código penal», contenida al final del segundo punto del citado número, se sustituye por la de «lesiones de los artículos 418, 419 y 421 del Código penal.»

#### Artículo 139.2.º

«Siempre que el delito fuere acompañado de asesinato u homicidio o de alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 418, 419 y 421.»

**Artículo 233, párrafo 1.º**

«El que atentare contra un Ministro en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, aun cuando hubiere cesado en ellas, incurrirá en la pena de reclusión mayor en su grado máximo si a consecuencia del hecho resultare muerte o lesiones de las comprendidas en los artículos 418, 419 y 421, y en la de reclusión mayor en los demás casos.»

**Artículo 411, párrafo último**

«Cuando a consecuencia de aborto, o de prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto, resultare muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones a que se refiere el número 2.º del artículo 421, se impondrá la pena de reclusión menor, y si se le causare cualquiera otra lesión grave, la de prisión mayor.»

**Artículo 501, números 2.º, 3.º y 4.º**

«2.º La misma pena se impondrá cuando el robo fuere acompañado de violación o de alguna de las lesiones previstas en el artículo 418.

3.º Con la pena de reclusión menor, cuando el robo fuere acompañado de alguna de las lesiones previstas en los artículos 419 ó 421.2.º, si bien en estos últimos supuestos la pena no excederá del grado medio.

4.º Con la pena de prisión mayor, cuando con motivo u ocasión de robo se causare homicidio culposo, se infieran torturas, se tomaren rehenes para facilitar la ejecución del delito o la fuga del culpable o cuando el robo fuere acompañado de las lesiones a que se refiere el artículo 420.»

*Artículo decimosegundo*

Los límites económicos y cuantías de multas consignadas en los siguientes artículos, quedan así modificados:

a) El límite económico de 30.000 pesetas señalado en el artículo 28, se entenderá de 100.000 pesetas.

b) La cuantía de las multas establecidas en los artículos que se citan en los números siguientes, se entenderán modificadas por las que se expresan:

1.º La pena de multa de 30.000 a 300.000 pesetas establecida en el artículo 74, por la de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.

2.º La pena de multa de 30.000 a 60.000 pesetas, establecida en los artículos 84, 191, 240, 309, 311, 322, primer párrafo; 326, segundo párrafo; 364, número 2; 367, 478, segundo párrafo; 480, 482, 489 bis y 517, segundo párrafo, por la de 100.000 a 200.000 pesetas.

3.º La pena de multa de 30.000 a 150.000 pesetas, establecida en los artículos 188, 189, 191, número 2; 192, 196, 197, 208, 210, 232, último párrafo; 235

bis, 237, 240, 246 bis, 247, 275, 277, 278, 279 bis, primer párrafo; 281, 282, 292, 300, 301, 312, 320, 322, segundo párrafo; 323, 324, 325, 327, segundo párrafo; 338, 339, 341, 342, 343, 343 bis, 348 bis a), 360, 361, 364, número 1; 365, 366, 368, 369, 371, 372, 373, 374, 376, 377, 380, 382, 390, 404, 422, 431, 452 bis a); 452 bis b); 459, segundo párrafo; 478, primer párrafo; 467, primer párrafo; 488, 490, 493, 497 bis, inciso primero; 497, segundo párrafo; 498 y 546 bis c), por la de 100.000 a 500.000 pesetas.

4.º La pena de multa de 30.000 a 300.000 pesetas establecida en los artículos 165, párrafo primero; 165 bis, 165 bis a), párrafo primero; 166, 167, párrafo segundo; 168, 169, 172, 175, 177, 177 bis, 183, 190, 195, primer párrafo; 201, 202, 204, 232, primer párrafo; 244, 249 bis, 266, 295, 296, 302, 303, 310, 321, 326, primer párrafo; 327, primer párrafo; 329, 332, 338 bis, 345, 351, 379, 415, segundo y tercer párrafos; 431, párrafos primero y segundo; 432, 436, 454, 459, primer párrafo; 468, 470, 486, 487, segundo párrafo; 489, 492 bis, 496, 499, 516 bis, 537, 560, 561 y 563 bis b), por la de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.

5.º La pena de multa de 30.000 a 600.000 pesetas establecida en los artículos 288, número 3, 279 bis, segundo párrafo; 416, 452 bis d); 460, 497 bis, inciso segundo; 497, primer párrafo; 499 bis, 534, 534 bis a), 545 y 546 bis a), primer párrafo, por la de 100.000 a 2.000.000 de pesetas.

6.º La pena de multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas establecida en los artículos 132, 198, 223, 291, 346, párrafo tercero; 540, 542 y 544, por la de 100.000 a 5.000.000 de pesetas.

7.º La pena de multa de 30.000 a 3.000.000 de pesetas establecida en los artículos 148 bis y 200, por la 100.000 a 10.000.000 de pesetas.

8.º La pena de multa de 30.000 a 6.000.000 de pesetas establecida en el artículo 344 bis, primer párrafo, por la de 100.000 a 20.000.000 de pesetas.

9.º La pena de multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas establecida en el artículo 347 bis, párrafo primero, por la de 175.000 a 3.300.000 pesetas.

10. La pena de multa de 50.000 a 1.500.000 pesetas establecida en el artículo 534 bis b) 1, por la de 175.000 a 5.000.000 de pesetas.

11. La pena de multa de 50.000 a 3.000.000 de pesetas establecida en el artículo 534 bis b) 2, por la de 175.000 a 10.000.000 de pesetas.

12. La pena de multa de 75.000 a 150.000 pesetas establecida en el artículo 242, por la de 250.000 a 500.000 pesetas.

13. La pena de multa de 75.000 a 300.000 pesetas establecida en el artículo 165, segundo párrafo, por la de 250.000 a 1.000.000 de pesetas.

14. La pena de multa de 75.000 a 750.000 pesetas establecida en el artículo 174, por la de 250.000 a 2.500.000 pesetas.

15. La pena de multa de 75.000 a 150.000 pesetas establecida en los artículos 415, primer párrafo, y 526 bis a), último párrafo, por la de 250.000 a 5.000.000 de pesetas.

16. La pena de multa de 75.000 a 3.000.000 de pesetas establecida en el artículo 238, número 2, por la de 250.000 a 10.000.000 de pesetas.

17. La pena de multa de 150.000 a 750.000 pesetas establecida en los artículos 174 bis a) y 174 bis b), por la de 500.000 a 2.500.000 de pesetas.

18. La pena de multa de 150.000 a 6.000.000 de pesetas establecida en el artículo 238, número 1, por la de 500.000 a 20.000.000 de pesetas.

19. La pena de multa de 500.000 a 1.000.000 de pesetas establecida en el artículo 350 bis, por la de 1.500.000 a 3.000.000 de pesetas.

20. Las penas de multa establecidas en los artículos 180, 297, 331, 337, 375, 385, 386, 387, 392, 395, primer párrafo; 397, 398, último párrafo; 401, 402, 517, primer párrafo; 518, 536, 539, 546 y 562 tendrán como límite mínimo el de 100.000 pesetas.

## DISPOSICIONES ADICIONALES

### *Primera*

1.º Los procesos civiles, cualquiera que sea su cuantía, relativos a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos de motor, se decidirán en juicio verbal.

2.º En todo caso, será competente para conocer del juicio el Juez de Primera Instancia del lugar en que se causaron los daños, quien examinará de oficio su propia competencia territorial.

3.º El Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, solicitar de las Autoridades correspondientes los atestados que hubieren instruido y los informes que juzgue oportunos.

4.º Para interponer recurso de apelación contra la resolución que ponga fin a los procesos a que se refiere la presente disposición, el condenado al pago de la indemnización deberá acreditar haber constituido depósito en el establecimiento destinado al efecto del importe de la condena que se le hubiere impuesto incrementado con los intereses y recargos exigibles.

### *Segunda*

1.º En los procesos a que se refiere la disposición anterior, cuando la parte apelada solicite la ejecución provisional de la sentencia al amparo de lo dispuesto en el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Juez accederá a ella, aunque no se ofrezca la constitución de fianza, si bien en este caso la ejecución se limitará a la parte de la condena de la que deba responder el asegurador. No obstante, no se entregará al apelado el importe de la condena hasta que se haya resuelto el recurso de apelación, mientras no preste la fianza o aval bancario a que se refiere el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedando entre tanto en depósito en el establecimiento destinado al efecto.

2.º El perjudicado podrá obtener la ejecución de la sentencia de primera instancia cuando fuese él mismo quien hubiere interpuesto el recurso de apelación.

### *Tercera*

Las indemnizaciones que deban satisfacer los aseguradores como consecuencia del seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor, devengarán un interés anual del veinte por ciento a favor del perjudicado desde la fecha del siniestro, si no fueren satisfechas o consignadas judicialmente dentro de los tres meses naturales siguientes a aquella fecha.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación al Consorcio de Compensación de Seguros cuando responda como fondo de garantía.

#### *Cuarta*

Las infracciones previstas hasta la entrada en vigor de la presente Ley en los artículos 576.2.º y 3.º, 577.3.º, 4.º, 6.º, 7.º y 8.º y 584.7.º del Código penal continuarán vigentes con el carácter de infracciones administrativas, y con la sanción pecuniaria señalada en el citado Código, autorizándose al Gobierno para que por Real Decreto actualice dichas sanciones, de acuerdo con las actuales circunstancias económicas y sociales y las armonice con las previstas en la legislación sanitaria y sobre consumo.

La misma previsión se aplicará respecto de lo dispuesto hasta la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica en los artículos 572.1.º y 578 del Código penal.

Las faltas que hasta la entrada en vigor de la presente Ley figuraban en los artículos 568 y 570.1.º, 2.º, 3.º y 4.º del Código penal podrán ser sancionadas con las multas hasta entonces previstas en dicho Código de acuerdo con el procedimiento regulado en los artículos 133 a 137 de la Ley de 17 de julio de 1958.

#### *Quinta*

Lo establecido en las anteriores disposiciones adicionales y en la transitoria tiene carácter de ley ordinaria.

### DISPOSICION TRANSITORIA

En tanto subsistan los Juzgados de Distrito, serán estos los componentes para conocer de los procesos a que se refiere la disposición adicional primera.

**PROYECTO DE LEY por la que se crean los Juzgados de lo Penal y se modifican diversos preceptos de las leyes orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal (Orgánica) («BOC» de 27 de octubre de 1988, Serie A, núm. 99-1)**

### EXPOSICION DE MOTIVOS

La Constitución Española y los Convenios internacionales en materia de derechos humanos suscritos por España reconocen, con el carácter de fundamental, el derecho a un juicio público con todas las garantías, entre las cuales figura el derecho a un Juez imparcial.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han considerado que la imparcialidad del juzgador es incompatible o queda comprometida con su actuación como instructor de la causa penal.

La presente Ley Orgánica pretende acomodar nuestra organización judicial en el orden penal a la exigencia mencionada, mediante la introducción de una nueva clase de órganos unipersonales: los Juzgados de lo Penal.

Tales Juzgados tendrán ámbito provincial, si bien podrán tener una jurisdicción inferior cuando el volumen de asuntos así lo justifique. Al Juzgado de lo Penal se atribuye el conocimiento de las causas por los delitos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, así como del procedimiento que regulaba el Capítulo II del Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, manteniéndose la instrucción de dichas causas en los Juzgados de Instrucción.

En la línea de corregir los defectos que actualmente se oponen al eficaz funcionamiento del proceso penal, las reformas que se introducen no son solamente orgánicas. En efecto, se adopta una serie de medidas tendentes a lograr en el seno del proceso penal una mayor simplicidad y una mejor protección de las garantías del inculgado.

Los tres procedimientos existentes por delitos menos graves —los dos de urgencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre— se unifican, manteniendo únicamente la diversidad imprescindible por razón de los órganos jurisdiccionales a quienes comete enjuiciarlos.

Se aligera el proceso penal de actuaciones inútiles, evitando la repetición de las que se hayan realizado con la asistencia de abogado.

El mandato de celeridad y eficacia aconseja asimismo dar un tratamiento a las dos fases del proceso que actualmente plantean mayores problemas, la de instrucción y la del recurso de casación, habida cuenta de que con las de la introducción de los Juzgados de lo Penal y con las numerosas creaciones, que se están llevando a cabo, de Secciones de Audiencias Provinciales, junto con la simplificación del proceso, es de esperar que se logre una mayor celeridad en la fase de juicio oral.

Se introduce la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado en causas por delitos no graves, bajo condiciones que garantizan no sólo el derecho de defensa del ausente, asegurado por la intervención de su Abogado defensor, sino también el derecho de recurrir en anulación contra la sentencia dictada. Se pretende así evitar dilaciones inútiles, que pueden redundar en perjuicio de las víctimas, siguiendo una tendencia que se observa en el Derecho comparado y las orientaciones de la resolución 75 (11) y de la Recomendación número R (87) 18,, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Atendida la acumulación de asuntos que se registra en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que en parte se verá paliada por la aplicación de la crecientemente reformada operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en virtud de la Ley 21/1988, de 19 de julio, se considera procedente limitar el recurso de casación a las sentencias de las Audiencias Provinciales en causas por delitos sancionados con pena superior a los de seis años de privación de libertad, mientras que, contras las que no alcancen ese límite, se abre un recurso de apelación ante la Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, si bien se difiere la aplicación de esta disposición al momento de entrada en funcionamiento de dichas Salas a tenor de lo previsto en la Ley de Demarcación y de Planta Judicial.

El cuadro de medidas se contempla mediante la suspensión del sistema transi-

torio de jubilación forzosa por edad de Jueces, Magistrados y Fiscales, en el estado de cumplimiento que ha alcanzado en 1988, durante el periodo de realización de la programación prevista en el proyecto de Ley de Demarcación y Planta Judicial, con el objeto de lograr los propósitos de la reforma.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 14 de octubre de 1988 acuerda remitir a las Cortes Generales el siguiente:

**PROYECTO DE LEY ORGANICA POR LA QUE SE CREAN LOS  
JUZGADOS DE LO PENAL Y SE MODIFICAN DIVERSOS PRECEPTOS  
DE LAS LEYES ORGANICAS DEL PODER JUDICIAL  
Y DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**

*Artículo primero*

Uno.—El inciso segundo del artículo 26 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, quedará redactado así:

«Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria.»

Dos.—El apartado único del artículo 57 de la misma Ley irá precedido del guarismo «1». Se añade un apartado 2, con la siguiente redacción:

«2. En las causas a que se refieren los números segundo y tercero del párrafo anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor, que no formará parte de la misma para enjuiciarlas.»

Tres.—El inciso inicial del número 1.º y el número 5.º del artículo 65 de la misma Ley Orgánica tendrán la siguiente redacción:

«1.º Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos:

5.º De los recursos establecidos en la Ley contra las sentencias y resoluciones de los Juzgados Centrales de lo Penal y de los Juzgados Centrales de Instrucción.»

Cuatro.—Se adiciona en el apartado 3 del artículo 73 de la misma Ley Orgánica lo siguiente:

«d) De los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones de las Audiencias Provinciales.»

Cinco.—El apartado 4 del artículo 73 de la misma Ley Orgánica pasa a ser el apartado 5. El apartado 4 tendrá la siguiente redacción:

«4. Para la instrucción de las causas a que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor que no formará parte de la misma para enjuiciarlas.»

Seis.—El artículo 82 de la misma Ley Orgánica quedará redactado así:

«1. Las Audiencias Provinciales conocerán en el orden penal:

1.º De las causas por delito, a excepción de las que la Ley atribuye el conocimiento de los Juzgados de lo Penal o de otros Tribunales previstos en esta Ley.

2.º De los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de la provincia.

3.º De los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia penitenciaria en materia de ejecución de penas.

2. Para el conocimiento de las causas por delito que la Ley señale y para el de los recursos contra resoluciones de los Juzgados de Instrucción en juicio de faltas de Audiencia se constituirá con un solo Magistrado, mediante un turno de reparto.

3. Las Audiencias Provinciales conocerán también de los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Menores con sede en la provincia y de las cuestiones de competencia entre los mismos.

4. En el orden civil conocerán las Audiencias Provinciales de los recursos que establezca la Ley contra resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de Primera Instancia de la provincia.

5. Corresponde igualmente a las Audiencias Provinciales el conocimiento:

a) De las cuestiones de competencia en materia civil y penal que se susciten entre Juzgados de la provincia que no tengan otro superior común.

b) De las recusaciones de sus Magistrados, cuando la competencia no esté atribuida a la Sala especial existente a estos efectos en los Tribunales Superiores de Justicia.»

### Artículo segundo

Uno.—La rúbrica del Capítulo V, del Título IV del Libro I de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial será la siguiente:

«De los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Vigilancia Penitenciaria y de Menores.»

Dos.—El apartado 1 del artículo 87 de la misma Ley Orgánica tendrá la siguiente redacción:

«1. Los Juzgados de Instrucción conocerán en el orden penal:

a) De la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal.

b) Del enjuiciamiento de las causas por falta, salvo de las atribuidas a los Juzgados de Paz.

c) De los procedimientos de *habeas corpus*.

d) De los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Paz del partido y de las cuestiones de competencia entre éstos.»

Tres.—El artículo 88 de la misma Ley Orgánica tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 88.—En la Villa de Madrid podrá haber uno o más Juzgados Centrales de Instrucción, con jurisdicción en toda España, que instruirán las causas cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o, en su caso, a los Juzgados Centrales de lo Penal y que tramitarán los expedientes de extradición pasiva, en los términos previstos en la ley.»

Cuatro.—Se introduce en el Capítulo V del Título IV del Libro Primero de la misma Ley Orgánica un nuevo artículo 89 bis con la siguiente redacción:

«Artículo 89 bis.—1. En cada provincia y con sede en su capital habrá uno o varios Juzgados de lo Penal. Podrán establecerse Juzgados de lo Penal cuya jurisdicción se extienda a uno o varios partidos de la misma provincia, conforme a lo que disponga la legislación sobre demarcación y planta judicial, que fijará



la ciudad donde tendrán su sede. Los Juzgados de lo Penal tomarán su denominación de la población donde tengan su sede.

2. Los Juzgados de lo Penal enjuiciarán las causas por delito que la ley determine.

3. En la Villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá uno o varios Juzgados Centrales de lo Penal que enjuiciarán y fallarán, en los casos en que así lo establezcan las leyes procesales, las causas por los delitos a que se refiere el artículo 65.»

Cinco.—En el artículo 100.2 de la misma Ley Orgánica se suprimen las palabras «de la sustanciación, fallo y ejecución».

### *Artículo tercero*

Uno.—El apartado 1 del artículo 210 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, tendrá la siguiente redacción:

«1. Los Jueces de Primera Instancia e Instrucción, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de Menores y de lo Social se sustituirán entre sí en las poblaciones donde existan varios, en la forma que acuerde la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, a propuesta de la junta de Jueces.»

Dos.—El apartado 1 del artículo 211 de la misma Ley Orgánica tendrá la siguiente redacción:

«1. Cuando en la población no hubiere otro Juez de la misma clase la sustitución corresponderá a Juez de clase distinta.»

Tres.—El apartado 3 del artículo 211 de la misma Ley Orgánica quedará redactado así:

«3. Corresponderá a los Jueces de Primera Instancia e Instrucción la sustitución de los Jueces de los restantes órdenes jurisdiccionales y de los Jueces de Menores. La de los Jueces de lo Penal corresponderá, en el caso del artículo 89, a los Jueces de Primera Instancia. En los demás casos, la sustitución de los Jueces de lo Penal, así como la de los Jueces de Primera Instancia e Instrucción, corresponderá a los Jueces de Menores, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social, según el orden que establezca la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia.»

Cuatro.—El apartado 1 del artículo 212 de la misma Ley Orgánica tendrá la siguiente redacción:

«1. Los Jueces desempeñarán las funciones inherentes a su Juzgado y al cargo que sustituyan.»

Cinco.—El número 10 del artículo 219 de la misma Ley Orgánica tendrá la siguiente redacción:

«10. Haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.»

Seis.—Se adiciona un apartado 3 en el artículo 269 de la citada Ley Orgánica con la siguiente redacción:

«3. No obstante, las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia dispondrán que los Jueces de lo Penal, asistidos del Secretario, se constituyan para celebrar juicios orales con la periodicidad que se señale en las ciudades donde tengan su sede los Juzgados que hayan instruido las causas de las que

les corresponde conocer, siempre que su desplazamiento venga justificado por el número de éstas o por una mejor administración de justicia. Los Juzgados de Instrucción y los funcionarios que en ellos sirvieran prestarán en estos casos cuanta colaboración sea precisa.»

Siete.—El apartado 3 del artículo 391 de la misma Ley Orgánica tendrá la siguiente redacción:

«3. También lo será a los Presidentes y Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y de las Audiencias Provinciales y a los Jueces de lo Penal respecto de los miembros del Ministerio Fiscal destinados en las fiscalías correspondientes a los órganos que ocuparen. Exceptuándose los puestos de Presidentes de Sección y Magistrados de Audiencias Provinciales en que existan cinco o más secciones o los casos en que existan cinco o más Juzgados de lo Penal con sede en la misma población.»

#### *Artículo cuarto*

El artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tendrá la siguiente redacción:

«Fuera de los casos que expresa y limitativamente atribuyen la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados, serán competentes:

Primero.—Para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, el Juez de Instrucción. Sin embargo, conocerán de los juicios por faltas comprendidas en los Títulos I y II del Libro III del Código Penal, con excepción de las de los artículos 572 y 576, y por las faltas de los artículos 585, 590, 594 y 596 del mismo Código los Jueces de Paz.

Segundo.—Para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido y el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine.

Tercero.—Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a seis meses, o con cualquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que su duración no exceda de seis años y por delitos flagrantes castigados con pena o penas, cualquiera que sea su naturaleza, cuya duración no exceda de seis años, así como de las faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de esos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuvieran relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido o el Juez Central de lo Penal, en el ámbito que le es propio.

Cuarto.—Para el conocimiento y fallo de las causas en los demás casos, la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. La Audiencia Provincial se constituirá con un sólo Magistrado cuando la pena o penas solicitadas, sean únicas, conjuntas o alternativas, no excedan de seis años.

#### *Artículo quinto*

El Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el epígrafe «Del procedimiento abreviado para determinados delitos» tendrá la siguiente redacción:

## CAPITULO PRIMERO

## Disposiciones generales

Artículo 779.—Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de las infracciones que a continuación se enumeran:

Primera.—Delitos castigados con pena no superior a prisión mayor, o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que su duración no excede de doce años.

Segunda.—Delitos flagrantes, cualquiera que fuere la pena que tuvieren señalada. Se considerará delito flagrante el que se estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos.

Se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan.

También se considerará delincuente «in fraganti» aquél a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él.

Artículo 780.—El enjuiciamiento de los delitos enumerados en el artículo anterior, se acomodará a las normas comunes de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente Título.

Iniciado un proceso de acuerdo con las normas de este Título, en cuanto aparezca que el hecho no se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo anterior, se continuará conforme a las disposiciones generales de esta Ley, sin retroceder en el procedimiento más que en el caso de que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a dichos preceptos legales. Por el contrario, iniciado un proceso conforme a las normas comunes de esta Ley, continuará su sustanciación de acuerdo con las del presente Título, en cuanto conste que el hecho enjuiciado se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo precedente. En ambos casos, el cambio de procedimiento no implicará el del instructor.

Acordado el procedimiento que deba seguirse, se le hará saber inmediatamente al Ministerio Fiscal, al imputado y a las partes personadas.

Artículo 781.—El Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de la acción penal conforme a la Ley. Velará por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima o de los perjudicados por el delito.

En este procedimiento corresponde al Ministerio Fiscal, de manera especial, impulsar y simplificar su tramitación sin merma de la interdicción de indefensión y del carácter contradictorio del mismo, dando a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando su aportación del Juez de Instrucción; instar de éste la adopción de medidas cautelares o su levantamiento y la conclusión de la investigación tan

pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal.

Artículo 782.—En las causas comprendidas en este título, las cuestiones de competencia que se promuevan entre Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria se sustanciarán según las reglas siguientes:

Primera.—Cuando un Tribunal o Juzgado rehusare el conocimiento de una causa o reclamare el conocimiento de la que otro tuviere, y haya duda acerca de cuál de ellos es el competente, si no resulta acuerdo a la primera comunicación que con tal motivo se dirijan, pondrán el hecho, sin dilación, en conocimiento del superior jerárquico determinado en el artículo 20, por medio de exposición razonada, para que dicho superior, oyendo «in voce» al Fiscal y a las partes personadas, decida en el acto lo que estime procedente, sin ulterior recurso.

Cuando la cuestión surja en la fase de instrucción, cada uno de los Juzgados continuará practicando las diligencias urgentes y absolutamente indispensables para la comprobación del delito y averiguación e identificación de los posibles culpables.

Segunda.—Ningún Juez de Instrucción o de lo Penal podrá promover cuestión de competencia a las Audiencias Provinciales, sino exponerles, oído el Ministerio Fiscal, las razones que tenga para creer que le corresponde el conocimiento del asunto.

La Audiencia dará vista de la exposición y antecedentes al Ministerio Fiscal para que emita su dictamen y, evacuado éste, sin más trámites, resolverá dentro del tercer día lo que estime procedente, comunicando esta resolución al Juzgado que la haya expuesto para su cumplimiento.

Tercera.—Cuando algún Juez de Instrucción o de lo Penal viniera entendiendo de causa atribuida a la competencia de la Audiencia Provincial, se limitará ésta a ordenar a aquél, oído el Ministerio Fiscal, que se abstenga de conocer y le remita las actuaciones.

Artículo 783.—El ejercicio por particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil derivada del mismo habrá de efectuarse en la forma y con los requisitos señalados en el Título II del Libro II de esta Ley, expresando la acción que se ejercite.

Sin perjuicio de lo que se dispone en el párrafo anterior, al ofendido o perjudicado por el delito se le instruirá de los derechos que le asisten conforme a lo dispuesto en los artículos 109, 110 y 786.2 de esta Ley y demás disposiciones, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela.

Artículo 784.—Los Jueces y Tribunales observarán en la tramitación de las causas a que se refiere este Título las prevenciones siguientes:

Primera.—El Juez o Tribunal que ordene la práctica de cualquier diligencia se entenderá directamente con el Juez, Tribunal, Autoridad o funcionario encargado de su realización, aunque el mismo no le esté inmediatamente subordinado ni sea superior inmediato de aquéllos.

Segunda.—Para cursar los despachos que se expidan se utilizará siempre el medio más rápido, acreditando por diligencia las peticiones de auxilio que no se hayan solicitado por escrito.

Tercera.—Si el que hubiere de ser citado no tuviere domicilio conocido o no fuere encontrado por la Policía Judicial en el plazo señalado a ésta, el Juez o Tribunal mandará publicar la correspondiente cédula por el medio que estime más idóneo para que pueda llegar a conocimiento del interesado, y sólo cuando

lo considere indispensable acordará su divulgación por los medios de comunicación social.

Cuarta.—Las requisitorias que hayan de expedirse se insertarán en las Ordenes Generales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, cuando lo consideren oportuno, en los medios de comunicación escrita.

Quinta.—Las fianzas que se exijan para asegurar las responsabilidades pecuniarias, incluso costas, podrán constituirse conforme a lo establecido en el artículo 591 de esta Ley y, además, por garantía bancaria o de la entidad en que tenga asegurada la responsabilidad civil la persona contra quien se dirija la medida, formalizada por escrito o por comparecencia ante el Juzgado o Tribunal, por los interesados o por persona que ostente la legítima representación de cualquiera de los Bancos o banqueros autorizados para operar en el territorio nacional, o de la Entidad aseguradora correspondiente.

En los supuestos en que las responsabilidades civiles estén total o parcialmente cubiertas por el régimen de Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, se requerirá a la Entidad aseguradora o al Consorcio de Compensación de Seguros, en su caso, para que, hasta el límite del seguro obligatorio, afiance aquéllas. Si la fianza exigida fuera superior al expresado límite, el responsable directo o subsidiario vendrá obligado a prestar fianza o aval por la diferencia, procediéndose en otro caso al embargo de sus bienes.

La Entidad responsable del seguro obligatorio no podrá, en tal concepto, ser parte del proceso, sin perjuicio de su derecho de defensa en relación con la obligación de afianzar, a cuyo efecto se le admitirá el escrito que presentare, resolviéndose sobre su pretensión en la pieza correspondiente.

Sexta.—A todo escrito y a los documentos que se presenten en la causa se acompañarán tantas copias literales de los mismos, realizadas por cualquier medio de reproducción, cuantas sean las otras partes y el Fiscal, a quienes se entregarán al notificarles la resolución que haya recaído en el escrito respectivo.

La omisión de las copias sólo dará lugar a su libramiento por el Secretario a costa del omitente si éste no las presenta en el plazo de una audiencia.

Séptima.—Para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los presuntos reos, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento.

Octava.—En los Juzgados de Instrucción y de lo Penal y en las Audiencias se llevarán los libros de registro necesarios para las anotaciones que correspondan respecto de los procesos regulados en esta Ley, cuyo número y forma se determinará reglamentariamente.

Artículo 785.—El Juez de Instrucción empleará para la comprobación del delito y la culpabilidad del presunto reo los medios comunes y ordinarios que establece esta Ley, con las modificaciones siguientes:

Primera.—Las declaraciones de los testigos y el reconocimiento del imputado se consignarán en acta breve, salvo que el Juez considere conveniente que el examen de alguno de aquéllos se verifique aisladamente y que el reconocimiento se practique conforme a lo dispuesto en el Capítulo III del Título V del Libro II.

Cuando los imputados o testigos no hablen o no entendieren el idioma español, se procederá de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398, 440 y

441 de esta Ley, sin que sea preciso que el intérprete designado tenga título oficial ni que sea redactada la declaración en el idioma empleado cuando el Tribunal o el Juez considere que no tiene trascendencia para establecer la acusación o la defensa.

Segunda.—La información prevenida en el artículo 364 sólo se verificará cuando a juicio del instructor hubiere duda acerca de la preexistencia de la cosa objeto de la sustracción o defraudación.

Tercera.—En las declaraciones se reseñará el Documento Nacional de Identidad de las personas que las presten. Cuando por tal circunstancia o por cualquier otra no ofreciere duda la identidad del imputado y conocidamente tuviere la edad de 18 años se prescindirá de traer a la causa el certificado de nacimiento. En otro caso, se unirá dicho certificado y la correspondiente ficha dactiloscópica.

Cuando los hechos enjuiciados deriven del uso y circulación de vehículos de motor, se reseñarán también, en la primera declaración que presten los conductores, los permisos de conducir de éstos y de circulación de aquéllos y el certificado del seguro obligatorio, así como el documento acreditativo de su vigencia.

Cuarta.—Los informes y declaraciones a que se refieren los artículos 377 y 378 únicamente se pedirán y recibirán cuando el Juez los considere imprescindibles.

Quinta.—No se demorará la conclusión de la instrucción por falta del certificado de nacimiento, sin perjuicio de que cuando se reciben se aporten a las actuaciones.

Sexta.—En los casos de lesiones, no será preciso esperar a la sanidad del lesionado, cuando fuere procedente el archivo o el sobreseimiento. En cualquier otro supuesto, podrá proseguirse la tramitación sin haberse alcanzado tal sanidad si fuera formular escrito de acusación.

Séptima.—El informe pericial podrá ser prestado por un sólo perito cuando el Juez lo considere suficiente.

Octava.—El Juez podrá acordar:

a) La detención o la prisión del imputado o su libertad provisional con o sin fianza, en los casos en que procedan conforme a las reglas generales de esta Ley. Los autos de prisión que se dicten en estas causas no precisarán de ratificación.

Las actuaciones que motive la aplicación de estas medidas se contendrán en pieza separada.

b) El aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias de los que pudieran resultar responsables civiles directos o subsidiarios.

Tales medidas se acordarán mediante auto y se formalizarán en pieza separada.

c) La intervención inmediata del vehículo y la retención del permiso de circulación del mismo por el tiempo indispensable, cuando fuere necesario practicar alguna investigación en aquél o para asegurar las responsabilidades pecuniarias, en tanto no conste acreditada la solvencia del inculpado o del tercero responsable civil. En todo caso, la intervención continuará, no obstante, mientras el vehículo no se halle en perfectas condiciones para circular.

También podrá acordarse la intervención del permiso de conducción requiriendo al imputado para que se abstenga de conducir vehículos de motor, en tanto subsista la medida, con la prevención de lo dispuesto en el artículo 237 del Código penal.

Las medidas anteriores, una vez adoptadas, llevarán consigo la retirada de los documentos respectivos y su comunicación a los Organismos administrativos correspondientes.

d) En los hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, el señalamiento de la pensión provisional que, según las circunstancias, considere necesaria en cuantía y duración, para atender a la víctima y a las personas que estuvieren a su cargo. El pago de la pensión se hará anticipadamente en las fechas que discrecionalmente señale el Juez, a cargo del asegurado, si existiere, y hasta el límite del Seguro Obligatorio, o bien con cargo a la fianza o al Consorcio de Compensación de Seguros, en los supuestos de responsabilidad final del mismo, conforme a las disposiciones que le son propias.

Todo lo relacionado con esta medida se actuará en pieza separada.

La interposición de recursos no suspenderá el pago de la pensión.

e) Cuando lo considere necesario, que por el Médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que en un plazo no superior a cinco días enviará el resultado.

f) Que no se practique la autopsia, cuando por el Médico forense o quien haga sus veces se dictamine cumplidamente la causa de la muerte sin necesidad de aquella.

g) La asistencia debida a los heridos, haciendo constar el lugar de su internamiento u hospitalización.

h) Autorizar, previa audiencia del Fiscal, a los imputados en los procedimientos por delitos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, que no estén en situación de prisión preventiva y que con anterioridad tuvieran su domicilio o residencia habitual en el extranjero, para ausentarse del territorio español. Para ello será indispensable que dejen suficientemente garantizadas las responsabilidades pecuniarias de todo orden derivadas del hecho a enjuiciar, designen persona con domicilio fijo en España que reciba las notificaciones, citaciones y emplazamientos que hubiere que hacerle, con la prevención contenida en el artículo 789 en cuanto a la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia, y que preste caución no personal, cuando no esté ya acordada fianza de la misma clase, para garantizar la libertad provisional que responda de su presentación en la fecha o plazo que se les señale.

Igual atribución y con las mismas condiciones corresponderá al Juez o Tribunal que haya de conocer de la causa.

Si el imputado no compareciere se adjudicará al Estado el importe de la caución y se le declarará en rebeldía, observándose lo dispuesto en el artículo 843, salvo que se cumplan los requisitos legales para celebrar el juicio en su ausencia.

Artículo 785 bis.—1. Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instruc-

ción la incoacción de las correspondientes diligencias previas con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere y los efectos del delito.

2. El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en esta Ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración.

3. Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos.

Artículo 786.—En la investigación de los hechos comprendidos en este Título los miembros de la Policía Judicial observarán las reglas generales de los artículos 284 y 286 y las especiales siguientes:

Primera.—Ordenarán que les acompañe cualquier facultativo que fuere habido para prestar en su caso los oportunos auxilios al ofendido. El facultativo requerido, aunque sólo lo fuera verbalmente, que no se preste a lo expresado en el párrafo anterior, incurrirá en una multa de 1.000 a 10.000 pesetas, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que pudiera haber incurrido.

Segunda.—Los miembros de la Policía Judicial, además de identificar y tomar los datos personales y dirección a las personas que se encuentren en el lugar en que se cometió el delito, podrán:

a) Secuestrar los efectos que en él hubiere hasta tanto llegue la Autoridad judicial, siempre que no exista peligro de que no haciéndolo pudieran desaparecer algunas pruebas de los hechos ocurridos.

b) Si se hubiere producido la muerte de alguna persona y el cadáver se hallare en la vía pública o en otro lugar inadecuado, trasladarlo al más próximo que aconsejen la piedad y las circunstancias hasta que la Autoridad judicial adopte las medidas oportunas. En las situaciones excepcionales en que haya de adoptarse tal medida de urgencia, se reseñará previamente la posición del interfecto, obteniéndose fotografías y señalando sobre el lugar la situación exacta que ocupaba.

c) Proceder a la intervención del vehículo y de los documentos que se mencionan en el apartado c) de la regla octava del artículo 785 en los supuestos a que el mismo se refiere.

d) Citar para que comparezcan inmediatamente, o en las veinticuatro horas siguientes, ante la Autoridad judicial competente, a las personas indicadas en el párrafo primero de esta regla o en la anterior.

Tercera.—Podrán igualmente los miembros de la Policía Judicial requerir el auxilio de la fuerza pública cuando fuere necesario para el desempeño de las funciones que por esta Ley se les encomiendan. El requerimiento será por escrito, si lo permite la urgencia del caso.

Artículo 787.—1. Contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrá ejercitarse el de reforma y, si no fuere estimado, el de queja. El de apelación únicamente se admitirá en los casos expresamente señalados en este Título. La Audiencia Provincial es el órgano competente para conocer de los recursos de apelación y queja.

2. Inmediatamente que se interponga el recurso de queja, el Tribunal lo comunicará por el medio más rápido al Juez que dictó la resolución. Si para resolverlo necesitare el Tribunal conocer íntegramente alguna diligencia, mandará que el Juez una testimonio de la misma al informe. En casos muy excepcionales podrá también reclamar las actuaciones para su consulta antes de resolver el recurso.



siempre que con ello no se obstaculice la tramitación de aquéllas; en estos casos, deberán devolverse las actuaciones al Juez en el plazo máximo de tres días.

3. El recurso de apelación, cuando proceda, podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución. En ningún caso será necesario interponer previamente el de reforma para ejercitar la apelación. Admitida ésta, se pondrá la causa de manifiesto a las demás partes personadas, por plazo común de seis días para que puedan alegar por escrito dentro de dicho plazo lo que estimen conveniente y presentar los documentos justificativos de sus pretensiones. Transcurrido el plazo se remitirán las actuaciones a la Audiencia Provincial, que resolverá dentro de los tres días siguientes.

Artículo 788.—1. Desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada y conforme a lo dispuesto en los artículos 118 y 520 y siguientes de esta Ley, fuera necesaria la asistencia letrada, la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad judicial recabarán del Colegio de Abogados la designación de un Letrado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado.

2. El abogado designado continuará prestando asistencia jurídica hasta la finalización del proceso, salvo nombramiento de uno de su elección por el imputado o impedimento legítimo de aquél, debidamente justificado ante su Colegio profesional, el que previamente a la aceptación de la excusa, notificará al Juez o al Ministerio Fiscal la designación del sustituto.

3. El Abogado designado por la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido, no siendo por tanto necesaria la intervención de Procurador hasta el trámite regulado en el número 1 del artículo 791, debiendo hasta entonces cumplir el Letrado el deber de señalamiento de domicilio a efectos de notificaciones y traslados de documentos.

No será necesaria la intervención de Procurador, pero sí la de Abogado, en el caso de la resolución quinta del apartado 4 del artículo 789.

4. Los perjudicados por el hecho punible o sus herederos, que fueren parte en el juicio, disfrutarán del derecho de asistencia jurídica gratuita, conforme a las disposiciones de los artículos 121 y siguientes de esta Ley.

5. Para evitar dilaciones y asegurar la debida asistencia jurídica durante el proceso, los Colegios de Abogados remitirán a los Presidentes de Audiencia Provincial, Jueces de lo Penal y Jueces de Instrucción una copia de la lista de colegiados ejercientes del turno de oficio, así como de las modificaciones que se vayan produciendo. Si los Decanos de los Colegios de Abogados, requeridos a los efectos del número 1 de este artículo, no hicieren la designación dentro de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la petición, los Jueces de Instrucción la harán por sí, designando al Letrado a quien corresponda por riguroso turno entre los que figuren en la lista. Igualmente, podrá el Juez de Instrucción acordar que se nombre Abogado de oficio, en sustitución del que con anterioridad estuviere designado, cuando por causa no justificada éste dejare de comparecer.

Lo anteriormente dispuesto será igualmente aplicable a la designación de Procuradores de oficio.

Artículos 789.—1. Todas las actuaciones judiciales relativas a delitos de los comprendidos en este Título se registrarán como diligencias previas.

2. Sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no fueren suficientes para formular acusación, así como cuando el procedimiento se iniciare por denuncia presentada en el Juzgado o por querrela, el Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta de su incoación y de los hechos que la determinen al Fiscal de la Audiencia correspondiente.

3. En la primera comparecencia se informará al imputado de sus derechos y se le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se le harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre. Se advertirá al imputado que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia, si la pena en su día solicitada no excediera de los límites señalados en el apartado 1 del artículo 793. En igual caso se informará al perjudicado de su derecho a nombrar abogado, informándole de que aun no haciéndolo el Ministerio Fiscal ejercitará las acciones civiles correspondientes, si procediere. Los que se personaren podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga, debiendo cuidar el Juez de rechazar las peticiones de diligencias que no sean imprescindibles para abrir el juicio oral, sin perjuicio de hacer lo necesario para que puedan practicarse durante las sesiones del mismo. Es de aplicación a estas diligencias lo dispuesto en los artículos 301 y 302.

4. Practicadas sin demora tales diligencias, o cuando no sean necesarias, el Juez adoptará alguna de las siguientes resoluciones:

Primera.—Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal, mandará archivar las actuaciones. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional, ordenando el archivo.

Segunda.—Si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al Juez competente.

Tercera.—Si todos los imputados fueren menores de dieciséis años, o el hecho estuviere atribuido a una jurisdicción especial, se inhibirá a favor de la que corresponda.

Cuarta.—Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 779, seguirá el procedimiento ordenado en el Capítulo II.

En los tres primeros supuestos podrá interponerse recurso de apelación. Si no hubiere miembro del Ministerio Fiscal constituido en el Juzgado, ni hubieren interpuesto recurso las partes, se remitirán las diligencias al Fiscal de la Audiencia, el que, dentro de los tres días siguientes a su recepción, las devolverá al Juzgado con el escrito de interposición del recurso o con la fórmula de «visto», procediéndose seguidamente en este caso a la ejecución de lo resuelto.

Quinta.—Si el hecho constituyera delito cuyo conocimiento compete al Juez de lo Penal, el de Instrucción podrá, a instancia del Ministerio Fiscal y del imputado que, asistido de su Abogado, haya reconocido los hechos que se le imputan, remitir las actuaciones al Juez de lo Penal para que convoque lo antes posible a juicio al Fiscal y a las partes, para que oralmente formulen sus pretensiones, pudiendo dictar sentencia en el acto, de conformidad con el artículo 794.

## CAPÍTULO II

**De la preparación del juicio oral**

Artículo 790.—1. Si el Juez de Instrucción acordare que debe seguirse el trámite establecido en este Capítulo, en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y las acusaciones personadas, para que, en el plazo común de cinco días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, en el caso del apartado siguiente.

2. Cuando el Ministerio Fiscal o todas las acusaciones manifiesten la imposibilidad de formular el escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, se podrá instar, con carácter previo, la práctica de aquellas diligencias indispensables para formular acusación.

El Juez de Instrucción accederá en tal caso a lo solicitado, citándose para llevarlas a efecto a quienes estuvieren personados en las actuaciones, al Ministerio Fiscal y siempre al imputado, con el objeto de que puedan intervenir en las mismas, dándose luego nuevo traslado a las acusaciones.

3. Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que previenen los artículos 637 y 641 de esta Ley, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1.º, 3.º, 7.º y 10.º del artículo 8.º del Código Penal, en que devolverán las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos, en su caso, del artículo 20 del Código Penal.

Al acordar el sobreseimiento, el Juez de Instrucción dejará sin efecto la prisión y demás medidas cautelares acordadas.

4. Si el Ministerio Fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 637 y 641 de esta Ley y no se hubiere personado en la misma acusador particular dispuesto a sostener la acusación, antes de acordar el sobreseimiento, podrá el Juez de Instrucción decidir que se remita la causa al superior jerárquico del Fiscal de la Audiencia respectiva para que resuelva si procede o no sostener la acusación, comunicando su decisión al Juez de Instrucción.

5. El escrito de acusación comprenderá, además de la solicitud de apertura del juicio oral ante el órgano que se estime competente y de la identificación de la persona o personas contra las que se dirige la acusación, los extremos a que se refiere el artículo 650 de esta Ley. La acusación se extenderá a las faltas imputables al acusado del delito o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviera relacionada con el delito. También se expresarán la cuantía de las indemnizaciones o fijación de las bases para su determinación y las personas civilmente responsables, así como los demás pronunciamientos sobre entrega y destino de cosas y efectos e imposición de costas procesales.

En el mismo escrito se propondrán las pruebas de que intenten valerse en el juicio oral, expresando si la reclamación de documentos o las citaciones de peritos y testigos deben realizarse por medio de la oficina judicial.

En el escrito de acusación se podrá solicitar la práctica anticipada de aquellas pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral, así

como la adopción, modificación o suspensión de las medidas provisionales a que se refiere el artículo 785 de esta Ley, o cualesquiera otras que resulten procedentes o se hubieren adoptado, y la cancelación de las tomadas en contra de personas contra las que no se dirija acusación.

6. Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 de esta Ley o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los artículos 637 y 641 de esta Ley, siendo su resolución susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

Cuando el Juez de Instrucción decretare la apertura del juicio oral sólo a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, se continuará el procedimiento sin dar nuevo traslado a quien hubiere solicitado el sobreseimiento, sin perjuicio de su citación para el juicio oral, a cuyo comienzo presentará el escrito correspondiente.

Al acordar la apertura del juicio oral, resolverá el Juez de Instrucción sobre la adopción, modificación o suspensión de las medidas cautelares interesadas por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, tanto en relación con el acusado, como respecto de los responsables civiles, a quienes, en su caso, exigirá fianza en los términos del artículo 615 de esta Ley, si no la prestare el acusado en el plazo que se le señale y sobre el alzamiento de las medidas adoptadas respecto a quienes no hubieren sido acusados.

En el mismo auto señalará el Juez de Instrucción el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa, cuando la acusación particular solicite, contra lo interesado por el Ministerio Fiscal, que el hecho sea enjuiciado por la Audiencia Provincial.

7. Contra el auto de apertura del juicio oral no se dará recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación personal del acusado, pudiendo el interesado reproducir ante el órgano del enjuiciamiento las peticiones no atendidas.

Contra los autos denegatorios de apertura del juicio oral procederá recurso de apelación.

Firme la resolución que decrete la apertura del juicio oral, el proceso continuará ante el órgano en ella determinado, salvo que de la prueba practicada durante sus sesiones resultare que la pena a solicitar definitivamente excediera de la competencia de aquél, en cuyo caso se remitirá directamente al competente.

Artículo 791.—1. Abierto el juicio oral, si los acusados no hubieren hecho uso de su derecho a nombrar abogado ni se les hubiera nombrado de oficio, se les emplazará, con entrega de copia de los escritos de acusación, para que en el plazo de tres días comparezcan en la causa con abogado que les defienda y procurador que les represente, nombrándoseles de oficio si no lo hicieren. Cumplido ese trámite, se dará traslado de las actuaciones originales, o mediante fotocopia, a los designados como acusados y terceros responsables en los escritos de acusación, para que en plazo común de cinco días presenten escrito de conformidad o disconformidad con las acusaciones formuladas.

2. El escrito de disconformidad se contraerá correlativamente a los extremos contenidos en los escritos de acusación y en él se podrá solicitar del órgano judicial que recabe la remisión de documentos o cite a peritos o testigos para su

utilización como prueba en las sesiones del juicio oral, así como en su caso, la práctica de prueba anticipada.

3. En su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad. Tal conformidad podrá también formalizarse mediante anexo al escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

4. Si, abierto el juicio oral los acusados se hallaren en ignorado paradero y no hubieren hecho la designación de domicilio a que se refiere el artículo 789.3 y, en cualquier caso, si la pena solicitada excediera de los límites establecidos en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 793, se mandará expedir requisitoria para su llamamiento y busca, declarándolos rebeldes, si no comparecieren o no fueren hallados, con los efectos prevenidos en esta Ley.

5. Formulado por la defensa el escrito de conformidad o disconformidad, el Juez de Instrucción remitirá lo actuado al órgano competente para el enjuiciamiento, notificándose a las partes, salvo cuando el enjuiciamiento corresponda al Juez de lo Penal y éste se desplazara periódicamente a la sede del Juzgado Instructor para la celebración de los juicios procedentes del mismo, en cuyo caso permanecerán las actuaciones en el Juzgado a disposición del Juez de lo Penal.

## CAPITULO III

### Del juicio oral

Artículo 792.—1. En cuanto las actuaciones se encontraren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento, el Juez o Tribunal, constituido con tres magistrados o con uno, según que la pena solicitada exceda o no de seis años de privación de libertad, examinará las pruebas propuestas e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás, prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada y señalará el día en que deban comenzar las sesiones del juicio oral. En esa resolución se ordenará el libramiento de las comunicaciones que sean necesarias para asegurar la práctica de las pruebas que sean propuestas y admitidas, cuando así lo hubieren solicitado las partes.

Contra la resolución denegatoria de prueba no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte a la que le fue denegada pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral, momento hasta el cual podrán incorporarse a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que el Ministerio Fiscal y las partes estimen oportuno y el Juez o Tribunal admitan.

2. El señalamiento de fecha para el juicio se hará teniendo en cuenta la flagrancia del delito, la prisión del acusado y el aseguramiento de su presencia a disposición judicial, la complejidad de la prueba propuesta o cualquier circunstancia significativa.

Artículo 793.—1. La celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del abogado defensor. No obstante, si hubiere varios acusados y alguno de ellos deja de comparecer sin motivo legítimo, apreciado por el Juez o Tribunal, podrá éste acordar, oídas las partes, la continuación del juicio para los restantes.

La ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente o en el domicilio o en la persona a que se refiere el apartado 3 del artículo 789, no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de un año de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años.

La ausencia injustificada del tercero responsable civil citado en debida forma no será por sí misma causa de suspensión de juicio.

2. El juicio oral comenzará con la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas.

3. Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrán pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación, más grave que la del escrito de acusación. Si la pena no excediera de seis años, el Juez o Tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes.

No obstante, si a partir de la descripción del hecho aceptado por todas las partes, estimara el Juez o Tribunal que el mismo carece de tipicidad penal o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de pena o de su preceptiva atenuación, dictará sentencia en los términos que proceda, previa audiencia de las partes realizada en el acto.

No vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal.

4. La práctica de la prueba se realizará concentradamente, en las sesiones consecutivas que sean necesarias. Excepcionalmente, podrá acordar el Juez o Tribunal la suspensión o aplazamiento de la sesión, hasta el límite máximo de treinta días, en los supuestos del artículo 746 de esta Ley, conservando su validez los actos realizados, salvo que se produzca la sustitución del Juez o miembro del Tribunal, en el caso del número 4 de dicho artículo.

No será causa de suspensión del juicio la falta de acreditación de la sanidad, de la tasación de daños o de la verificación de otra circunstancia de análoga significación, siempre que no sea requisito imprescindible para la calificación de los hechos. En tal caso, la determinación cuantitativa de la responsabilidad civil quedará diferida al trámite de ejecución, fijándose en la sentencia las bases de la misma.

5. El informe pericial podrá ser prestado por un solo perito.

6. Terminada la práctica de la prueba, el Juez o Presidente del Tribunal requerirá a la acusación y a la defensa para que manifiesten si ratifican o modifican las conclusiones de los escritos inicialmente presentados y para que expongan

oralmente cuanto estimen procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos.

El requerimiento podrá extenderse a solicitar del Ministerio Fiscal y de los letrados un mayor esclarecimiento de aspectos puntuales de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados.

7. Cuando, en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien nuevos delitos o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes.

8. Cuando todas las acusaciones califiquen los hechos como delitos castigados con pena que exceda de la competencia del Juez de lo Penal, se declarará éste incompetente para juzgar, dará por terminado el juicio y remitirá las actuaciones a la Audiencia competente. Fuera del supuesto anterior, el Juez de lo Penal resolverá lo que estime pertinente acerca de la continuación o finalización del juicio.

9. Del desarrollo del juicio oral se levantará acta que firmarán el Juez o Magistrado o el Presidente y Magistrados, el Secretario, el Fiscal y los Abogados de la acusación y la defensa, reseñándose en la misma el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas, pudiendo completarse o sustituirse por cualquier medio de reproducción mecánica, oral o escrita, de cuya autenticidad dará fe el Secretario.

Artículo 794.—1. El Juez de lo Penal podrá dictar sentencia:

a) Oralmente, en el acto del juicio, documentándose el fallo mediante la fe del Secretario en anexo al acta, sin perjuicio de su ulterior redacción con arreglo al apartado siguiente.

Si el Fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaren su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, decretará la firmeza de la sentencia y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la condena condicional.

b) Por escrito, en la forma prevista en el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dentro de los cinco días siguientes a la finalización del juicio oral.

2. La sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuanto éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado.

Artículo 795.—1. La sentencia dictada por el Juez de lo Penal es apelable ante la Audiencia Provincial correspondiente y la del Juez Central ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dentro del plazo de diez días a partir del siguiente al de su notificación. Durante ese período se hallarán las actuaciones en Secretaría a disposición de las partes.

2. En el escrito de formalización del recurso se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de precepto constitucional o legal en las que se base la impugnación y se fijará el domicilio para notificaciones.

Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán

las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión.

3. En el mismo escrito de formalización, podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables, exponiendo las razones por las que la falta de aquellas diligencias de prueba han producido indefensión.

3. En el mismo escrito de formalización, podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables, exponiendo las razones por las que la falta de aquellas diligencias de prueba ha producido indefensión.

4. Recibido el escrito de formalización del recurso, el Juez dará traslado a las demás partes por un plazo común de diez días y transcurrido el mismo, se hayan o no presentado escrito de impugnación o adhesión, elevará en los dos días siguientes, a la Audiencia Provincial, los autos originales con todos los escritos presentados.

5. Recibidos los autos, si en el recurso no se propone prueba, la Audiencia Provincial los examinará y dictará sentencia en el plazo de diez días, devolviéndolos al Juez a efectos de ejecución del fallo.

6. Cuando estime que es esencial para la correcta formación de una convicción fundada, la Audiencia podrá acordar la celebración de vista, citando a las partes.

7. Si los escritos de recurso contienen proposición de prueba, la Audiencia Provincial resolverá en tres días sobre la admisión de la prueba propuesta y, en el mismo acto, señalará día para la vista dentro de los quince días siguientes.

8. La vista se celebrará empezando por la práctica de la prueba. A continuación las partes resumirán oralmente el resultado de la misma y el fundamento de sus pretensiones.

Artículo 796.—1. La sentencia de apelación se dictará dentro de los cinco días siguientes a la vista oral y contra ella no se admitirá otro recurso que el de revisión, cuando proceda, y el del artículo siguiente, en su caso.

2. Cuando la revocación de la sentencia apelada se funde en quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, la Audiencia Provincial, sin entrar en el fondo del fallo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida.

Artículo 797.—1. En cualquier momento en que comparezca o sea habido el que hubiere sido condenado en ausencia, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 793, le será notificada la sentencia dictada en primera instancia o en apelación a efectos de interposición de recurso y cumplimiento de la pena aún no prescrita. Al notificársele la sentencia se le hará saber su derecho a interponer el recurso a que se refiere el apartado siguiente, con indicación del plazo para ello y del órgano competente.

2. La sentencia dictada en ausencia, haya sido o no recurrida, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos para el recurso de apelación. El plazo



se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia.

Artículo 798.—1. La Audiencia Provincial, constituida con uno o tres Magistrados, dictará sentencia en primera instancia, dentro de los cinco días siguientes a la finalidad del juicio oral, en la forma prevista en el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. La sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial cuando se haya constituido con tres Magistrados, es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

La sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial cuando, por no exceder la pena de seis años, se haya constituido con un Magistrado, es susceptible de recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, por los trámites previstos en el artículo 795.

4. La sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia no es susceptible de otro recurso que el de revisión, cuando proceda, y el de anulación ante la propia Sala en los términos del artículo 797 de esta Ley.

## CAPITULO IV

### De la ejecución de sentencias

Artículo 799.—Tan pronto como sea firme la sentencia, se procederá a su ejecución por el Juez o por la Audiencia que la hubiere dictado, conforme a las disposiciones generales de la Ley, observándose las siguientes reglas:

«Primera.—Si no se hubiere fijado en el fallo la cuantía indemnizatoria, cualquiera de las partes podrá instar, durante la ejecución de sentencia, la práctica de las pruebas que estime oportunas para su precisa determinación, de cuya pretensión se dará traslado a las demás para que en el plazo común de diez días pidan por escrito lo que a su derecho convenga. El Juez o Tribunal rechazará la práctica de pruebas que no se refieran a las bases fijadas en la sentencia.

Practicada la prueba, se fijará mediante auto, en los cinco días siguientes, la cuantía de la responsabilidad civil. El auto dictado por el Juez de lo Penal será apelable ante la Audiencia respectiva.

Segunda.—En los casos en que se haya acordado la privación del permiso de conducir vehículos de motor, se procederá a su inmediata retirada, si tal medida no estuviera ya acordada, dejando unido el documento a los autos y remitiendo mandamiento a la Jefatura Central de Tráfico para que lo deje sin efecto y no expida otro nuevo hasta la extinción de la condena.»

## DISPOSICIONES ADICIONALES

### *Primera*

El régimen transitorio de jubilación forzosa por edad de los Magistrados del Tribunal Supremo, Magistrados, Jueces y Fiscales establecido en la disposición

transitoria 28.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, aplicable a partir del 1 de enero de 1989, será el siguiente:

A partir de dicha fecha el personal mencionado se irá jubilando a medida que vaya cumpliendo sesenta y ocho años de edad.

El 1 de enero de 1993 se jubilará el personal que haya cumplido 67 años y durante 1993 se irán jubilando los que alcancen dicha edad.

El 1 de enero de 1994 se jubilará el personal que haya cumplido 66 años y durante ese año los funcionarios que vayan alcanzando dicha edad.

A partir del 1 de enero de 1995 la jubilación sea a los sesenta y cinco años.

### *Segunda*

La demarcación y planta iniciales de los Juzgados de lo Penal serán los siguientes:

Primero.—Con supresión de un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción o de Instrucción en la capital de la provincia respectiva se constituye un Juzgado de lo Penal en cada una de las capitales de las provincias siguientes:

Almería, Cádiz, Córdoba, Huelva, Jaén, Asturias, Santa Cruz de Tenerife, Cantabria, Burgos, León, Salamanca, Valladolid, Albacete, Gerona, Lérida, Tarragona, Castellón de la Plana, Badajoz, Cáceres, La Coruña, Lugo, Orense, Pontevedra, Navarra, Alava, Guipúzcoa y La Rioja.

Segundo.—Con supresión de dos Juzgados de Primera Instancia e Instrucción o de Instrucción en la capital de la provincia respectiva se constituyen dos Juzgados de lo Penal en cada una de las capitales de las provincias siguientes:

Granada, Zaragoza, Baleares, Las Palmas de Gran Canaria, Murcia y Alicante.

Tercero.—Con supresión de tres Juzgados de Primera Instancia e Instrucción o de Instrucción se constituyen tres Juzgados de lo Penal en Málaga y Vizcaya.

Cuarto.—Con supresión de cuatro Juzgados de Instrucción se constituyen cuatro Juzgados de lo Penal en Sevilla.

Quinto.—Con supresión de cinco Juzgados de Instrucción se constituyen otros tantos Juzgados de lo Penal en Valencia.

Sexto.—Con supresión de ocho Juzgados de Instrucción se constituyen ocho Juzgados de lo Penal en Barcelona.

Séptimo.—Con supresión de diez Juzgados de Instrucción se constituyen diez Juzgados de lo Penal en Madrid.

Octavo.—Para la constitución de otros tantos Juzgados de lo Penal, con jurisdicción sobre los partidos que se determinan, se suprimen los Juzgados de Instrucción que se indican, en cada una de las ciudades siguientes:

Uno en Algeciras, con jurisdicción sobre los partidos de Algeciras y San Roque; uno en Jerez de la Frontera, con jurisdicción sobre los partidos judiciales de Jerez de la Frontera, Sanlúcar de Barrameda y Arcos de la Frontera; uno en Gijón, con jurisdicción sobre los partidos de Gijón, Cangas de Onís, Laviana, Lena, Llanes, Mieres y Siero; uno en Granollers, con jurisdicción sobre los partidos de Granollers, Terrasa, Igualada, Arenys de Mar, Manresa, Vic y Berga; uno en Sabadell, con jurisdicción sobre los partidos de Sabadell, Badalona y Martorell; uno en Hospitalet, con jurisdicción sobre los partidos de Hospitalet, Sant

Boi y Vilafranca; uno en Elche, con jurisdicción sobre los partidos de Elche, Elda, Orihuela y Villena; uno en Santiago de Compostela, con jurisdicción sobre los partidos de Santiago de Compostela y Noya; uno en el Ferrol, con jurisdicción sobre su partido judicial; dos en Vigo, con jurisdicción sobre los partidos de Vigo, Tuy y Puenteareas; uno en Alcalá de Henares, con jurisdicción sobre los partidos de Alcalá de Henares, Alcobendas y Aranjuez.

Noveno.—Se crean, además, los Juzgados de lo Penal que se indican:

Uno en Cádiz, dos en Algeciras, uno en Málaga, uno en Santa Cruz de Tenerife, uno en Burgos, uno en Sabadell, uno en Hospitalet, uno en Granollers, uno en Elche, dos en Santiago de Compostela, tres en Madrid y uno en San Sebastián.

Décimo.—Se constituye un Juzgado de lo Penal en cada una de las provincias de Huesca, Teruel, Avila, Palencia, Segovia, Soria, Zamora, Ciudad Real, Cuenca, Guadalajara y Toledo y un Juzgado Central de lo Penal.

Undécimo.—Se crean los Juzgados de lo Penal que se indican en cada una de las ciudades y con la jurisdicción sobre los partidos que se expresan:

Uno en Melilla, con jurisdicción sobre su partido judicial; uno en Ceuta, con jurisdicción sobre su partido judicial; uno en Linares, con jurisdicción sobre los partidos judiciales de Linares, Baeza, Cazorra, La Carolina, Ubeda y Villacarrillo; dos en Carmona, con jurisdicción sobre los partidos judiciales de Carmona, Cazalla de la Sierra, Dos Hermanas, Ecija, Lora del Río, Marchena, Morón de la Frontera, Osuna y Utrera; uno en Avilés, con jurisdicción sobre los partidos judiciales de Avilés, Laviana, Lena, Grado, Cangas de Narcea y Luarca; uno en Ibiza, con jurisdicción sobre su partido judicial; uno en Santa Coloma de Farnes, con jurisdicción sobre su partido judicial y sobre los de Olot y La Bisbal; uno en Benidorm, con jurisdicción sobre los partidos judiciales de Benidorm, Denia, Vilajoiosa y Alcoy; uno en Alcira, con jurisdicción sobre los partidos judiciales de Alcira, Gandía, Játiva, Onteniente y Requena y uno en Mérida, con jurisdicción sobre los partidos judiciales de Mérida, Almendralejo, Castuera, Don Benito, Herrera del Duque y Villanueva de la Serena.

### *Tercera*

El cese en sus funciones como Juzgados de Primera Instancia e Instrucción o como Juzgados de Instrucción de los que resulten suprimidos se acomodará a las siguientes reglas:

Primera.—A los veinte días de la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, los Juzgados cesarán en sus funciones de instrucción de procedimientos penales, asumiendo las mismas los restantes Juzgados de Instrucción.

Segunda.—Desde la fecha que señale el Real Decreto a que se refiere la disposición anterior, cesarán en sus funciones como Juzgados de Primera Instancia, salvo para dictar, dentro de los plazos señalados las sentencias en los asuntos que hubiesen quedado concluidos y sólo pendientes de fallo. Notificadas las resoluciones finales remitirán los asuntos sentenciados, así como los pendientes, al Juzgado que corresponda, conforme a las reglas aprobadas por la correspondiente Sala de Gobierno, notificándolo a las partes.

Tercera.—Desde la misma fecha cesarán en sus funciones como Juzgados de

Instrucción, salvo para fallar los asuntos pendientes de dicho trámite o para continuar hasta su decisión las apelaciones de juicios de faltas pendientes.

#### *Cuarta*

El titular y secretario de los Juzgados suprimidos pasarán a ocupar los puestos correspondientes en los Juzgados de lo Penal. El personal adscrito a los Juzgados suprimidos pasará a estarlo al Juzgado de lo Penal correspondiente, sin perjuicio de las adscripciones que puedan realizarse conforme a los Reglamentos vigentes y de lo que pueda disponerse con arreglo a los Reales Decretos a que se refiere la disposición siguiente. Los Juzgados a suprimir serán los de Instrucción o Primera Instancia e Instrucción de creación más reciente. De ellos, el de creación más lejana será el número 1 y así sucesivamente.

#### *Quinta*

Por Real Decreto se determinará la fecha en que los Juzgados de lo Penal entrarán en funcionamiento. A partir de dicha fecha los Juzgados de lo Penal asumirán sus funciones, salvo lo dispuesto en la disposición transitoria primera.

#### *Sexta*

El artículo 4 y las disposiciones adicionales precedentes, excepto la primera, tienen carácter de Ley ordinaria.

### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

#### *Primera*

En tanto subsistan los Juzgados de Distrito conocerán éstos de los juicios por faltas no atribuidos a los Juzgados de Paz y los Juzgados de Instrucción de los recursos de apelación contra las resoluciones de dichos Juzgados de Distrito.

#### *Segunda*

En tanto no se proceda a actualizar el Libro III del Código Penal, los Juzgados de Paz conservarán la competencia para conocer en primera instancia de los juicios de faltas que tienen en la actualidad.

#### *Tercera*

En tanto no entren en funcionamiento los Juzgados de lo Penal, cuando proceda la abstención de los Jueces de Instrucción por la causa décima del artícu-

lo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en los procesos en que les corresponda la instrucción y el fallo, los Jueces de Instrucción se limitarán a remitir las actuaciones al órgano competente para el fallo de acuerdo con las reglas de reparto establecidas.

*Cuarta*

En tanto no entren en funcionamiento las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en las causas por delito en las que dicho órgano puede constituirse con un solo Magistrado cabrá recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogados la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, y los artículos 800 a 803 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

DISPOSICION FINAL

El Gobierno dictará cuantas disposiciones sean precisas en el ámbito de su competencia para la ejecución de lo establecido en la presente Ley Orgánica.



# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

## PERSECUCION DE MALOS TRATOS OCASIONADOS A PERSONAS DESAMPARADAS Y NECESIDAD DE HACER CUMPLIR LAS OBLIGACIONES ALIMENTICIAS FIJADAS EN LOS PROCESOS MATRIMONIALES

**Instrucción núm. 3/1988, de 1 de junio**

Al Ministerio Fiscal le encomienda el artículo 124 de la Constitución Española promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

Nuestra máxima Norma Fundamental ha configurado así un Ministerio Fiscal activo, defensor a ultranza de los derechos fundamentales y del interés social.

Pues bien, hoy quiero dirigirme a los Fiscales para exponerles unos problemas que deben merecer la atención prioritaria de su trabajo, por constituir una evidente preocupación de nuestra sociedad: me refiero, primero, a la necesidad de reprimir ejemplarmente toda conducta que suponga un delito o falta de lesiones o que sea constitutivo de malos tratos y que recaiga sobre las personas más desamparadas, y segundo, al deber de hacer efectivas las pensiones alimenticias, fijadas en procesos matrimoniales, a favor de los hijos menores o incapacitados y del cónyuge.

### A) LESIONES Y MALOS TRATOS A MENORES

De las investigaciones sociológicas que se están realizando en nuestro país, resulta que los malos tratos a la infancia constituyen una evidente realidad, aunque todavía no tenemos datos suficientemente fiables y representativos que permitan realizar una estimación aproximada de la magnitud del problema. Los datos disponibles son heterogéneos y difícilmente comparables entre sí, ya que no existe una recogida sistemática de los casos de maltrato infantil en las diversas instituciones y servicios de atención y tratamiento de estos niños.

Sin embargo, el Ministerio Fiscal tiene una obligación específica en este campo, ya que le obliga a ello el mandato Constitucional y su Estatuto Orgánico, que le configura en su artículo 3, número 7, como una Institución de defensa y protección de personas menores y desvalidas, por lo que su actuación debe abarcar una triple perspectiva:

a) Reprimir con toda ejemplaridad los supuestos de lesiones y malos tratos a la infancia.

b) Actuar decididamente en el ámbito de protección de menores que sufran malos tratos o estén desamparados, cumpliendo con las nuevas responsabilidades que nos da la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, modificadora del Código civil en materia de adopción.

c) Hacer una estadística anual detallada de todos los procesos por delitos o faltas que tengan por objeto lesiones y malos tratos a la infancia, para conseguir aproximarnos, al menos desde el punto de vista judicial, a la magnitud de un problema que hoy no conocemos totalmente.

## B) LESIONES Y MALOS TRATOS A MUJERES

Las lesiones y malos tratos a mujeres han comenzado a ser objeto de atención y examen por parte de organismos nacionales e internacionales. No obstante, queda mucho camino por recorrer, hasta que las Instituciones y los sectores sociales implicados adopten las medidas necesarias para paliar las situaciones que se derivan de los malos tratos a las mujeres.

Estos hechos muchas veces *no son denunciados, por lo que es responsabilidad* de los organismos y servicios competentes el potenciar la persecución de los mismos. El Instituto de la Mujer del Ministerio de Cultura está haciendo un gran esfuerzo en este sentido, y por otra parte la Dirección General de la Policía ha dictado la Circular número 32, de fecha 15 de abril de 1988, con el objetivo de facilitar a las mujeres, que hubieran sido objeto de agresiones ilegítimas, la ayuda policial necesaria para que puedan denunciarlos, a la vez que se les informe de cuantos derechos les asisten y de la forma de garantizar los mismos.

En este campo el Ministerio Fiscal, también por mandato Constitucional y de su Estatuto Orgánico, debe poner todo su empeño para conseguir acabar con estas conductas, y para ello debe:

a) Reprimir con toda ejemplaridad los supuestos de lesiones y malos tratos a mujeres, supliendo con su investigación las deficiencias de pruebas que puedan originarse en estos procesos, por los naturales temores con que las mujeres comparecen en este tipo de procedimientos.

b) Hacer una estadística anual detallada de todos los procesos por delitos y faltas que tengan por objeto lesiones y malos tratos a mujeres, para poder conocer la realidad social de este problema.

## C) IMPAGO DE PENSIONES ALIMENTICIAS FIJADAS POR LA AUTORIDAD JUDICIAL

La Circular número 3/1986 de la Fiscalía General del Estado precisa la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio, ya que se era consciente de que el comportamiento jurídico-procesal del Ministerio Fiscal en estos procesos no siempre era uniforme ante unas mismas cuestiones sustantivas y procesales. En dicha Circular se recordaba que el Ministerio Fiscal se debería mostrar en los mismos en una actitud activa y no meramente formularia. En este sentido hoy quiero llamar la atención de los Fiscales sobre un problema que empieza a preocuparnos: me refiero a la frecuencia con que la obligación de



alimentos, establecida por la Autoridad Judicial en los procesos matrimoniales, a favor de los hijos menores o incapacitados o del cónyuge cuando se encuentra en estas situaciones, no es cumplida en la práctica por diversas causas, acumulación de trabajo en los órganos judiciales, resistencia de la persona obligada al pago, etc. Esta es una situación que no puede consentirse y, por ello, interés de todos los Fiscales que pongan todo su esfuerzo para que estas obligaciones de alimentos se cumplan, ejercitando todos los medios concedidos por el Ordenamiento Jurídico, incluso las acciones penales, cuando sean procedentes, o acudiendo a las formas de garantía atípicas que se mencionan en la Circular citada; esto es, solicitando que sea supeditado el ejercicio de la facultad de visitar a los hijos, el hecho de estar al corriente en el pago de la pensión establecida para atender a su alimentación y educación.



## SEPARACION DE LAS FUNCIONES DE INSTRUCCION Y ENJUICIAMIENTO

Instrucción número 5/1988, de 28 de julio

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, que conforme a lo dispuesto en el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, vincula a todos los Poderes Públicos y comenzará a producir efectos generales desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», ha declarado inconstitucional y, por tanto, nulo el párrafo 2.º del artículo 2 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes; esto es, ha dejado sin efecto la declaración de que en ningún caso será de aplicación a los Jueces competentes para el conocimiento y fallo de estas causas el motivo de recusación previsto en el apartado 12 del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Aunque el contenido de la referida Sentencia se limita, por ser esa la cuestión de inconstitucionalidad sometida al Tribunal, al artículo y párrafo citados de la Ley 10/1980, su doctrina es igualmente de aplicación al paralelo precepto contenido en el artículo 3 de la Ley 3/1967, de 8 de abril, que excluía la aplicación de aquella causa de recusación en los casos comprendidos en el número 3 del artículo 14; esto es, el procedimiento de urgencia ante los Juzgados, también llamado de preparatorias, ya que, en suma, la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional es que la declaración del artículo 24.2 de la Constitución reconociendo a todos el derecho a «un juicio público... con todas las garantías», incluye el derecho a un Juez imparcial, imparcialidad que puede verse afectada objetivamente en el juzgador cuando éste, al haber estado previamente en contacto con el objeto del proceso a través de una actividad instructora, puede formar impresiones o prejuicios «que influyan a la hora de sentenciar» (Fundamento Jurídico 5), con cuya doctrina habrá que entender derogado por inconstitucionalidad sobrevenida el citado artículo 3 de la Ley preconstitucional 3/1967.

A la vista de la declaración del Tribunal Constitucional que ha quedado expuesta, parece necesario que el Ministerio Fiscal adopte una actitud unitaria y operativa que palie, en lo posible, las consecuencias negativas que en el mecanismo del proceso penal va a producir la necesidad de separar en el futuro en el ámbito de los procesos orales de la Ley 10/1980 y las diligencias preparatorias, las funciones de instruir y enjuiciar. Por ello, he acordado dirigir a V.V.E.E. las siguientes instrucciones:

1.ª La Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 del corriente no declara la inconstitucionalidad de toda la Ley 10/1980, sino la acumulación en un mismo Juez de la función instructora y juzgadora (Fundamento Jurídico 8). En conse-

cuencia, la Ley sigue vigente y los Fiscales deberán velar porque se aplique en el ámbito de su competencia objetiva, con las particularidades y salvedades que luego se dirán, tendentes a sanar los procedimientos concretos de cualquier vicio de inconstitucionalidad.

2.<sup>a</sup> La misma Sentencia declara también que conforme con lo dispuesto en el artículo 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no es permitido revisar los procesos fenecidos mediante Sentencia con fuerza juzgada (Fundamento Jurídico 9). Quiere ello decir que todas las sentencias firmes son válidas y debe procederse a su ejecución en sus propios términos, interesándolos así los señores Fiscales.

3.<sup>a</sup> Mayor problema plantean las sentencias ya dictadas en Primera Instancia y en trámite de apelación. En principio, el supuesto vicio de nulidad que representa la imposibilidad de que las partes no hubieren podido invocar en su momento la causa de recusación 12 del artículo 54 no habrá sido alegado en el escrito de interposición del recurso, por lo que su invocación en la vista de la apelación constituirá una cuestión nueva, que sería excluible del recurso. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que la posibilidad de esa alegación es algo sobrevenido, por lo que tampoco debe provocarse la indefensión de las partes excluyendo del debate la cuestión con aquel pretexto formal. Sin embargo, recordamos que el de recusar al Juez que no se haya abstenido por considerarse no afectado en su imparcialidad, es un derecho de la parte, por lo que ésta puede renunciar a plantear la cuestión entendiendo que en el caso concreto no se siente lesionada en los derechos que el artículo 24.2 de la Constitución Española le reconoce. Por ello, si el recurrente no lo plantea, el Fiscal no debe hacerlo en ese trámite avanzado del proceso, salvo que entienda que se ha lesionado efectivamente el derecho del acusado a un juicio justo e imparcial.

De otra parte debe recordarse que en la apelación prevista en el artículo 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (de aplicación en el ámbito de la Ley 10/1980) el Tribunal tiene plenas facultades para revisar tanto los hechos como el derecho aplicable. Igualmente para subsanar en la apelación tanto las deficiencias de prueba como las desviaciones que el Juez de Instancia hubiere sufrido en la apreciación de las mismas. Trátase además de un Tribunal imparcial, que no ha intervenido en las fases previas del proceso y carece, por ende, de todo prejuicio. Ello quiere decir que su resolución, condenatoria o absolutoria del acusado, sana las eventuales quebras que del principio de imparcialidad pueda invocar el acusado, respecto al Juez que lo juzgó en Primera Instancia. Todo lo que debe llevar a estimar con cautela las posibles alegaciones de nulidad del juicio, con retroacción del procedimiento al instante previo de su celebración, petición que de ser hecha por el apelante el Fiscal sólo debe apoyar cuando, examinado el procedimiento y comprobada la clara intervención en el mismo como Instructor del Juez que celebró el juicio oral y dictó la Sentencia de Instancia, no se encuentren otros medios para que la Sala de apelación sane el principio del juicio justo a través de su Sentencia sobre el fondo del asunto.

4.<sup>a</sup> En lo que hace a los procedimientos ya iniciados y en trámite el Fiscal deberá procurar que se cumpla en el futuro el principio de la separación entre Instructor y Juzgador interesando la abstención de éste cuando concurra en él la causa 12 del artículo 54. Pero ello no puede hacerse de forma global e indiscriminada, sino examinando cuidadosamente cada procedimiento concreto y apre-

ciando si la actividad previa al juicio oral del Juez competente ha tenido naturaleza de actos de instrucción o se ha limitado a dirigir la actividad procesal, pero sin adoptar medidas o diligencias que por su naturaleza representen un eventual prejuicio objetivo o subjetivo por parte del Juzgador. Sólo si se diese este último caso el Fiscal interesará del Juez cumpla con lo prevenido en el artículo 55.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, inhibiéndose del conocimiento del asunto y siendo sustituido para el acto del juicio oral por el que legalmente corresponda, sin perder de vista nunca que lo que se está defendiendo es el derecho del acusado a un juicio justo e imparcial.

5.<sup>a</sup> Por último y es este un aspecto que los señores Fiscales deberán cumplir con su mayor celo, respecto a los procedimientos que en el futuro se inicien y cuyo trámite sea el propio del previsto en la Ley 10/1980, la actuación del Ministerio Fiscal deberá ir encaminada a recuperar el espíritu informador de dicha Ley, basada en los principios de oralidad y predominio de la actividad acusatoria, con exclusión de la instructora, fase ésta que en ninguno de sus preceptos prevé la Ley dicha, de forma que, como ya apunta la repetida Sentencia del Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico 8), se haga posible el cumplimiento y aplicación de aquella Ley, sin que se produzca en el procedimiento una verdadera actividad instructora, lo que de lograrse sea así hará improcedente la abstención y recusación del Juez.

Con esa finalidad de extremar el cumplimiento de las normas legales en sus propios términos y en los que el legislador, al promulgarlas, decidió darles, cuidarán los señores Fiscales:

a) De que los procedimientos por hechos cuya naturaleza sujete su enjuiciamiento a las previsiones de la Ley 10/1980 se inicien siempre en la forma prevista en los artículos 3 y 5 de dicha Ley, rechazando la práctica viciosa que en algunos Juzgados se produce de comenzar incoando unas diligencias previas del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo admisible cuando la naturaleza del hecho no está determinada ya en el momento de la incoación, supuesto que no es lo corriente en la generalidad de los casos.

b) En todo momento se procurará observar el sistema de investigación previsto en el artículo 3 de la Ley. En consecuencia esa investigación deberá ser encomendada a la Policía Judicial y el Fiscal cuidará de interesar de la Policía la práctica de aquellas diligencias que considere precisas para esclarecer los hechos y preparar su acusación. En esta actividad el Fiscal no deberá olvidar el cumplimiento del principio de imparcialidad que la Constitución le impone, procurando se aporte todo el elemento investigador, tanto el que perjudique como el que beneficie al imputado y que no se omita ninguna diligencia que pueda ser útil para la futura exculpación de aquél.

c) En los casos en que el Fiscal se encuentre adscrito al Juzgado, al tiempo que la Policía Judicial da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley, deberá solicitar que se le entregue la copia del atestado a que se refiere tal precepto, y a su vista, deberá interesar aquellas diligencias policiales que sean precisas para completar su contenido, de forma que el Juez no precise adoptar, por insuficiencia de la actividad de la acusación, iniciativa alguna que perturbe su condición de juzgador imparcial que ha de valorar lo que las partes le aporten, pero sin tomar iniciativas instructoras que puedan viciar, siquiera formalmente, su imparcialidad futura. Al respecto conviene recordar la doctrina del Tribunal Eu-

ropeo de Derechos Humanos que centra en esa iniciativa del Juez la base de su incompatibilidad para actuar posteriormente como juzgador.

d) Igualmente en el supuesto de adscripción del Fiscal al Juzgado, aquél redactará su escrito de acusación, cuando tenga los mínimos elementos para ello, sin perjuicio de completar en el período que resta hasta el momento de la celebración del juicio oral, los elementos de prueba que estime convenientes para el apoyo de sus tesis acusatorias para lo cual no vacilará en recurrir a la Policía Judicial a fin de que practique las investigaciones precisas, localice y convoque a los testigos para el juicio y practique aquellas otras diligencias que el Fiscal estime útiles, en los términos de la Ley Orgánica 2/1986, de 12 de marzo, y de mi Instrucción de 4 de mayo pasado, y teniendo presente la facultad de proponer prueba en el mismo momento de iniciación del acto oral del juicio, en los términos reconocidos en la regla 1 del artículo 800 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

e) De no existir Fiscal adscrito al Juzgado, el Fiscal procurará preparar su escrito de acusación a la vista de la copia que del atestado deberá remitirle la Policía Judicial que lo instruya, en los términos del artículo 4 de la Ley 10/1980, o, en su caso, y de estimar insuficientes los elementos aportados por aquél, instarán del Juzgado dé orden a la Policía Judicial para que lleve a cabo las diligencias complementarias precisas, que expresamente se señalarán en el escrito que se presente, de forma, repetimos, que sea la iniciativa del Ministerio Fiscal y no la del Juez la que determine la práctica de las diligencias preparatorias del juicio, salvando así el principio de que el Juez que juzgue no haya tenido una previa actividad instructora, entendiéndose por tal actividad la aportación de oficio de los elementos precisos para el enjuiciamiento.

f) Admitiéndose, por la aplicación supletoria el procedimiento de la Ley 10/1980, de la regla 6 del artículo 891 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la posibilidad de la práctica de prueba anticipada en el período intermedio entre la fecha del escrito de acusación y la de celebración del juicio, el Fiscal deberá procurar que cuantas diligencias de prueba venga obligado a practicar el Juez en ese período —audiencia del interesado, interrogatorio de algún testigo, prueba pericial médica, de tasación o de cualquier otra naturaleza incluida la inspección ocular, que puede tener naturaleza de prueba del juicio oral en los términos del artículo 727, en relación con el artículo 800, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— tenga aquella naturaleza de prueba anticipada, para lo cual la diligencia deberá practicarse ante el Juez, con intervención del Fiscal y los Letrados de las partes y con las características de publicidad y contradicción propias de toda prueba. Al tratarse de una prueba dirigida al propio acto del enjuiciamiento y no de una diligencia de instrucción, su práctica en la forma indicada, no puede servir de base para la alegación de la causa de recusación 12, del artículo 54. Conviene recordar, al respecto, que, de un lado, la prueba anticipada es según los términos del párrafo 3.º del artículo 657 y de la propia regla 6 del artículo 791, prueba válida para el juicio oral y que ha de ser apreciada por el juzgador, por lo que su celebración ante el Juez que conozca de la causa no sólo no vicia su imparcialidad, sino que refrenda la inmediación tan necesaria para el buen enjuiciamiento penal; y de otro, que la fase del juicio oral se inicia, tanto en los términos del artículo 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como en los del artículo 7 de la Ley 10/1980, tan pronto el Fiscal formula su escrito

de acusación, por lo que las diligencias practicadas en ese período ya no son diligencias instructorias, sino diligencias del juicio oral, acordadas por el Juez que está conociendo del mismo, como medio para formar la convicción que va a reflejarse en su Sentencia. Por lo mismo hemos de insistir en las condiciones de contradicción, publicidad y posibilidad de crítica por todas las partes personadas que deben reunir las diligencias que se practiquen, bien a instancias del Fiscal, bien de la acusación particular, a partir de la presentación de sus escritos de acusación, así como que tales diligencias carecen ya de valor instructorio y si son elementos del juicio oral, cuya anticipación, admitida por la Ley, no vicia la imparcialidad del juzgador, ni puede ser fundamento para la alegación de la causa de recusación 12 del artículo 54.

g) En los casos que por su complejidad o por el número de diligencias precisas para formar criterio sobre la acusación, resulte insuficiente el auxilio policial y sea preciso acudir a una actividad instructora del Juez, evidentemente éste se verá afectado por la circunstancia 12 del artículo 54 y deberá abstenerse para el acto del juicio oral, en cuyo supuesto habrá que acudir a su sustitución por quien legalmente sea asignado para ello. El sistema de sustituciones corresponde fijarlo a los Organos de Gobierno del Poder Judicial, pero el Fiscal deberá prestar su colaboración para que tal régimen sea lo más fluido posible, en bien de la buena marcha de la justicia, sin perjuicio de expresar su criterio, cuando le sea pedido, en orden a cual puede ser el régimen de sustituciones más eficaz en función de las circunstancias de cada juzgado y las peculiaridades de la situación de la justicia de cada Provincia y partido judicial.

h) En cuanto a las diligencias preparatorias a las que normalmente habrá precedido una fase de diligencias previas, incoadas en los términos del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la causa de recusación 12 puede encontrar mayor fundamento y su alegación puede ampararse en la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional más arriba definida, entendiéndose, como se dijo, ha quedado derogado por inconstitucionalidad sobrevenida el artículo 3 de la Ley 3/1967, de 8 de abril.

De todas maneras los señores Fiscales deberán cuidar de que la alegación de aquella causa se base efectivamente en la previa existencia de una actividad instructora del juzgador, tal como aparece definida en los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional referida, oponiéndose a la misma en los casos en que las diligencias previas fueran practicadas por otro Juez o pueda entenderse por su contenido que no tienen carácter de instrucción. Con el mismo fin se aplicarán en el trámite de las preparatorias, y en lo que sea compatible con las mismas, las instrucciones más arriba dadas con respecto al procedimiento de la Ley 10/1980.





## SECCION DE JURISPRUDENCIA

### Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por  
SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

#### **SOBRE LA RELACION ENTRE PARRICIDIO Y ASESINATO**

(Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986,  
29 de septiembre de 1986 y 31 de octubre de 1987)

SANTIAGO MIR PUIG

#### I

La discutida y discutible alteración de la relación existente entre las penas del parricidio y del asesinato, operada por la Reforma de 25 de junio de 1983, ha obligado a replantear la solución del caso del que mata a uno de los parientes mencionados en el artículo 405 con alguna de las circunstancias cualificativas del asesinato. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de los autores han seguido en este punto caminos contrapuestos. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, tras criticar la reforma, estimó en el caso mencionado un concurso de leyes a resolver, según el principio de especialidad, en favor de la calificación de parricidio y en contra de la de asesinato, sin perjuicio de apreciar como agravante la alevosía concurrente (1). El Tribunal Supremo mantuvo, pues, la solución tradicional, pacífica con anterioridad a la modificación de 1983. No tardaron en aparecer dos comentarios críticos a la mencionada Sentencia. A la vista de la mayor gravedad que ahora atribuye el Código Penal al delito de asesinato, la solución correcta, a juicio de los comentaristas, es la de apreciar asesinato con la circunstancia agravante de parentesco —la misma calificación que había formulado

---

(1) Vid. *ADPCP*, 1986, pp. 696 y s.

la Sentencia de la Audiencia recurrida ante el Tribunal Supremo que dio lugar a la Sentencia de éste a que aludimos— (2). En el mismo sentido se había pronunciado y se pronuncia la doctrina ampliamente mayoritaria (3).

Varias circunstancias justifican que aquí volvamos sobre la cuestión planteada. Por una parte, el Tribunal Supremo no ha rectificado su posición, sino que la ha seguido manteniendo en Sentencias posteriores: las de 29 de septiembre de 1986 y 31 de octubre de 1987. El tan necesario diálogo —que últimamente parece más plausible— entre teoría y práctica no ha conseguido en este punto el acuerdo, por lo que es oportuno proseguirlo. Por otra parte, la coincidencia de autores en la solución de la doctrina dominante no responde a un acuerdo acerca de su fundamentación, que, por el contrario, es bien diversa. A mi juicio, ello manifiesta una cierta oscuridad en la concepción de la teoría del concurso de leyes y de delitos, que ha impedido no sólo fundamentar, sino también resolver correctamente el supuesto examinado.

Este trabajo pretende servir de comentario a la línea jurisprudencial representada por las referidas Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, 29 de septiembre de 1986 y 31 de octubre de 1987. Pero, por lo dicho, tendrá que someter a revisión, siquiera breve, a los principios del concurso de leyes y de delitos. Estoy convencido de que en éste, como en muchos otros casos, las divergencias entre la teoría y la práctica sólo pueden superarse satisfactoriamente remontando la vista a principios más generales —clave del diálogo que reclamamos, porque son tan necesarios para la elaboración dogmática del Derecho como para su aplicación práctica.

## II

Empecemos por recordar muy sucintamente los hechos que dieron lugar a las Sentencias que comentamos, la calificación jurídica que efectúan de los mismos y la fundamentación jurídica que le atribuyen. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986 con-

(2) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO: *La relación concursal parricidio-asesinato, después de la reforma de 1983*, en «Estudios Penales y Criminológicos», X, Santiago de Compostela, 1987, p. 355. CARBONELL MATÉU: *¿Parricidio alevoso o asesinato de parientes?*, en «ADPCP», 1986, p. 998.

(3) Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR: *Parricidio*, en COBO DEL ROSAL (Dtor.): «Comentarios a la legislación penal. La Reforma del Código Penal de 1983», v. V, 1985, p. 873. MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal, Parte Especial*, 6.<sup>a</sup> ed., 1985, p. 39. RODRÍGUEZ RAMOS: *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, 2.<sup>a</sup> ed., 1987, p. 48. QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 1986, p. 38. En contra, BARBERO SANTOS: *La reforma penal de la Monarquía Constitucional española*, en «Reforma Política y Derecho», 1985, p. 313, nota 36. BUSTOS: *Manual de Derecho Penal Español, Parte Especial*, 1986, p. 38.

templó un supuesto en que el marido dio muerte a su esposa. El hecho se había calificado por la Audiencia de asesinato con alevosía (artículo 406 del Código Penal), con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco (artículo 11 del Código Penal). El Tribunal Supremo consideró incorrecta dicha calificación, prefiriendo la de parricidio (artículo 405) con la circunstancia agravante genérica la alevosía. Sin embargo, la Sentencia citada no llega a casar la de la Audiencia recurrida, por entender que la nueva calificación de parricidio no hubiera alterado la pena a imponer (principio de la pena justificada) (4).

Las otras dos Sentencias, de 29 de septiembre de 1986 y 31 de octubre de 1987, se refieren también a posibles uxoricidios. La de septiembre de 1986 examina un recurso contra una Sentencia de la Audiencia que había calificado la muerte del cónyuge mediante veneno como delito de asesinato. Aunque —como la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986— no casa la Sentencia, declara preferible la calificación de parricidio, siguiendo expresamente el criterio de la anterior Sentencia citada (5). La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1987 se ocupa de la muerte de una persona unida con el autor por una convivencia extramatrimonial —por lo demás ya interrumpida desde hacía un año—. Tampoco esta Sentencia casa la de la Audiencia, que había apreciado asesinato, puesto que considera insuficiente esta relación para el tipo de parricidio, arguyendo que «cuando la mencionada Ley Orgánica 8/1983 equiparó a la relación matrimonial otras análogas por afectividad, no lo hizo con carácter general, sino puntualmente en los artículos 11 y 18 del Código Penal, lo que, de “lege lata” y en sentido contrario, revela el deseo

---

(4) En el hecho concurría una eximente incompleta de enajenación mental, lo que permitía la rebaja en uno o dos grados prevista en el artículo 66 del Código Penal. La Audiencia impuso la pena de veinte años de reclusión menor. El Supremo, que en base a su calificación de parricidio cree imponible la pena inferior en grado a la del parricidio, en sus grados medio o máximo por la agravante de alevosía (de catorce años, ocho meses y un día a veinte años), dice que habría impuesto también la pena de veinte años de reclusión menor. CARBONELL MATEU: *Op. cit.*, p. 998, afirma que la pena imponible por el parricidio, una vez atenuado por la incompleta y agravado por la alevosía, sería muy inferior y no permitiría la imposición de una reclusión de veinte años. A su juicio, la pena imponible sería sólo la de «prisión menor a prisión mayor; esto es, de seis meses y un día a doce años, la que, por la concurrencia de la alevosía, se aplicaría en sus grados medio o máximo». Sin duda, se trata de un *lapsus* del autor citado, pues según el artículo 66 la eximente incompleta sólo autoriza a atenuar la pena imponiendo la inferior en uno o dos grados, que en el caso del parricidio son las de reclusión menor y prisión mayor (de seis años y un día a veinte años). Cuestión distinta es si, una vez elegida por la Audiencia la pena inferior en un grado a la del asesinato (pena inferior que según el artículo 56, en relación con el 406, comprende los grados máximo de la reclusión menor y mínimo y medio de la reclusión mayor), podía imponer veinte años de *reclusión menor*, cuando la agravante de alevosía obligaba a imponer la pena en sus grados medio o máximo (es decir, en este caso, la reclusión mayor en grado mínimo o medio).

(5) Vid. *ADPCP*, 1986, pp. 980 y s.

de mantener sin variación otros preceptos, como el artículo 505 (o el 564), tanto más cuanto que, si se aceptara la interpretación del recurrente, se llegaría frecuentemente a conclusiones desfavorables para los reos...» (6). Sin embargo, recuerda que «la jurisprudencia ha optado por dar preferencia, como tipo especial, al parricidio», citando a continuación la fecha y el razonamiento de las Sentencias más arriba citadas. Luego veremos que, no obstante, esta última Sentencia de 1987 se muestra más receptiva que las otras dos a la opinión contraria de la doctrina mayoritaria.

La argumentación esgrimida por la primera Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986 es la seguida, con cita literal de los pasajes decisivos, por las dos Sentencias siguientes. Importa, pues, recordar el planteamiento de aquella primera Sentencia.

Empieza la misma haciendo un repaso de los antecedentes históricos de la relación entre parricidio y asesinato, con objeto de poner de manifiesto que tradicionalmente se había castigado con mayor pena el parricidio que el asesinato (en los Códigos de 1848, 1870, 1928 y 1932). Aunque el Código de 1944 equiparó las penas de ambos delitos, permitía seguir prefiriendo la calificación de parricidio en los casos que contemplamos sin que se produjese un beneficio inexplicable del sujeto. La situación es distinta desde la reforma de 1983; por la que «sin causa ni motivo alguno legal ni moral que lo justifique, se asigna al parricidio la pena de reclusión mayor, en toda su extensión (...), mientras al asesinato se le castiga con la pena de reclusión mayor en su grado máximo». Se advierte ya que la Sentencia se resiste a admitir el desplazamiento valorativo que ha experimentado el parricidio.

Ello se confirma cuando, pese a recordar lo impuesto por el artículo 68 del Código Penal, defiende la prevalencia de la calificación de asesinato en los términos siguientes: «Sentado lo anterior es claro que el hecho imputado al recurrente de matar a su esposa acometiéndola de modo inopinado y por sorpresa con un cuchillo, integra, a no dudar, el delito de parricidio definido en el artículo 405 del Código Penal, al ser el muerto uno de los parientes mencionados en el texto legal —delito que, en este caso, vendría agravado por la concurrencia de la alevosía—, pero en modo alguno puede considerarse también que el mismo hecho integre el delito de asesinato comprendido en el artículo 406.1 del propio ordenamiento sustantivo, por la razón simplísima de que ello supondría desmembrar los elementos integrantes de una infracción delictiva autónoma, específica y hoy en día privilegiada, como es el parricidio, extrayendo de su tipo la circunstancia cualificativa de ser el agredido una de las personas ligadas con el agresor por cualquiera de los vínculos señalados en el primero

---

(6) Vid. *ADPCP*, 1987, pp. 932 y s.

de los preceptos citados, para conformar con ella una agravación genérica —la mixta del artículo 11 de aquel Cuerpo legal—, y adscribirla a otra figura punible —en este caso el asesinato—, que tiene sus propias y genuinas características y que sólo puede aplicarse, previa concurrencia de alguna de las circunstancias específicas de agravación que requiere —las del mencionado artículo 406—, a individuos que atenten contra la vida o integridad física de personas que no tengan con ellos la relación parental consignada en el artículo 405, ya que de estimarse lo contrario, o sea, si se aceptara la tesis mantenida por la Sentencia impugnada, se rompería el principio de especialidad, constantemente proclamado por esta Sala —“*lex specialis derogat legi generali*”—, que obliga a aplicar el tipo especial aunque la pena con que se sancione sea más benigna que la que se consigne para el que entre en colisión con él, por lo que es indudable que en este caso se infringió el artículo 68 del Código Penal al aplicarlo a un supuesto concurso de leyes inexistente por las razones aducidas con anterioridad.»

La idea central de la anterior fundamentación es, como se ve, la de que el parricidio es un delito más específico, ahora privilegiado, que en virtud del *principio de especialidad*, debe desplazar al delito de asesinato, aunque éste sea más grave. Tal vez quiera expresarse con ello algo próximo a lo que la doctrina germánica denomina «efecto oclusivo del tipo más benigno»: cuando concurren un tipo privilegiado y uno agravado, debe estarse al más benigno, con independencia de que el privilegio conduzca a la existencia de un tipo autónomo o a una variante dependiente del tipo básico; ello se considera en Alemania de especial aplicación en los delitos contra la vida, en que, por ejemplo, el infanticidio practicado con alguna circunstancia del asesinato se considera preferente a éste (7). Sin embargo, ya ahora hay que advertir que se trata de algo distinto a lo que nos ocupa. El parricidio será menos grave en la actualidad que el asesinato, pero no por ello puede decirse que constituya un tipo *privilegiado* respecto del de homicidio. El concurso de parricidio y asesinato no es de un tipo privilegiado y otro agravado, sino de dos tipos agravados (dejando a parte la cuestión de si son tipo autónomos o variantes dependientes del homicidio). Pero dejemos la crítica de la Sentencia para más adelante.

Las otras dos Sentencias a que nos referimos acogen la misma fundamentación. La de 29 de septiembre de 1986 destaca que el problema es decidir entre la alternatidad, que según el artículo 68 daría preferencia al hecho más gravemente penado, el asesinato, y la especialidad, que conduce al parricidio, inclinándose por el planteamiento

---

(7) Cfr. MAURACH: *Tratado de Derecho Penal*, trad. española de Córdoba Roda, 1962, pp. 442 y s.

de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, favorable a la especialidad. Aunque también cita literalmente y acoge la argumentación central de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, la más reciente de 31 de octubre de 1987 añade: «...aunque no deba olvidarse que el criterio expuesto es combatido por parte de la doctrina, señalando que tan incorporado al tipo se halla la alevosía del asesinato como el parentesco en el parricidio y que sólo así —con la relación de alternatividad— cabría llegar a una solución satisfactoria que en el marco del artículo 68 del Código Penal diera preferencia al asesinato como delito más grave». Veamos, pues, a continuación, ésta y otras fundamentaciones doctrinales de la solución contraria a la acogida hasta ahora por el Supremo.

### III

1. La tesis de que la relación que media entre el asesinato y el parricidio es de *alternatividad*, a resolver, según lo dispuesto por el artículo 68, apreciando el delito con mayor pena, el de asesinato, ha sido sostenida con especial detenimiento por *Rodríguez Mourullo*. Como, además, lo ha hecho en referencia expresa a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986, es oportuno empezar reseñando su planteamiento.

Antes de enfrentarse con la situación creada por la reforma de 1983, *Rodríguez Mourullo* se remonta a las regulaciones anteriores. Recuerda que los Códigos de 1870 y 1932, siguiendo la línea ya iniciada por el de 1848, preveían expresamente el carácter subsidiario del asesinato respecto del parricidio: «Es reo de asesinato el que sin estar comprendido en el artículo anterior...» Ello supondría que la relación existente entre parricidio y asesinato era entonces la de *subsidiariedad expresa*, la misma que en los mencionados Códigos existiría entre el homicidio, de una parte, y el asesinato y el parricidio, de otra, pues también se declaraba en ellos subsidiario el homicidio respecto a estos otros dos delitos (8). Más adelante veremos que no es admisible deducir sin más de la existencia de las mencionadas cláusulas legales la conclusión de que la relación existente es la que caracteriza al principio dogmático de la subsidiariedad expresa. Ahora, como en lo que sigue, nos limitaremos a exponer la opinión de *Rodríguez Mourullo*.

A juicio de este autor, la supresión de las cláusulas de subsidiariedad en el Código de 1944 impidió seguir afirmando la relación de subsidiariedad: «Si el propósito fuese el de continuar sosteniendo una relación de tal índole, lo lógico sería haber dejado las cosas como estaban» (9).

(8) Cfr. *op. cit.*, p. 351.

(9) Cfr. *op. cit.*, p. 352.

Pero tampoco cree posible *Rodríguez Mourullo* sostener que la relación existente entre parricidio y asesinato en el Código de 1944 y antes de la reforma de 1983 fuera la de *especialidad*, como entiende *Rodríguez Ramos* (10). Si fuera ésta la relación concurrente, subsistiría aun después del cambio de penalidades operado en 1983 —cosa que no acepta *Rodríguez Ramos*—, pues el principio de especialidad se impone aunque la Ley especial señale menor pena. Mas ocurre que no es la especialidad la que concurre, puesto que la Ley especial ha de requerir todos los elementos de la general más alguno otro, y no es éste el caso del artículo 405 respecto del 406. Yendo concretamente al caso que nos ocupa, «la calificación de parricidio con alevosía no comprende más notas del hecho que la calificación de asesinato alevoso con la agravante de parentesco». Ello delata la auténtica relación que, en opinión de *Rodríguez Mourullo*, se da entre el parricidio y el asesinato —desde el Código de 1944 y tras la reforma de 1983—: la relación de *alternatividad* (11).

Llegamos así al centro del discurso argumental de *Rodríguez Mourullo*: «La alternatividad surge cuando varias leyes contemplan un mismo hecho con arreglo a diversos criterios. Puede tratarse de disposiciones cuyo presupuesto es idéntico o que, aun teniendo cada una su propio campo de acción, presentan no obstante una zona común—. Esto último es lo que sucede con los artículos 405 y 406 del Código Penal. Cada uno de ellos configura un delito autónomo y tiene su ámbito particular, pero ciertos hechos —como el de la Sentencia que comentamos— caen indistintamente en la esfera de uno u otro». El artículo 68 del Código Penal se referiría a estos casos, cuando uno de los dos delitos en juego tenga señalada mayor pena. Según dicho precepto, habría que aplicar entonces la pena más grave. Ello no sucedía en la relación parricidio-asesinato antes de la reforma de 1983, por lo que, *a sensu contrario* cabía imponer cualquiera de las dos penalidades concurrentes. Ahora, en cambio, dada la mayor pena señalada al asesinato, habrá que entender que el artículo 68 impone en los casos planteados preferir esta calificación más grave (12).

2. Particular atención merecen también las observaciones que *Carbonell Mateu* ha dirigido a la tan citada Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1986.

Empieza este autor criticando la afirmación de dicha Sentencia de que el parricidio es una figura privilegiada: «Muy al contrario, parece lógica la consideración del homicidio como figura básica, y

---

(10) Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS: *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, 2.ª ed., 1987, p. 48.

(11) Cfr. *op. cit.*, p. 354. De la misma opinión, ya antes de 1983, PUIG PEÑA: *Colisión de normas penales*, 1955, p. 91.

(12) Cfr. *op. cit.*, pp. 354 y s. En nota señala que la misma opinión había suscrito ya FERNÁNDEZ ALBOR: *Parricidio*, en COBO DEL ROSAL (Dir.): «Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal», t. V, v. 2.º, 1985, p. 873.

las de parricidio y asesinato como figuras agravadas». La Sala habría olvidado que no cabe relacionar únicamente parricidio y asesinato, sino que es preciso recordar que ambos delitos son especies del homicidio, lo que da lugar a una «relación trilateral» (13).

Sobre esta base pasa a rebatir la tesis del Supremo de que entre el asesinato y el parricidio media una relación de *especialidad*: «Si, para el Tribunal Supremo, el parricidio es una especie de asesinato —que sería ley general—, todo parricidio deberá ser, a su vez, asesinato». A su juicio, ello no es así: «El criterio de la especialidad lógica sólo nos dice que parricidio y asesinato son leyes especiales, subconjuntos, respecto del homicidio —que es el género, el conjunto—. Pero nada afirma respecto de la relación entre ambos» (14).

Tampoco admite Carbonell la existencia de relación de *subsidiariedad tácita*. Entiende que la subsidiariedad «tan sólo se da cuando existe una incompatibilidad valorativa entre ambas, porque expresan criterios valorativos contrarios», que es lo que sucedería entre el parricidio y el homicidio-suicidio del artículo 409, áquel agravatorio y éste atenuatorio del homicidio. Igualmente rechaza la concurrencia de *alternatividad* y de *consunción*. Para que se diese aquélla no sólo los criterios axiológicos deberían ser cualitativamente idénticos, sino también las penas iguales, y entonces sería indiferente la elección de una u otra calificación. Y para la consunción haría falta que uno de los delitos contuviera la totalidad del desvalor del otro. Ninguna de ambas cosas sucede entre parricidio y asesinato (15).

Para Carbonell, estamos ante un supuesto en que concurren dos calificaciones que abarcan por completo todo el desvalor y el reproche del hecho: asesinato con parentesco y parricidio con alevosía. Ello permitiría afirmar la presencia de *alternatividad*, en el sentido indicado, si las penas señaladas fuesen en ambos casos iguales. No siendo así, estaremos, en opinión de aquel autor, ante lo que Cobo/Vives llaman «consunción impropia», en que sólo el tipo más gravemente penado expresa la reprobación atribuida al hecho por el ordenamiento jurídico. La conclusión, por otra vía, acaba coincidiendo con la de los defensores de la presencia de *alternatividad* más arriba reseñados: aplicación de la calificación más grave, por imperativo del artículo 68 del Código Penal, o sea, la de asesinato con la agravante de parentesco (16).

(13) Cfr. CARBONELL MATÉU: *ADPCP*, 1986, *cit.*, p. 996.

(14) Cfr. *op. cit.*, pp. 996 y s.

(15) Cfr. *op. cit.*, p. 997.

(16) Cfr. CARBONELL MATÉU: *op. cit.*, p. 998. COBO/VIVES: *Derecho Penal, Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed., 1987, p. 123.



## IV

Expuestas las razones de la jurisprudencia y de la doctrina, ha llegado la hora de tomar posición. No querría, sin embargo, caer en la discusión, poco fructífera, de cada uno de los principios de solución del concurso de leyes que han desfilado a lo largo de las páginas anteriores. Lo que importa realmente no es si la aplicación del artículo 68 responde al principio de alternatividad, al de subsidiariedad o al de consunción, sino si efectivamente es o no aplicable el criterio del artículo 68, en el sentido de dar preferencia a la calificación de asesinato con la agravante de parentesco. La multiplicidad de opiniones sobre la fundamentación de esta solución que hemos podido comprobar no hace sino reflejar la confusión terminológica reinante, sobre todo en nuestro país, acerca de los criterios de solución del concurso de leyes. En realidad sólo existe un acuerdo amplio en torno al principio de especialidad. Pero tal vez por ello convenga dejar de momento en un segundo plano la cuestión de la relación del problema aquí examinado y los diferentes principios de solución del concurso de leyes, que más puede contribuir a enturbiar que a esclarecer el tema de este trabajo. Este sigue siendo, a mi juicio, si procede o no la calificación de asesinato con la circunstancia de parentesco.

Esta sería, sin duda, la solución correcta, si se admite el punto de partida de la doctrina: que hay que elegir entre las calificaciones de parricidio con alevosía y de asesinato con parentesco. Entre ambas posibles calificaciones es evidente que no media la relación de especialidad, única que sin duda podría desplazar el imperativo del artículo 68, que conduce a la penalidad más grave. Pero, ¿son éstos los términos del problema? Mi tesis es que no, que el artículo 59 del Código Penal impide tener en cuenta como circunstancias modificativas genéricas la de alevosía en el parricidio y la de parentesco en el asesinato. Véamoslo.

Según el artículo 59 del Código Penal, «no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyeren un delito especialmente castigado por la Ley o que ésta haya expresado al describirlo o sancionarlo». Pues bien, el planteamiento usual de la cuestión aquí debatida toma como circunstancias agravantes, que aumentan la pena según las reglas de la Parte General, la alevosía y el parentesco, pese a que ambas han sido expresadas por la Ley al describir los delitos de asesinato y parricidio, respectivamente. Ello se opone abiertamente a lo dispuesto por el citado artículo 59. La finalidad de este precepto es resolver los (aparentes) concursos de normas entre una circunstancia agravante genérica y una figura de delito que la prevé. El criterio que usa es el de *especialidad*, puesto que es más específico el tipo que prevé una circunstancia agravante que ésta, que es de aplicación general.

Pero, según esto, si no se pueden tener en cuenta, como circunstancias agravantes de la Parte General, ni la alevosía en el parricidio ni el parentesco en el asesinato, no es porque deba dejar de tomarse en consideración el contenido de aquellos elementos, sino porque tiene preferencia la aplicación de los tipos que *ya los describen*. No es el parentesco, como agravante genérica, lo que debe entenderse concurrente en el asesinato (como sostiene la doctrina dominante), sino el delito de parricidio junto al de asesinato. O, lo que viene a conducir a lo mismo, no es la alevosía la que debe estimarse en el parricidio (como declara el Tribunal Supremo), sino el delito de asesinato junto al de parricidio. Sobre el concurso de las agravantes mencionadas tiene preferencia el concurso de delitos que las expresan.

Se trata, por supuesto, de un *concurso ideal* (17). Si hay que prescindir, como impone el artículo 59, de la alevosía y el parentesco como circunstancias agravantes, es evidente que no basta ni el delito de parricidio ni el de asesinato para aprehender el total desvalor del hecho del que mata a uno de los parientes del 405 con alevosía. Es la situación característica del concurso ideal de delitos. Este se caracteriza, como el concurso de leyes, por realizar el hecho más de una figura de delito, pero se diferencia del concurso normativo porque ninguna de tales figuras delictivas es suficiente por sí sola para abarcar todos los aspectos del desvalor del hecho. En el concurso de leyes la duplicidad de éstas supone un *bis in idem*, y ésta es la razón profunda (de rango constitucional, según la concepción del principio *non bis in idem* por parte del Tribunal Constitucional) (18) por la que no pueden aplicarse a la vez y es preciso elegir una y desplazar la otra (19). Si no existe *bis in idem*, la pluridad normativa deberá prosperar. Es lo que ocurre en el concurso ideal de delitos. Y es el caso del hecho subsumible tanto en el parricidio como en el asesinato. La calificación de parricidio no basta porque no aprehende los elementos específicos del asesinato, y éste tampoco es suficiente porque no abarca el parentesco previsto en el parricidio. Es lo que sucede

---

(17) Afirma también la presencia de un concurso ideal de delitos en el caso examinado, BUSTOS: *Parte Especial cit.*, p. 38 y s.

(18) Sobre el principio *non bis in idem*, con sus implicaciones constitucionales, cfr. AGULLÓ AGÜERO: «*Non bis in idem*», *contrabando y tráfico de drogas*, en BOIX/RODRÍGUEZ-MARÍN/VIVES: «Problemática jurídica y psicosocial de las drogas», 1987, pp. 14 y ss.

(19) Alegan también el principio *non bis in idem* en este contexto COBO/VIVES: *Derecho Penal cit.*, p. 119, siguiendo a MANTOVANI. Pero tal vez no debiera seguir hablándose entonces de concurso *aparente* de normas, pues la aplicación del principio *non bis in idem* presupone, precisamente, que el hecho se halla previsto *realmente* en dos o más normas, puesto que su utilidad reside en que sin dicho principio habría que aplicar todas ellas. Ello permite explicar satisfactoriamente que la ley *desplazada* pueda tener efecto en algún caso, como cuando se deroga la ley preferente y no aquella otra, o para imponer un límite mínimo de pena superior al mínimo de la ley preferente, cuando sea más elevado que éste el límite mínimo de la pena prevista por la ley desplazada.

en el ejemplo arquetípico de concurso ideal, en el homicidio de una Autoridad. Hay que apreciar concurso de atentado y homicidio, porque ni este delito abarca el desvalor de ataque a la Autoridad, ni el atentado el desvalor del homicidio. No sería correcto —ni nadie lo propone— eludir aquí el concurso de delitos apreciando un único delito de homicidio con la agravante de ofensa de la autoridad del artículo 10.16.º Igualmente incorrecto es pretender la aplicación de un único delito de asesinato con la agravante de parentesco —como quiere la doctrina mayoritaria— o de parricidio con alevosía —como proclama el Tribunal Supremo—. Y si no es correcta ni una ni otra cosa es, sencillamente, porque, como vimos, el artículo 59 lo impide.

La solución del concurso ideal es, por lo demás, no sólo la que respeta el principio de especialidad de los tipos frente a las circunstancias agravantes (recogido en el artículo 59 del Código Penal), sino también la que respeta en mayor medida el *criterio* que inspira el artículo 68, que tiende a evitar injustificables privilegios. En cuanto a lo primero —respeto del principio de especialidad—, la vía propuesta permite descubrir lo que hay de atendible en la apelación del Tribunal Supremo al principio de especialidad. Es evidente que asiste la razón a los comentaristas más arriba reseñados cuando niegan que el principio de especialidad pueda desplazar el delito de asesinato en favor del de parricidio. Pero sí es cierto que apreciar como circunstancia agravante el parentesco dándole preferencia a la calificación de parricidio contradice el principio de especialidad recogido por el artículo 59 «por la razón simplísima —y *en este sentido* son más comprensibles estas palabras clave de la argumentación del Supremo— de que ello supondría desmembrar los elementos integrantes de una infracción delictiva autónoma, *específica*... 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, para conformar con ella una *agravación genérica* —la mixta del artículo 11...—». Lo que sucede, y olvida el Tribunal Supremo, es que lo mismo puede alegarse en contra de la apreciación de la alevosía como agravante del parricidio, como erróneamente pretende.

Decíamos, por otra parte, que la solución del concurso ideal de delitos es la más coherente con el criterio inspirador el artículo 68 del Código Penal, que es, como decíamos, el de evitar que deje de imponerse, sin motivo para ello, una pena prevista por la Ley. La apreciación del concurso ideal de parricidio y asesinato conduce a mayor pena que la calificación de asesinato con parentesco. De la misma forma que la doctrina cree injustificado que prevalezca sobre esta última calificación la de parricidio con alevosía, porque ésta supondría un privilegio injustificado, tampoco estaría justificado que prevaleciera el asesinato con parentesco sobre el concurso ideal de parricidio y asesinato, pues el artículo 71 conduce a una pena mayor

que la del asesinato con una agravante genérica: la pena del delito más grave en su grado máximo es en nuestro caso la del asesinato (reclusión mayor en grado máximo) en su grado máximo, mayor que la del asesinato en grado medio o máximo (artículo 61.2). En otras palabras, dentro del grado máximo de la reclusión mayor —que es el marco penal del asesinato—, el artículo 71 obliga a acudir al grado máximo (es decir, al grado máximo del grado máximo), mientras que el artículo 61.2 conduce al grado medio o máximo (es decir, al grado medio o máximo del grado máximo). Pues bien, dejar de aplicar la pena del concurso ideal supondría un beneficio no justificado, pues no hay ninguna razón para que el parentesco y la alevosía no desplieguen todos los efectos, de especial gravedad, que se prevén por la Ley a través de su tipificación específica en los delitos de parricidio y asesinato —del mismo modo que carecería de justificación pretender apreciar homicidio con parentesco en lugar de parricidio u homicidio con alevosía en lugar de asesinato.

Y no se diga que la solución del concurso ideal de delitos choca con la imposibilidad de afirmar dos delitos contra la vida cuando sólo se ha matado a una persona. El concurso ideal de delitos se distingue precisamente del concurso real en que no supone un hecho para cada delito, sino un solo hecho cuyo total desvalor sólo puede aprehenderse considerando que constituye dos o más delitos. No es una pluralidad fáctica lo que define el concurso ideal, sino una pluralidad normativa sobre una unidad de hecho. En ello se aproxima el concurso ideal al concurso de leyes, puesto que en ambos un sólo hecho es subsumible en varios preceptos penales. Podría incluso decirse —y tal vez con ello se evitara el equívoco que suscita la expresión «concurso de delitos»—, que el concurso ideal es un concurso de leyes efectivamente aplicables, mientras que el concurso de normas lo es de preceptos de los que sólo cabe aplicar uno. De ahí que la problemática práctica se centre generalmente en el deslinde del concurso de delitos y el concurso de leyes.

Para explicar la estructura lógica del concurso ideal de delitos puede ser útil la figura de los dos círculos secantes, que tienen un sector común y otro distinto. En el caso del parricidio-asesinato, la zona común es la muerte de un hombre y los sectores específicos, el parentesco, por una parte, y las circunstancias del asesinato, por otra. Sucede como en el ejemplo paradigmático del atentado-homicidio: hay aquí una zona común, que es la agresión a una persona, y una zona propia del homicidio, la muerte, y otra típica del atentado, el carácter de Autoridad de la víctima. Como el total desvalor del hecho se extiende a ambos círculos secantes, no basta ninguno de los dos por sí solo para aprehenderlo por completo. En realidad, nadie afirma que sea suficiente apreciar el tipo del asesinato o del parricidio para comprender todo el desvalor del caso aquí examinado: por ello siempre se afirma la necesidad de *añadir* agravante el parentesco —así

la doctrina—, o la alevosía —así el Tribunal Supremo—. Lo que ocurre, como hemos visto, es que esta vía de solución queda vedada por el artículo 59 y el principio de especialidad que recoge y le hace preferir la afirmación del tipo cuando la circunstancia agravante está expresada en él. Sólo subsiste, entonces, la aplicación del concurso ideal de los tipos que incorporan las agravantes mencionadas: el parricidio y el asesinato.

Lo dicho acerca de la imagen de los círculos secantes debería servir para invalidar en casos como éste la afirmación de *alternatividad* como modalidad de concurso de leyes (20). Una propia *alternatividad* puede explicarse también con ayuda de los círculos secantes, pero sólo cuando hay que elegir entre dos tipos que tienen una zona común y otra propia pero cuyos sectores diferenciales no pueden realizarse en un mismo hecho, son incompatibles. Así, por ejemplo, cuando hay que decidir si una apropiación constituye hurto o apropiación indebida: los elementos específicos de estos delitos no pueden realizarse a la vez, pues o bien la apropiación tiene lugar con las circunstancias de la apropiación indebida o bien en las del hurto. Pero la doctrina dominante ha llegado a la conclusión de que en estos casos no se da una verdadera situación de concurso de leyes, puesto que el hecho no es ya subsumible en ambas normas, que, por tanto, no llegan a entrar en colisión (21). De ahí que hoy suela optarse por prescindir del principio de *alternatividad* al exponer los criterios de solución del concurso de leyes. Por lo demás, la situación que se da en el concurso ideal es bien distinta: aquí los dos círculos secantes no sólo corresponden a los dos preceptos, sino que *el hecho realiza ambos círculos*.

Si, pese a todo lo expuesto, la vía del concurso ideal no ha sido seguida tradicionalmente en el caso aquí contemplado del parricidio-homicidio, ha sido posiblemente por una importante característica de nuestra regulación histórica de los delitos contra la vida. Ya se ha hecho más arriba mención del hecho de que en los Códigos de 1870 y 1932 el delito de asesinato se definía como figura subsidiaria respecto del parricidio, que además tenía entonces señalada mayor pena. Si sólo era reo de asesinato el que *no estaba comprendido en el artículo sancionador del parricidio*, resultaba evidente que no era posible el concurso de delitos entre aquellos dos delitos. Y adviértase que ello se debía a que en la definición del tipo de asesinato se incluía la característica negativa de ausencia del parentesco propio del parricidio. No es que *lo mismo* que en otro tiempo constituía concurso de leyes ahora pretendamos trocarlo en concurso de delitos: es que antes

---

(20) Como ejemplo de recurso en estos casos a la *alternatividad*, vid. RODRÍGUEZ MOURULLO: *Op. cit.*, p. 354. El equívoco se encuentra ya en ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, 1949, reimpresión de 1986, p. 496.

(21) Cfr. por ejemplo, JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal*, trad. y adiciones de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, 1981, p. 1036. MAURACH: *Tratado cit.*, II, p. 440.

el tipo de asesinato era distinto y no permitía subsumir en él, ni siquiera formalmente, la muerte de un pariente previsto en el tipo de parricidio. En puridad ello impedía incluso hablar de un propio concurso de leyes, pues éste presupone que un hecho es subsumible en los tipos en juego, cosa que no sucedía. La situación era distinta de la que se da cuando tras la definición de un determinado tipo se añade, *fuera del tipo y sin condicionar su contenido formal*, una cláusula de subsidiariedad expresa. En cualquier caso, el hecho es que la diversa configuración del tipo de asesinato en los Códigos de 1870 y 1932 impidió apreciar concurso de delitos entre el parricidio y aquel otro delito y acostumbró a la jurisprudencia y a la doctrina a resolver los casos de parricidio con alguna circunstancia del asesinato estimando esta circunstancia como genérica. A diferencia de lo que ahora ocurre, al hacerlo no se infringía entonces el tenor del artículo 59, porque no llegaba a plantearse el conflicto entre la circunstancia agravante genérica y el tipo de asesinato, que por imperativo legal no entraba en juego. Aunque el Código de 1944 suprimió el carácter subsidiario del tipo de asesinato e igualó su penalidad a la del parricidio, siguió acudiéndose por tradición a la solución tradicional de apreciación de parricidio con la circunstancia correspondiente del asesinato como agravante genérica. La inversión penológica operada por la reforma de 1983 había de poner de manifiesto la necesidad de revisar la fórmula tradicional, que en realidad ya había perdido con anterioridad su base legal. Pero, como intuitivamente ha visto el Tribunal Supremo, la solución no podía negar la presencia del parricidio pese a concurrir los elementos del artículo 405.

La *conclusión* aquí alcanzada —concurso ideal de parricidio y asesinato— satisfará, sin duda, el Tribunal Supremo en mayor medida que la propuesta por la doctrina dominante. Es perfectamente comprensible que la jurisprudencia se haya negado a «desmembrar» el tipo de parricidio y hacer sustituir esta figura especialmente prevista por la Ley por la apreciación de la circunstancia genérica de parentesco. Ya hemos insistido bastante en que ello se opone a las exigencias de la especialidad que rige, de acuerdo con el artículo 59, la relación entre tipos y circunstancias agravantes. El propio lenguaje común parece oponerse a tal desmembración. Parece extraño decir que quien mata a su padre deje de ser parricida por el hecho de que además lo haya efectuado con alevosía. Pero también será más aceptable por la ciencia una solución que no sólo evita lo anterior, sino también las consecuencias negativas de la fórmula jurisprudencial: la desmembración del asesinato, tan criticable como la del parricidio, y el resultado absurdo de que resulte más levemente penado quien mata con alevosía a uno de los parientes del 405 que quien da muerte a un extraño con aquella misma circunstancia.

# Jurisprudencia Constitucional

**PUBLICADA EN MAYO-OCTUBRE DE 1988  
Y CON APLICACION EN MATERIA PENAL**

**ANTONIO GONZALEZ-CUÉLLAR GARCIA**  
Universidad Autónoma. Madrid

## **D) CONSTITUCION**

### ARTÍCULO 17.1

#### *Derecho a la libertad*

No ha de excluirse que lesione el derecho reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución la ejecución de una Sentencia penal con inobservancia de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal respecto al cumplimiento sucesivo o, en su caso, refundido de las distintas condenas de pérdida de libertad que pudieran reducir el tiempo de permanencia en la prisión del condenado en cuanto que supongan un alargamiento ilegítimo de esa permanencia, y, por ende, de la pérdida de la libertad.

(Sentencia de 14 de julio de 1988. RA 1.155/86.—«BOE» de 24 de agosto de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

### ARTÍCULO 17.1 y 4

#### *Privación de libertad. Plazo máximo de prisión preventiva. Retroactividad*

V. Sentencia de 9 de mayo de 1988 sobre *Prisión provisional*—Artículo 504 LECr.

### ARTÍCULO 20.1 a)

#### *Derecho a la libertad de expresión*

El reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos

contra el honor en aquellos supuestos en que la acción que infiere en este derecho lesión penalmente sancionable haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues en tales supuestos se produce un conflicto entre derechos fundamentales, cuya dimensión constitucional convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus injuriandi*, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de dicha clase de delitos, pues este criterio se ha asentado hasta ahora en la convicción de la prevalencia absoluta del derecho al honor.

Este entendimiento del citado problema es constitucionalmente insuficiente, por desconocer que las libertades del artículo 20 de la Constitución, no sólo son derechos fundamentales de cada persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando, por ello, esas libertades dotadas de una eficacia que trasciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales, incluido el del honor. SSTC 6/1981, de 16 de marzo; 104/1986, de 17 de julio, y 165/1987, de 27 de octubre.

Esta situación de valor superior o de eficacia irradiante que constitucionalmente ostentan las referidas libertades, traslada el conflicto debatido a un distinto plano, pues no se trata ya de establecer si su ejercicio ha ocasionado lesión, penalmente sancionada, del derecho al honor, para lo cual continúa siendo inevitable la utilización del criterio del *animus injuriandi*, sino de determinar si el ejercicio de esas libertades constitucionalmente protegidas como derechos fundamentales actúan o no como causa excluyente de la antijuridicidad.

Debe, por ello, establecerse que en el conflicto confluyen dos perspectivas que es preciso integrar: La que enjuicia o valora la conducta del sujeto en relación con el derecho al honor que se dice lesionado y aquella otra, cuyo objeto es valorar dicha conducta en relación con la libertad de expresión o información en ejercicio de la cual se ha invadido aquel derecho.

La integración de esa doble perspectiva obliga al órgano judicial que haya apreciado lesión del derecho al honor a realizar un juicio ponderativo a fin de establecer si la conducta del agente se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión en ejercicio de la cual ha inferido la lesión, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y es sobre el resultado de esa valoración donde al Tribunal Constitucional le compete efectuar su revisión con el objeto de conceder el amparo si el ejercicio de la libertad de expresión se manifiesta constitucionalmente legítimo o denegarlo en el supuesto contrario.

Dicha valoración debe estar presidida por dos pautas o parámetros esenciales, referidas, una, a la clase de libertad ejercitada —de expresión o de información—, y, la otra, a la condición pública o privada de las personas afectadas por su ejercicio.

Respecto a la primera, procede recordar, siguiendo la doctrina de la STC 6/1988, de 21 de enero, que nuestra Constitución consagra por separado la libertad de expresión —artículo 20.1 a)— y la libertad de información —artículo 20.1 d)—, acogiendo una concepción dual, que se aparta de la tesis unificadora, defendida por ciertos sectores doctrinales, y acogida en los artículos 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y 10.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Políticas de Roma. Según esa configuración dual —que normativiza a nivel constitucional la progresi-



va autonomía que ha ido adquiriendo la libertad de información respecto de la libertad de expresión en la que tienen su origen y con la cual sigue manteniendo íntima conexión y conserva elementos comunes— la libertad del artículo 20.1 a) tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse las creencias y juicios de valor y el de la libertad del artículo 20.1 d) el comunicar y recibir libremente información sobre hechos, o tal vez más restringidamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables.

Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, por el otro, cuya dificultad de realización destaca la citada STC 6/1988, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, independientemente de la parte a quien incumba su carga, la legitimidad constitucional del derecho a informar, según los términos del artículo 20.1 d) de la Constitución, y, por tanto la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información por no operar, en el ejercicio de aquélla, el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta, lo cual conduce a la consecuencia de que aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa.

En relación con la segunda de las ideas enunciadas, procede señalar que el valor preponderante de las libertades públicas del artículo 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.

En el contexto de estos asuntos de relevancia pública, es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponde-

ración frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública.

Por el contrario, la eficacia justificadora de dichas libertades pierde su razón de ser en el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público y cuya difusión y enjuiciamiento públicos son innecesarios, por tanto, para la formación de la opinión pública libre en atención a la cual se les reconoce su posición prevalente.

(Sentencia de 8 de junio de 1988. RA 57/87.—«BOE» de 25 de junio de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

#### ARTÍCULO 24.1

##### *Derecho a la tutela judicial efectiva*

La inobservancia de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal respecto del cumplimiento sucesivo o, en su caso, refundido de las distintas condenas de pérdida de libertad en la ejecución de las correspondientes sentencias podría afectar al derecho de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución.

(Sentencia de 14 de julio de 1988. RA 1.155/86.—«BOE» de 24 de agosto de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

##### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a los recursos*

Los requisitos legales que condicionan la válida interposición de los recursos judiciales son de obligado cumplimiento para quien los promueve, correspondiendo a los órganos judiciales, como garantes del orden procesal, el velar por su observancia y, en consecuencia, hacer efectivas las consecuencias que la ley anuda a su incumplimiento. En ejercicio de esta potestad, los Jueces y Tribunales no puede desconocer que sus decisiones, en caso de inobservancia de dichos requisitos, deben siempre estar orientadas por el criterio más favorable a la efectividad del derecho fundamental de acceso al recurso, pues así lo impone la preferente fuerza vinculante que a este derecho le concede su condición de fundamental protegido por la Constitución y, conforme a ello, vienen obligados a evitar interpretaciones desmesuradas o desproporcionadas al real alcance del incumplimiento y, en último término, conceder a quien lo haya cometido la oportunidad de subsanarlo, si su Entidad y naturaleza lo consienten, ya que en caso contrario habrán incumplido su obligación de protección eficaz del derecho fundamental, el cual resultará así vulnerado.

Esta clase de omisión no justifica la decisión tan grave de tener por no comparecida a la apelante en el término del emplazamiento con base en la única y simple razón de considerar carente de significado alguno el referido escrito de personación, cuando lo razonable y conforme con la protección debida al derecho

de acceder al recurso, era que el Tribunal, si tenía duda sobre la falta de personación de la sociedad apelante por parte de la persona en cuyo nombre se realizó la personación, requiriese al Procurador para que aclarase dicho extremo. Al no hacerlo así, la Audiencia vulneró el referido derecho fundamental, pues el error cometido por el Procurador no es expresivo de una negligencia dotada de la entidad suficiente para justificar la pérdida del recurso, puesto que en las actuaciones judiciales constaban circunstancias perfectamente conocidas de la Audiencia que hacían fácilmente explicable y subsanable dicho error, y, por tanto, no merecedor de una decisión tan rígidamente formalista, y por ello incompatible con el derecho a la tutela judicial, como fue la adoptada por dicho Tribunal.

(Sentencia de 6 de abril de 1988. RA 1.441/87.—«BOE» de 4 de mayo de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Emil.)

Es doctrina reiterada de este Tribunal que en este precepto se reconoce el derecho a utilizar los recursos que las leyes establecen contra las resoluciones judiciales, y a que el órgano judicial que revise el proceso decida conforme a lo alegado por las partes, oídas contradictoriamente, sin que pueda justificarse la resolución judicial *inaudita parte* más que en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita, o por negligencia imputable a alguna parte (SSTC 112/1987, de 2 de julio, y 151/1987, de 2 de octubre, entre otras).

(Sentencia de 14 de abril de 1988. RA 931/85.—«BOE» de 4 de mayo de 1988.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

#### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de las resoluciones judiciales*

Este Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada doctrina (SSTC 56/1987, de 14 de mayo, y 100/1987, de 12 de junio, entre otras muchas) que el indicado derecho requiere ciertamente que las decisiones judiciales sean motivadas. Esta exigencia no comporta, sin embargo, que el Juez o Tribunal deba efectuar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado; basta, por el contrario, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico. En el mismo sentido, como ha precisado la STC 13/1987, de 5 de febrero; no cabe residenciar en vía de amparo constitucional el enjuiciamiento o censura de la parquedad o concentración del razonamiento, si éste permite conocer el motivo que justifica la decisión y garantiza, consecuentemente, la exclusión de arbitrariedad.

(Sentencia de 15 de julio de 1988. RA 91/86.—«BOE» de 24 de agosto de 1988.—Ponente: Jesús Legina Villa.)

Falta determinar, por último, si la Sentencia del Juzgado de Instrucción está o no motivada. A este respecto hay que distinguir entre la expresión exigida por el artículo 10.6 de la Ley Orgánica 10/1980 de "las pruebas practicadas y su resultado", y, por otro lado, la manifestación del razonamiento judicial en orden a la apreciación de la existencia del delito, de la culpabilidad del acusado y de las calificaciones jurídicas correspondientes y fundadas en Derecho. Respecto a las pruebas practicadas, el Juez menciona al comienzo del primer antecedente de hecho la documental y la testifical practicadas en el juicio oral, y a continuación enumera las frases a su juicio constitutivas (por lo que después razona) del delito de desacato: es, pues, innegable que menciona las pruebas practicadas, aludiendo brevemente a ellas y silenciando la pericial, quizá porque de ésta no obtuviera resultado probatorio alguno, y no es menos claro que enumera con todo detenimiento "su resultado", cumpliendo, en contra de lo que se ha dicho en este proceso de amparo, con la exigencia legal del citado artículo 10.6. Menos dudas pueden caber respecto a la fundamentación en Derecho propiamente dicha que consta en ocho fundamentos, uno de ellos minucioso y por sí solo suficiente para cumplir con la exigencia constitucional de la motivación de las Sentencias (artículos 24 y 120 de la Constitución Española).

(Sentencia de 27 de junio de 1988. RA 1.332 y 1.359/87.—«BOE» de 12 de julio de 1988.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

#### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Diputados y Senadores. Suplicatorio*

Siguiendo la línea de razonamiento contenida en las repetidas SSTC 90/1985 (fundamento jurídico 5.º) y 92/1985 (fundamento jurídico 5.º), es preciso recordar que el mandato contenido en el artículo 24.1 de la Constitución encierra derecho a escoger la vía judicial que el interesado estime conveniente para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, y, por ello, siempre que la vía elegida sea procesalmente correcta conforme a las normas legales vigentes, habrá de estimarse que la indebida privación o denegación de la misma equivale a una privación o denegación de la tutela judicial efectiva, en contra de lo dispuesto en dicho precepto constitucional. Sin embargo, según ha reiterado este Tribunal, el derecho a las distintas acciones procesales, implícito en el referido mandato, no es un derecho incondicionado, sino supeditado al cumplimiento de los requisitos que las correspondientes normas establezcan para el ejercicio de tales acciones, y ha de entenderse que, en el caso de acciones penales dirigidas contra Diputados o Senadores, uno de esos requisitos —por imperativo del artículo 71.2 de la Constitución y de las normas que lo desarrollan— es el otorgamiento del suplicatorio por la respectiva Cámara.

Ahora bien, en el presente supuesto, como en el que dio lugar a la STC 92/1985, el fundamento último de la denegación de la autorización para procesar al Senador Barral es —dada la remisión que a él se hace en la comunicación del Presidente del Senado— el Acuerdo de 23 de noviembre de 1983 del Pleno de dicha Cámara, pero, al haber sido declarado nulo por la STC 90/1985, tal Acuerdo no puede constituir el presupuesto de hecho previsto en el artículo 754 LECr para decretar el sobreseimiento libre de actuaciones. Por ello, lo mismo que en la

antedicha Sentencia de este Tribunal, ha de concluirse que los Autos impugnados vulneran el artículo 24.1 de la Constitución ya que, al decretar el sobreseimiento libre sobre la base de un Acuerdo declarado nulo, hacen imposible el ejercicio del derecho del hoy recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva sin que se produzca indefensión.

(Sentencia de 24 de junio de 1988. RA 123/85.—«BOE» de 12 de julio de 1988.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

#### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Inadmisión*

La recurrente no ha obtenido, por tanto, una respuesta sobre el fondo del asunto, ni ha tenido oportunidad de que éste se plantease en la vista oral, de manera que tuviera ocasión de exponer sus argumentos y practicar las pruebas de que pensara valerse. Ciertamente este Tribunal ha indicado repetidamente que el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE se satisface también si se obtienen resoluciones de órganos jurisdiccionales que, aún sin versar sobre el fondo de la pretensión deducida, proceden a inadmitir ésta sobre la base de una causa legalmente prevista, y fundada en Derecho; y esta doctrina es aplicable en el presente caso, en que las resoluciones que se impugnan, sin ser técnicamente de inadmisión, sino de sobreseimiento provisional, vienen a dar lugar al mismo resultado, esto es, que no se debata y se resuelva sobre el fondo de la pretensión. Ahora bien, debe tenerse en cuenta el mencionado requisito de que la causa de inadmisión esté legalmente prevista; por lo que una negativa por parte de los órganos jurisdiccionales a pronunciarse sobre el fondo del caso, carente de una base legal, supondría manifiestamente una negativa a la satisfacción del derecho a la tutela judicial.

(Sentencia de 30 de septiembre de 1988. RA 322/86.—«BOE» de 14 de octubre de 1988.—Ponente: Luis López Guerra.)

#### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión*

Los derechos al proceso debido y a la defensa dentro de él exigen, entre otras manifestaciones, la de tener que llamar como parte en cualquier procedimiento a toda persona legitimada para ello, poseer derechos o intereses legalmente otorgados para constituirse en parte procesal y poder oponerse contradictoriamente a las peticiones adversas. Y este llamamiento ha de ser efectivo, mediante una real comunicación al interesado, ya que la finalidad de los actos de comunicación procesal consiste en llevar al conocimiento personal de los litigantes las decisiones y resoluciones judiciales, así como otras circunstancias del proceso, a fin de que aquéllos puedan adoptar la conducta procesal oportuna.

(Sentencia de 10 de junio de 1988. RA 539/87.—«BOE» de 25 de junio de 1988.—Ponente: Luis López Guerra.)

El derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa, como este Tribunal ha afirmado en reiteradas ocasiones, que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses, sin que pueda justificarse la resolución judicial *inaudita parte* más que en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o por negligencia imputable a alguna parte (SSTC 112/1987, de 2 de julio, y 251/1987, de 2 de octubre, entre otras). Este derecho ha sido reconocido para las Entidades aseguradoras del ramo automóvil por este Tribunal (SSTC 4/1982, de 26 de febrero, y 48/1984, de 4 de abril, entre otras), al establecer que para condenar a una Compañía aseguradora como responsable civil directa o subsidiaria, con base en la existencia de una póliza de seguro obligatorio o voluntario, es, en todo caso, necesaria la audiencia de la misma, salvo que no exista oposición alguna, aunque el alcance del derecho de contradicción puede ser limitado al peculiar objeto indemnizatorio o de resarcimiento. Por ello, en los supuestos de seguro obligatorio en los cuales las compañías aseguradoras tienen únicamente la condición de fiadoras *ex lege*, existe una suficiente dación de conocimiento de la existencia del proceso y, por tanto, oportunidad de intervenir en el mismo cuando aquéllas son requeridas y prestan fianza conforme a lo dispuesto en el artículo 784, número 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento.

(Sentencia de 10 de junio de 1988. RA 1.295/86.—«BOE» de 25 de junio de 1988.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

Esta reiterada omisión por el órgano judicial en la instrucción de los posibles recursos no supone necesariamente una vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con abstracción de las circunstancias concretas que hayan concurrido en el caso, ni menos aún que de dicha incorrección procesal se deriva *a fortiori* la puesta en libertad provisional del recurrente, como se afirma en el escrito de demanda. Debe recordarse a este propósito que, como este Tribunal Constitucional ha afirmado en reiteradas ocasiones, no toda infracción de normas procesales alcanza por sí sola el rango de vulneración constitucional que lesione los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, ya que la indefensión constitucionalmente relevante no tiene que coincidir necesariamente con la mera indefensión jurídico-procesal. Más concretamente, en lo que se refiere a la inadvertencia por el órgano judicial de los recursos utilizables, este Tribunal ha señalado (entre otras, en la STC 145/1986, de 26 de noviembre) que sólo hay indefensión con relevancia constitucional cuando el Juez o Tribunal niegue la posibilidad de un recurso legalmente establecido sin justificación razonable, pero no cuando a pesar de la omisión en la instrucción, el interesado no se vio impedido en modo alguno de la posibilidad de recurrir, ya que la inadvertencia de los recursos no es vinculante para las partes procesales.

(Sentencia de 14 de julio de 1988. RA 816/86.—«BOE» de 24 de agosto de 1988.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

No habiéndose impugnado en todo o en parte la transcripción de las cintas, y habiéndolas dado por reproducidas, no se le puede negar valor probatorio a tales transcripciones. No habiéndose pedido ni en el juicio oral ni en la apelación la audición de las cintas no puede el querellado quejarse de indefensión. Es cierto que él no tiene que probar su inocencia, pero también lo es que si, conociendo de unas pruebas correctamente aportadas y de cuyo contenido puede derivarse un resultado probatorio perjudicial para él, no se defiende de ellas por falta de diligencia o por haber elegido una determinada estrategia procesal, no puede quejarse de indefensión que, en este caso, ciertamente no se ha producido.

(Sentencia de 27 de junio de 1988.—RA 1.332 y 1.359/87.—«BOE» de 12 de julio de 1988.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

### *Indefensión y derecho a la asistencia de letrado*

Tanto el artículo 6.3 c) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, como el artículo 14.3 f) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establecen el derecho a toda persona a ser asistida gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia [artículo 6.3 c)] o en el Tribunal [artículo 14.3 f)]. La Comisión Europea ha indicado (informe de 18 de mayo de 1977, serie B, Volúmen XXVII) que la finalidad de este derecho es evitar la situación de desventaja en que se encuentra un acusado que no comprende la lengua y porque es un complemento de la garantía de un proceso justo y de una audiencia pública, así como de “una buena administración de justicia”. Doctrina que se repite en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) de 28 de noviembre de 1978 (caso Luedicke, Belkacen y Koç).

No cabe duda que esas normas y doctrina han de relacionarse con las demás reglas contenidas en los mismos y citados preceptos, tanto por su conexión lógica, como por su idéntica finalidad, es decir, la consecución de un proceso justo. En este sentido hay que aludir al derecho del detenido a ser informado de la acusación en una lengua que comprenda [artículos 6.3 a) del Convenio; 14.3 a) del Pacto], al de disponer de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa [6.3 b) del Convenio; 14.3 b) del Pacto], y al de ser asistido por un defensor elegido o, en su defecto, por uno designado de oficio [6.3 c) y 14.3 d), respectivamente]. El TEDH, en su Sentencia de 13 de mayo de 1980 (caso Artico) indica que este precepto “consagra el derecho de defenderse de manera adecuada... derecho reforzado por la obligación por el Estado de proporcionar en ciertos casos una asistencia jurídica gratuita”.

Lo expuesto ha de llevar a la conclusión de que el derecho a intérprete en las causas o procesos penales ha de ser considerado desde una perspectiva global o totalizadora y en atención al fin para el que está previsto, es decir, el de una defensa adecuada para la obtención de un proceso o juicio justo. En este sentido hay que valorar y enfocar las circunstancias concretas, independientemente de su calificación técnica procesal o de su inserción en un trámite de este orden, mirando sólo a la finalidad de defensa y a la protección que nuestra norma fundamental otorga el derecho en cuestión, que, como se dijo en la STC 74/1987

citada, debe entenderse comprendido en el artículo 24.1, en cuanto dispone que en ningún caso puede producirse indefensión (fundamento jurídico 3.º).

Ligado este derecho, pues, con el de asistencia letrada (artículo 24.2 de la Constitución Española) es obvio que a esta asistencia ha de extenderse la necesidad de efectividad o eficacia, so pena de considerarlo un derecho vacío o meramente formal, pues nada es más lógico y natural pensar que una adecuada defensa y asistencia letrada exige el previo requisito de una comunicación interpersonal inteligible e incluso fluida en asunto tan crucial como la transmisión al Abogado no sólo de hechos, sino de vivencias y apreciaciones, por parte del acusado, y ante la perspectiva de su juicio oral, aparte de su colaboración para la propuesta de pruebas. Y esto es evidente que se puede incluir con naturalidad, sin más esfuerzo integrador, en el haz de derechos que antes se ha indicado, concretamente en el de disponer de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa del acusado [artículo 6.3 b) del Convenio], facilidades que tienen una significación de carga para el Estado, en cuanto deber anejo y complementario al de proveer al interesado, en su caso, de Abogado de oficio, como dijo la Sentencia antes citada del TEDH (caso Artico).

De acuerdo con lo expuesto, pues, ya puede afirmarse que el derecho que aquí se estima vulnerado, y cuyo restablecimiento se pide, si bien en su aspecto particular y concreto no figura en la Ley, dada su peculiaridad, si puede entenderse comprendido en la misma, interpretada conforme a la Constitución y Convenios internacionales, siempre a favor de la eficacia de los derechos fundamentales de defensa y asistencia letrada. Y ello ha de llevar, por consiguiente, al otorgamiento del amparo y a reconocer el derecho de los recurrentes a ser asistidos de intérprete en sus comunicaciones con el Abogado de oficio para formalizar el trámite procesal de calificación provisional de la causa a la que están sometidos.

No se trata, como se dice en el Auto de la Audiencia impugnado, de una comunicación o conversación privada entre cliente y Abogado. En primer lugar la cualidad del Abogado de oficio tiñe la función de este profesional con un carácter semipúblico, de colaboración no sólo con el cliente, sino con la institución del proceso mismo y con los fines de un juicio justo y adecuado, y en este sentido el Tribunal no cumple su deber con la simple designación. En cierto modo asume la responsabilidad de que la garantía de la defensa se cumpla en su plenitud y por ello no puede desligarse de las vicisitudes posteriores que afecten a ese derecho, como ocurrió en el presente caso, cuando pudo, de acuerdo con las normas disponibles, resolver la situación jurídico procesal planteada y dispensar la tutela judicial requerida.

En segundo lugar no se trata de un acto extraprocesal puro. Los recurrentes lo configuran, gráficamente, como “aledaños” del proceso. Pero se trata de algo más. Si, como antes se ha dicho, el problema ha de considerarse desde una perspectiva global, ahora hay que repetir que, en efecto, no se trata (la comunicación de acusado y defensor de oficio) de un acto aislado y ajeno al proceso, sino preparatorio del juicio oral, para ser luego integrado en él, y sin el cual mal podría el Abogado realizar una adecuada defensa, ni el Tribunal llegar a una Sentencia acertada. No cabe olvidar que lo que llama la doctrina fase intermedia del proceso penal —desde la conclusión del sumario hasta el Auto de apertura del juicio oral— tiene íntima y trascendente relación con el derecho de defensa, ya que, conforme al artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el



escrito de calificación manifestarán las partes las pruebas de que intenten valerse. Y es además, en dicho escrito, donde se califican los hechos —fijados y establecidos por la parte— y se solicita la absolución o condena, siquiera ser provisionalmente. Es indudable que esta tarea presupone el conocimiento preciso, coherente y completo, que sólo la parte material puede, para su defensa particular y desde su perspectiva, proporcionar al Abogado. Y es evidente que éste, sin conocer el idioma de los interesados, ni éstos el del defensor de oficio, no podrá realizar la defensa adecuada.

En consecuencia la resolución de la Audiencia, negando el nombramiento de intérprete solicitado por el Letrado de oficio, tras una interpretación literal y restrictiva de la normativa legal, vulneró el derecho a la defensa reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, violación que ahora ha de ser reparada, accediendo a la demanda de amparo.

(Sentencia de 19 de abril de 1988. RA 721/87.—«BOE» de 5 de mayo de 1988.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

ARTÍCULOS 24.2, 81.1 y 86.1

#### *Derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley: Rango de la norma*

La cuestión, por tanto, versa en este aspecto sobre el tema —de que ya ha debido ocuparse este Tribunal en otras ocasiones (así SSTC 29/1982, de 31 de mayo; 111/1983, de 2 de diciembre, y 3/1988, de 21 de enero)— de los límites constitucionales a la normativa mediante Decreto-ley, que resultan del artículo 86 de la Constitución Española. En este caso concreto ha de partirse de que el derecho reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española es al Juez ordinario “predeterminado por la ley”, y a este respecto ha de recordarse que este Tribunal ya ha tenido oportunidad de precisar el significado y alcance de esa remisión a la ley. Por una parte, en el sentido de que la predeterminación por ley significa la preexistencia de unos criterios, con carácter de generalidad, de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso, siendo la generalidad de los criterios legales la garantía de la inexistencia de Jueces *ad hoc* (SSTC 101/1984, de 8 de noviembre, fundamento jurídico 4.º, y 199/1987, de 16 de noviembre, fundamento jurídico 8.º). Por otro lado, y en relación con el rango de la norma en que han de contenerse dichos criterios generales, el Tribunal se ha pronunciado en el sentido de entender que se trata de ley en sentido estricto, como resulta tanto de la dicción literal del precepto como de su interpretación sistemática. Así, en la STC 101/1984, de 8 de noviembre, este Tribunal afirmó que “la referencia del artículo 24.2 a la ley; coherente con lo también dispuesto en los artículos 53.1 y 86.1 de la Constitución, exige que el vehículo normativo para determinar cuál será el Juez del caso es la ley en sentido estricto” y ello porque, según se indicaba en la mencionada Sentencia, “la interpretación sistemática entre el artículo 24.2 y el 117.3, ambos de la Constitución, pone de manifiesto que la garantía de la independencia e imparcialidad de los Jueces, que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado

(STC 47/1983, de 31 de mayo, fundamento jurídico 2.º, *in fine*), radica en la ley” (STC 101/1984, fundamento jurídico 4.º): La referencia expresa a la ley que lleva a cabo el artículo 24.2 de la Constitución Española se corresponde así con la reserva de ley que efectúa el artículo 53.1, y la reserva similar contenida en el artículo 117.3, y refleja, en relación con la fijación de las reglas fundamentales de la competencia, material y territorial, una exclusión de otras normas — Decretos-leyes o disposiciones de carácter reglamentario— distintas de la ley en sentido estricto, por cuanto que ésta se configura como la garantía de la independencia e imparcialidad judicial.

Al integrar el contenido del derecho en cuestión la predeterminación por ley del Juez competente, es claro que la intervención del Decreto-ley en este aspecto supone, no sólo una afectación de ese derecho prohibida por el artículo 86.1 de la Constitución Española, sino su misma negación, al excluir un aspecto esencial del mismo, como es la cualidad de ley formal de la norma que establezca los criterios fundamentales para la determinación de cuál sea el Juez competente.

No es posible, sin embargo, aceptar el planteamiento que hace la Sala al equiparar, en lo que afecta a los derechos fundamentales y libertades públicas, el ámbito negativo de exclusión del Decreto-ley del artículo 86.1 de la Constitución Española con el positivo de exigencia de Ley Orgánica del artículo 81.1 de la Constitución Española. Este último es por fuerza más restringido, pues tan sólo cubre el desarrollo general de un derecho o, en todo caso, la regulación de aspectos esenciales de dicho desarrollo, aunque se produzca en leyes sectoriales (STC 140/1986, de 11 de noviembre, fundamento jurídico 5.º, en relación con la legislación penal).

De la interpretación conjunta de los artículos 24.2 y 81.1 de la Constitución Española no puede concluirse que se requiera rango de Ley Orgánica para toda norma atributiva de competencia jurisdiccional a los diversos tribunales ordinarios. La existencia de tales normas constituye un presupuesto para la efectividad del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, pero no representan un “desarrollo” del mismo en los términos del artículo 81.1 de la Constitución Española. En efecto, mientras que el ejercicio de diversos derechos y libertades requiere una normativa de desarrollo que especifique sus límites respecto a otros derechos, y provea las condiciones para su efectividad, tal no es el caso en cuanto al derecho aquí considerado, cuyo ejercicio queda garantizado por la mera aplicación en cada supuesto de las normas preexistentes atributivas de competencia; de manera que el contenido de este derecho se agota con esa aplicación, sin necesidad de norma alguna que lo desarrolle, o precise las condiciones de su ejercicio. Desde la perspectiva, pues, específica que se nos plantea y por los concretos motivos que se aduce en la cuestión propuesta, procede excluir la exigencia de Ley Orgánica.

(Sentencia de 26 de mayo de 1988. CI 213/85.—«BOE» de 15 de junio de 1988.—Ponente: Luis López Guerra.)

V. Sentencia de 20 de julio de 1988 sobre *Juez competente*.—Artículo 2 de la Ley Orgánica 6/84, de 25 de junio, reguladora del Procedimiento de «Habeas Corpus».

*Derecho a la defensa*

Este distanciamiento de la actora respecto de la responsabilidad penal debatida en el proceso, cuya única conexión posible es la puramente indirecta que pueda derivar de que de la inexistencia de la infracción penal resulte también la ausencia de su propia responsabilidad civil, hace que tampoco se aprecie indefensión alguna con relevancia constitucional en la denunciada falta de oportunidad para poder alegar sobre la sustitución de las penas llevada a cabo en la Sentencia de apelación. Y ello porque la indefensión vedada por el artículo 24 de la Constitución, que no coincide enteramente con la correlativa figura jurídico-procesal ordinaria, exige conceptualmente como ya advirtiéramos en la STC 48/1984, de 4 de abril, que la privación o limitación del derecho de defensa que se produzca lo sea en relación con algún interés propio del sujeto que invoca el derecho fundamental, siendo evidente que esta condición no puede reconocerse, en lo que atañe a las consecuencias estrictamente penales de la conducta enjuiciada, a quien, como la actora, no ejercitaba pretensión punitiva alguna frente al acusado.

(Sentencia de 13 de mayo de 1988. RA 1.229/86.—«BOE» de 28 de mayo de 1988.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

*Principio acusatorio*

La necesidad de que en el proceso penal el pronunciamiento judicial se efectúe en todo caso dentro de los términos del debate, tal y como ha sido formulado por la acusación y la defensa, es ante todo una consecuencia característica del principio acusatorio, sobre cuya relevancia constitucional se ha pronunciado este Tribunal al declarar que forma parte de las garantías sustanciales del artículo 24 de la Constitución (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, y 17/1988, de 16 de febrero, entre las más recientes), pero el hecho de que en el caso que ahora nos ocupa la queja de amparo proceda de la Compañía aseguradora excluye *eo ipso* cualquier hipótesis en virtud de la cual pueda entenderse válidamente cuestionada la observancia de tal principio acusatorio en la fase de apelación, ya que, como se advierte tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como en la propia doctrina de este Tribunal (SSTC 4/1982, de 8 de febrero, y 48/1984, de 4 de abril, entre otras), los intereses de aquella son ajenos al enjuiciamiento y calificación jurídico-penal de la conducta del autor del delito, limitándose su intervención, de un lado, en materia de seguro obligatorio de vehículos de motor, a discutir la obligación de pagar la indemnización en relación con una regular vigencia de su contrato de seguro, y, de otro, en cuanto al seguro voluntario, a la fijación además del montante indemnizatorio.

(Sentencia de 13 de mayo de 1988. RA 1.229/86.—«BOE» de 28 de mayo de 1988.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

*Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*

Por «proceso sin dilaciones indebidas» hay que entender con la STC 43/1985, de 22 de marzo, el proceso que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción. El mero incumplimiento de los plazos procesales no constitutivo por sí mismo de violación de este derecho fundamental, pues el artículo 24.2 de la Constitución no ha constitucionalizado el derecho al respeto de esos plazos (STC 5/1985, de 23 de enero), por lo que no toda dilación o retraso en el proceso puede identificarse con tal violación constitucional, sino que las dilaciones indebidas han sido entendidas por este Tribunal como un supuesto extremo de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, con una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable, y además imputable a la negligencia o inactividad de los órganos encargados de la Administración de Justicia (Auto de 17 de julio de 1985). La razonabilidad de la duración del proceso debe tener en cuenta la especificidad del caso concreto y ponerse en relación con la correspondiente decisión que se pretende del órgano judicial y respecto a la cual se predica el excesivo retraso constitutivo de una dilación indebida.

Como ha dicho la STC 36/1984, de 14 de marzo, el concepto de proceso sin dilaciones indebidas es manifiestamente un concepto indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico. Requiere una concreción y apreciación de las circunstancias del caso para poder deducir de ellas la irrazonabilidad y el carácter excesivo del retraso, que sea causado por órganos encargados de la Administración de Justicia, mediante “tiempos muertos” en que no se realiza actividad alguna utilizable y utilizada a los fines del juicio.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha establecido unos criterios que pueden ser útiles para apreciar el carácter indebido o irrazonable de la dilación, al interpretar el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, según el cual toda persona tiene derecho a que su causa sea oída “dentro de un plazo razonable”. En una consolidada jurisprudencia (entre otros, asuntos Zimmermann y Steiner, Sentencia de 13 de julio de 1983; Lechner y Hess, Sentencia de 23 de abril de 1987, y Capuano, Sentencia de 25 de junio de 1987), el Tribunal de Estrasburgo ha venido afirmando que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y considerando una serie de criterios, como son los de la complejidad del asunto, la conducta de los reclamantes, la conducta de las autoridades implicadas y las consecuencias que de la demora se siguen para los litigantes.

(Sentencia de 4 de julio de 1988. RA 612/87.—«BOE» de 27 de julio de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

## ARTÍCULO 24.2

*Derecho al Juez imparcial*

V. Sentencias de 12 de julio y 14 de octubre de 1988 sobre *Función instructora. Incompatibilidad con función juzgadora.*—Artículo 2.2 de la Ley Orgánica 10/80, de 12 de noviembre.

*Derecho a utilizar los medios pertinentes para su defensa*

La práctica de las pruebas interesadas por el querellante no se integra en el derecho fundamental alegado por la actora cuando el órgano judicial, como ha ocurrido en el supuesto de autos, ha practicado diligencias que le han conducido a estimar que el hecho no es constitutivo de infracción penal, pues una vez comprobado esto, toda otra prueba deviene irrelevante e innecesaria y, por tanto, carente de la condición de “pertinente” que exige el artículo 24.2 de la Constitución.

(Sentencia de 6 de abril de 1988. RA 1.441/86.—«BOE» de 4 de mayo de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

El derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa incluye, sin duda, el derecho a la práctica efectiva de la probanza admitida por el órgano judicial, como en otras ocasiones hemos advertido, pero con la misma claridad se ha de decir que tal garantía no existe para pretender la práctica de la prueba al margen o en contra de las condiciones al efecto fijadas por el Tribunal, siendo aquí de recordar que en la regla séptima del artículo 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que los demandantes citan, se limita a la posibilidad de que el informe pericial por un solo perito al supuesto, que aquí no se dio, de que “el Juez lo considere suficiente”. Tampoco, en fin, padeció el derecho de quienes demandan a que ahora nos referimos por no haber admitido la Sala, según dicen, la prueba documental que su defensa habría propuesto sobre el punto relativo, para decirlo con palabras de las demandas, a “ciertos hechos punibles cometidos en el extranjero y que se imputan a la organización Amal”. No es sólo que esta queja se formule ahora sin haber sido planteada con anterioridad ante los juzgadores penales, sino que, en todo caso, la misma no encierra contenido constitucional alguno desde el momento en que advierte que los demandantes fueron absueltos por la Audiencia Nacional del delito de integración en banda o grupo organizado y armado, del que también fueron acusados, de tal manera que no es posible ahora reconocer resultado de indefensión alguno por la inadmisión de una prueba tendente a descargar a los acusados de culpabilidad por un delito del que fueron absueltos.

(Sentencia de 8 de abril de 1988. RA 251 y 252/86.—«BOE» de 4 de mayo de 1988.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

Este derecho fundamental no implica en modo alguno que el querellante pueda exigir del Juzgado de Instrucción la práctica de todas las pruebas que proponga. Entre otras finalidades, el sumario tiene por objeto establecer si el hecho que se investiga puede ser o no constitutivo de delito, y tal finalidad se habrá alcanzado ya cuando la prueba reunida permita afirmar que el *factum* no es subsumible en alguno de los supuestos de hecho delictivos previstos por las leyes. En el caso presente no hay razón alguna que autorice a pensar que el Juzgado de Instrucción haya omitido la práctica de pruebas que hubieran podido llevar a un resultado contrario a la inadmisión de la querrela. Un alegato de esta naturaleza sólo sería atendible en la medida en que el demandante demostrara no sólo la relación de las pruebas que pretende aportar con el objeto del proceso *a quo*, sino también la capacidad de las mismas para incidir en la decisión de aquél. Nada de esto ocurre en la presente demanda, en la que sólo se vierten afirmaciones no demostradas, sin explicación o razonamiento alguno acerca del modo en que las medidas propuestas habrían podido modificar las conclusiones respecto de los hechos probados.

(Sentencia de 15 de julio de 1988. RA 91/86.—«BOE» de 24 de agosto de 1988.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

#### *Derecho a un proceso público con todas las garantías*

El derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), y más en concreto el derecho a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española), incluyen no sólo el derecho de acceso a la justicia, sino también, como es obvio, el de hacerse oír por ésta y, por tanto, el de ser emplazados en la forma legalmente prevista para comparecer en aquellas actuaciones judiciales cuya finalidad es precisamente la de dar a las partes la ocasión de hacerse oír, de exponer cuanto convenga a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La omisión de tal emplazamiento, cuando no es suplida por una actividad espontánea de las partes, a la que en modo alguno están obligadas, vicia las actuaciones judiciales realizadas sin el concurso de la parte ausente y entraña, en consecuencia, la nulidad de las decisiones adoptadas como conclusión de aquellas actuaciones.

(Sentencia de 8 de junio de 1988. RA 459/87.—«BOE» de 25 de junio de 1988.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

#### ARTÍCULO 24.2

##### *Presunción de inocencia*

La actividad probatoria que exige el artículo 24.2 de la Constitución para respetar la presunción de inocencia, ha de ponerse en relación desde luego con el delito por el que ha sido condenado, siendo necesaria una actividad probatoria respecto a los elementos específicos que configuran el delito.

Sólo nos corresponde verificar si se llevaron al proceso penal, y con las debidas garantías, medios probatorios suficientes sobre esas circunstancias específicas, lo que excluiría una lesión del derecho a la presunción de inocencia, pero sin entrar en modo alguno en la valoración, en conciencia, que de tales pruebas haya realizado el juzgador, de acuerdo con el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y ejercitando la función de juzgar que le encomienda el artículo 117.3 de la Constitución, sin que este Tribunal pueda ni deba actuar como una tercera instancia (STC 174/1985, de 16 de diciembre).

(Sentencia de 19 de septiembre de 1988. RA 1.163/87.—«BOE» de 14 de octubre de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

El Consejo Supremo de Justicia Militar entiende que no está incluida en el número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la inexistencia de actividad probatoria capaz de desvirtuar, como presunción *iuris tantum*, el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, al no designarse ningún particular de los Autos que tenga valor procesal de documento auténtico. En tal argumentación se hace una interpretación de las causas legales de inadmisión previstas que ignora la necesaria adaptación que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ha exigido en el entendimiento de las normas reguladoras del recurso para permitir en su seno un pronunciamiento del Tribunal de Casación sobre la observancia obligada, por imperativo constitucional, del derecho a la presunción de inocencia en el proceso penal. Conforme a dicha exigencia es necesario apurar al máximo las virtualidades del recurso de casación en garantía del referido derecho fundamental, no pudiendo las formalidades que caracterizan al mencionado recurso constituir barreras infranqueables. Así, antes de que la Ley Orgánica del Poder Judicial consagrara explícitamente en su artículo 5.4, como fundamento suficiente de la casación, “la infracción de precepto constitucional”, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia había encontrado el cauce procesal adecuado en el ensanchamiento del motivo previsto en el párrafo 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en la redacción anterior a la Ley 6/1985, de 27 de marzo). En efecto, de acuerdo con la STC 56/1982, de 26 de julio, ha de entenderse que dicho precepto no exige que el documento que muestra la equivocación del juzgador al apreciar las pruebas sea irrefutable, pues de otro modo no haría la salvedad de su posible desvirtuación; ni impide incluir entre los errores en la apreciación de las pruebas el que parte de la inexistencia misma de éstas, pues la adopción de una decisión judicial sin apoyo en prueba alguna admisible en Derecho constituye sin duda —y así lo reconocen también diversas Sentencias del Tribunal Supremo anteriores a la fecha del Auto impugnado— el mayor error de hecho que en la apreciación de las pruebas cabe imaginar.

(Sentencia de 27 de abril de 1988. RA 202/85.—«BOE» de 25 de mayo de 1988.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

Según ha declarado este Tribunal, el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución se asienta sobre dos ideas esenciales: De un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativo del artículo 117.3 de la Constitución, y de otro, que los medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los utilizados en el juicio oral y los preconstituídos de imposible o muy difícil reproducción, siempre que se hayan observado las garantías necesarias para la defensa, así como también las diligencias policiales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de los ciudadanos; siempre que sean reproducidas en el acto del juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, como se ha concretado en las SSTC 64/1986, de 21 de mayo, y 80/1986, de 17 de junio.

(Sentencia de 28 de abril de 1988. RA 1.427/86.—«BOE» de 25 de mayo de 1988.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

El artículo 24.2 de la Constitución significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos de tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora, sin que pueda imponerse al acusado o procesado una especial actividad probatoria, que dependerá siempre de la libre decisión que se adopte respecto de su defensa, pues la Constitución le reconoce también al acusado el derecho a no declarar contra sí mismo. Significa, además, la presunción de inocencia que en los procesos en que se enjuician acciones delictivas debe existir una prueba de cargo suficiente, realizada a través de medios de prueba que merezcan un enjuiciamiento favorable desde el punto de vista de su legitimidad constitucional.

(Sentencia de 8 de junio de 1988. CI números 269, 1.035, 1.059, 1.077/85 y 222/87.—«BOE» de 25 de junio de 1988.—Ponente: Luis Díez-Picazo.)

No puede decirse en modo alguno que la presunción de inocencia rija sólo hasta el Auto de procesamiento y que desde entonces actúe una presunción de sospecha o de culpabilidad respecto al procesado. Este continúa gozando de su derecho a ser presumido inocente y esta presunción debe ordenar la actividad probatoria del proceso, y en especial del juicio oral, pues, pese a los indicios racionales de criminalidad que haya respecto a alguna persona (artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), justificativos del Auto de procesamiento, no puede destruirse la presunción de inocencia con ellos, sino sólo como resultado de una actividad probatoria de cargo practicada principalmente en el juicio oral y llevada a cabo con pleno respeto para los derechos fundamentales de la persona.

(Sentencia de 27 de junio de 1988. RA 1.332 y 1.359/87.—«BOE» de 12 de julio de 1988.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)



La presunción de inocencia, además de constituir un principio o criterio informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental que el artículo 24.2 de la Constitución reconoce y garantiza a todos. En virtud del mismo, una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita esta condena cuando haya mediado actividad probatoria que, producida con las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda entenderse de cargo.

Es doctrina consolidada de este Tribunal desde su STC 31/1981, de 28 de julio (recurso de amparo 113/1980), que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia a aquellas a las que se refiere el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, las practicadas en el juicio oral.

Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y que, como se advierte en la citada STC 101/1985, no constituyen en sí mismas pruebas de cargo. De acuerdo con la regulación contenida en el título V del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, distinta de la que se refiere al modo de practicar la prueba en el juicio oral (título III del libro III de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal), su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador. Sólo cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, en los términos señalados por el artículo 730 de la Ley Procesal Penal, conforme ha declarado ya este Tribunal en la STC 62/1985, de 10 de mayo. Esta posibilidad está justificada por el hecho de que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa.

Sin perjuicio de cuanto acaba de afirmarse, es preciso añadir que la producción de las pruebas en el juicio oral y su libre valoración por el Tribunal de instancia no comportan en modo alguno que, en orden a la formación de la convicción a la que se orienta dicha actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia a los actos de investigación sumarial y, en concreto, a las declaraciones prestadas ante la policía y ante el Juez instructor con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal prescriben. Antes al contrario, tanto la legislación comparada más próxima como nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 714 admiten expresamente la lectura de las declaraciones prestadas por los testigos en el sumario cuando no son conformes en lo sustancial con las efectuadas en el juicio oral, con el propósito de que dicha lectura permita ponderar al Tribunal la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas. Y siempre que se cumpla el requisito de su reproducción efectiva en el juicio oral, no a través del simple formalismo de uso forense de tenerla por reproducida, sino en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterla a contra-

dicción, debe admitirse, como cuestión que afecta solamente a la valoración en conciencia de la prueba, que el órgano jurisdiccional penal atienda, por la mayor certidumbre que le merezca, al sentido de la declaración inicialmente prestada en el sumario, habida cuenta de las explicaciones sometidas a su directa consideración y de las circunstancias ante él puestas de manifiesto.

Es claro, asimismo, que las declaraciones de los coacusados por su participación en los mismos hechos no está prohibida por la Ley procesal, y no cabe dudar tampoco del carácter testimonial de sus manifestaciones, basadas en un conocimiento extraprocesal de tales hechos. En concreto, este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que la valoración de dichas declaraciones efectuadas en sentido acusatorio no vulnera el derecho a la presunción de inocencia (AATC 479/1986, de 4 de junio; 293/1987, de 11 de marzo; y 343/1987, de 18 de marzo, entre otros). La circunstancia de la coparticipación en el declarante es simplemente un dato a tener en cuenta por el Tribunal penal al ponderar la credibilidad que le merezca, que es, en todo caso, función exclusiva de los órganos de dicha jurisdicción en los términos que derivan del propio artículo 117.3 de la Constitución. Precisamente esa preocupación por la incidencia de tal circunstancia en la certeza de lo manifestado se refleja en la más reciente jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de la que es claro exponente la Sentencia de 17 de junio de 1986, que, al marcar pautas en esa labor de valoración judicial, señala que, si bien los Tribunales no deben, de forma rutinaria o sistemática, fundar una resolución *sic et simpliciter* en la mera acusación de un coimputado, tampoco ha de desdesharse su versión, que ha de ser considerada en función de los factores particularmente concurrentes, singularmente la propia personalidad de quien declara y sus relaciones con la persona a quien acusa, así como la presencia de posibles móviles de autoexculpación.

(Sentencia de 7 de julio de 1988. RA 502/86.—«BOE» de 27 de julio de 1988.—Ponente: Luis López Guerra.)

#### *Presunción de inocencia. Pruebas de alcoholemia*

Los problemas planteados por los llamados *tests* de alcoholemia y su valoración como prueba en los juicios en que se persigue el delito de conducción de vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, han dado lugar a una ya extensa serie de declaraciones de este Tribunal, que en el momento actual se hace preciso recordar. En la STC 100/1985 (fundamento jurídico 1.º), dijimos que el llamado *test* de alcoholemia no puede equipararse a los simples atestados y a las diligencias policiales, en que se producen declaraciones de los inculpados, y que no es posible tampoco configurarlo como una simple denuncia para llevar a cabo después nuevas actividades probatorias; sino que, en las actividades practicadas al realizarlo se lleva a cabo, preconstituyéndola, una prueba, a la que puede asignarse, *lato sensu*, el carácter de prueba pericial en la que concurre la especial circunstancia de la imposibilidad de su repetición posterior en el juicio. Ello obliga a reconocerle alcance probatorio al *test*, siempre que tal prueba haya sido llevada a cabo con las necesarias garantías. En un sentido similar, la STC 103/1985 hizo referencia a la llamada prueba de alcoholemia,

cuyo resultado se consideró legítimo que sea llevado al juicio oral, mediante los documentos en que conste avalados por el testimonio de los agentes actuantes, y se señaló que, en el caso allí decidido, el Juez penal había contado con una prueba documental (la utilizada para traer a la investigación los grados de impregnación alcohólica) y con una prueba testifical que no sólo avalaba aquella investigación, sino que comprendía, además, otros datos.

En la antes citada STC 100/1985 se puntualizó que el documento en que consta la prueba debe ser en el correspondiente juicio ratificado por los agentes que lo hubieran levantado. La STC 145/1987 estableció que es preciso que el atestado se incorpore al proceso de forma tal que resulten respetados los principios de impugnación, oralidad y contradicción, garantizándose al interesado su derecho a la defensa y a un proceso público con todas las garantías. Por último, en la STC 148/1985 se puntualiza que la incorporación del correspondiente atestado al proceso exige la realización de una actividad probatoria durante el mismo que permita contrastar su contenido, en cuanto a la fiabilidad del resultado del *test*. Por ello, se añadía en la STC 148/1985, que si alguno de dichos aspectos es cuestionado, la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado, en que conste el resultado de la prueba alcoholométrica, no puede por sí misma servir de fundamento a un fallo condenatorio.

(Sentencia de 9 de mayo de 1988. RA 198/87.—«BOE» de 28 de mayo de 1988.—Ponente: Luiz Díez-Picazo.)

#### ARTÍCULO 25.1

##### *Principio de legalidad*

Es cierto, asimismo, que el cumplimiento del mandato del artículo 25 de la Constitución exige una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito, que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica, lo que impide considerar comprendidos dentro del citado precepto constitucional los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria en el estricto sentido de la palabra, de los jueces y tribunales. Y ha de considerarse necesario, asimismo, que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho.

(Sentencia de 8 de junio de 1988. CI números 269, 1.035, 1.059; 1.077/85 y 222/87.—«BOE» de 25 de junio de 1988.—Ponente: Luis Díez-Picazo.)

#### ARTÍCULO 161.1 a)

##### *Declaración de inconstitucionalidad. Norma derogada*

Aunque no se hayan suscitado dudas sobre el sentido y consecuencias de una eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma que ya está derogada,

es conveniente hacer alguna precisión al respecto. Es claro que el hecho de que la norma cuestionada no se encuentre ya en vigor no priva de contenido a una cuestión de inconstitucionalidad, pues el juego de determinados principios o derechos, en este caso del derecho al Juez predeterminado por la ley, puede hacer que dicha norma resulta aplicable para el supuesto enjuiciado (SSTC 111/1983, fundamento jurídico 2.º, y 199/1987, fundamento jurídico 3.º). Y en la presente cuestión, en la que el Juez ordinario llega motivadamente a la conclusión de que la norma aplicable que determina la competencia es la norma cuestionada, la declaración de su inconstitucionalidad lleva a la imposible aplicación del precepto tanto en el supuesto enjuiciado como, obviamente, en futuros casos análogos si es que todavía se producen. En consecuencia, la propia Sala que elevó la cuestión deberá determinar a quién corresponde la competencia para enjuiciar la causa criminal en la que se planteó el presente proceso constitucional, pero sin aplicar el precepto cuya inconstitucionalidad ahora se constata. Y hecha esa precisa declaración de inconstitucionalidad, este Tribunal no puede ni debe entrar en la interpretación del bloque normativo que en este caso concreto resulte aplicable para determinar la competencia entre los diversos Tribunales ordinarios que pudieran ostentarla.

(Sentencia de 26 de mayo de 1988. CI 213/85.—«BOE» de 15 de junio de 1988.—Ponente: Luis López Guerra.)

Queda pues, como motivo fundamental y único del presente recurso, el relativo a la presunta vulneración del principio de legalidad administrativa del artículo 25.1 de la Constitución Española, en cuanto prohíbe la sanción por infracciones administrativas que no lo fueran según la legislación vigente en aquel momento: Este principio, que se funda a su vez en los de libertad (regla general de licitud de lo no prohibido) y de seguridad jurídica (saber a qué atenerse), tiene dos aspectos, puestos de relieve y con claridad por la STC 42/1987, de 7 de abril, y últimamente por la 3/1988, de 21 de enero, que reitera su doctrina sobre la doble garantía del principio: una, de alcance material y absoluto, que se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y sanciones correspondientes; y la otra, de carácter formal, que mira al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y sanciones, por cuanto, como éste Tribunal ha señalado reiteradamente, el término “legislación vigente” contenido en dicho artículo 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora.

Cierto es que en esta segunda vertiente, la formal, puede producirse una relativización del principio de legalidad, en el sentido de permitir un mayor margen de actuación al Ejecutivo en la tipificación de ilícitos y sanciones administrativos, “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”, pero sin olvidar que, en todo caso, “aquel precepto constitucional determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración

en una norma de rango legal, habida cuenta del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan” (STC 77/1983, de 3 de octubre, y 42/1987, de 7 de abril).

Pero esta clara exigencia de cobertura legal no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, mas ello siempre que en aquéllas 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. Lo que en todo caso prohíbe el artículo 25.1 de la Constitución Española es la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (STC 83/1984, de 24 de julio), lo que supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes (STC 42/1987, de 7 de abril). Pero, en todo caso, la prohibición no hay que entenderla de un modo tan absoluto que impida admitir «la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora» (STC 3/1988, de 21 de enero), como antes se ha indicado.

(Analiza la sentencia la potestad sancionadora de la Administración y la validez de los RD 16/1977 regulador de los aspectos penales, administrativos y fiscales del juego y su desarrollo en RD 444/1977. Aunque la doctrina hace referencia al principio de legalidad en materia sancionadora administrativa resulta útil su transcripción.)

(Sentencia de 8 de junio de 1988. RA 654/87.—«BOE» de 25 de junio de 1988.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

## ARTÍCULO 163

### *Cuestión de inconstitucionalidad*

No puede decirse, en puridad, que se trata de una norma preconstitucional, pues aun cuando su origen histórico se remonta a la segunda mitad del siglo XIX y ha sido mantenida en las sucesivas redacciones de los diferentes Códigos Penales, es claro también que con la misma redacción se encuentra en el texto del Código Penal vigente, aprobado por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, y esta inclusión de la norma en un Código Penal postconstitucional la dota suficientemente de este carácter aun cuando debe advertirse que el tema es desde el punto de vista de la admisión de una cuestión de inconstitucionalidad intrascendente, pues este tipo de cuestiones puede plantearse lo mismo si las disposiciones de ley afectadas por la duda constitucional son postconstitucionales que si son preconstitucionales, según este Tribunal señaló desde la primera de sus Sentencias; y que la cuestión relativa a las leyes preconstitucionales se hace necesaria si el órgano judicial proponente estima que no puede hacer uso de la disposición

derogatoria de la Constitución y del mecanismo de derogación tácita en ella contenida; por último, hay que señalar que el hecho de que sea posible una interpretación de la norma cuestionada, que sea conforme con la Constitución, no permite considerar a la cuestión en sí misma como mal fundada, pues lo cierto es que los artículos 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica de este Tribunal se limitan a exigir, como único requisito de fondo, el que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, sin condicionar el planteamiento de la cuestión a la imposibilidad de la interpretación conforme con la Constitución. Y si bien el artículo 5, apartado 3.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio), dice textualmente que “procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”, tal regla no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal y ofrece únicamente a los Jueces y Tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme con la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

(Sentencia de 8 de junio de 1988. CI números 269, 1.035, 1.059, 1.077/85 y 22/87.—«BOE» de 25 de junio de 1988.—Ponente: Luis Díez-Picazo.)

## II. LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULOS 44.1 c) y 50.1 b)

### *Invocación formal en el proceso del derecho constitucional vulnerado*

El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes debió ser invocado en la vía judicial, concretamente en el recurso de reforma interpuesto contra la resolución que acordó el archivo de las actuaciones a la cual se achaca la vulneración del derecho y esa invocación no se hizo, puesto que en el escrito de interposición de dicho recurso, además de no mencionarse el referido derecho, ni el artículo 24 de la Constitución Española, no se contiene alegación alguna que permitiera al órgano judicial entender o deducir que la impugnación de su decisión de archivar las diligencias excedía del plano de la legalidad ordinaria e incluía, directa o indirectamente, una cuestión de vulneración de derechos constitucionales sobre la cual se le instaba a pronunciarse. En virtud de ello, este problema se plantea por primera vez en este recurso de amparo, sin respetar su naturaleza subsidiaria, en cuya garantía viene establecido el requisito exigido por el artículo 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que resulta por ello incumplido, con la consecuencia de inadmisibilidad que determina su conexión con el 50.1 b) de la misma Ley, convertida en esta fase procesal en causa de desestimación.

La pretendida lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas tampoco se puso de manifiesto ante el Tribunal penal según debió hacerse, de conformi-

dad con el citado artículo 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con la doctrina constitucional conforme a la cual, en palabras del ATC 113/1983, de 16 de marzo, “no cabe denunciar en amparo el silencio judicial sin acudir previamente a poner de relieve la mora ante el Juez o Tribunal invocando la dilación indebida”.

(Sentencia de 6 de abril de 1988. RA 1.441/86.—«BOE» de 4 de mayo de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

#### ARTÍCULO 44.2

##### *Recurso de amparo: plazo para interposición*

Es cierto que, para paliar la extemporaneidad denunciada por el Ministerio Fiscal, en las alegaciones de los recurrentes se invoca una aplicación analógica de las normas del proceso penal previstas en relación con los plazos para la interposición o preparación de los recursos de reforma, apelación y casación, que atienden a la última notificación realizada (artículos 211 y 212 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), o de las relativas a la adhesión a la apelación, pero tal criterio no tiene en cuenta la auténtica naturaleza del recurso de amparo y del plazo para la válida formulación de su demanda. Es de destacar, una vez más, que este recurso no constituye una nueva instancia judicial, sino que se trata de un proceso autónomo, sustantivo y distinto, con un ámbito específico y propio para la protección reforzada de los derechos fundamentales, que tiene un auténtico plazo de caducidad para la correspondiente acción ejercitable ante este Tribunal (AATC 171/1984 y 189/1984, entre otros). El término establecido en el citado artículo 44.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no es, pues, de naturaleza procesal, ni, en consecuencia, le son aplicables los indicados preceptos, ni otros posibles principios que pudieran extraerse en el mismo sentido de los efectos del litisconsorcio procesal o de los supuestos de pluralidad de partes constituidas en el seno de un procedimiento judicial; por el contrario, según ha reiterado la jurisprudencia de este Tribunal, el plazo en cuestión no es susceptible de ampliación, suspensión o reapertura (AATC 816/1986, 28/1987 y 272/1987, entre otros), ni siquiera aprovechando la ocasión de ulteriores notificaciones de la misma resolución que se pretenda impugnar en amparo. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 50.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, debe apreciarse la causa de inadmisión puesta de manifiesto por el Ministerio Fiscal, que en esta fase procesal tiene eficacia desestimatoria para la demanda de los actores que incurrieron en ella.

(Sentencia de 27 de abril de 1988. RA 202/85.—«BOE» de 25 de mayo de 1988.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

### III. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

#### ARTÍCULO 166

##### *Emplazamientos*

V. Sentencia de 10 de junio de 1988 sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión*.—Artículo 24.1 de la Constitución Española.

#### ARTÍCULO 228

##### *Recurso de apelación. Personación*

V. Sentencia de 6 de abril de 1988 sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a los recursos*.—Artículo 24.1 de la Constitución Española.

#### ARTÍCULO 229

##### *Apelación: Personación*

V. Sentencia de 14 de abril de 1988 sobre *Apelación de sentencias*.—Artículo 792, regla 3.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### ARTÍCULO 504

##### *Prisión provisional. Plazo máximo: prolongación*

Este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de la aplicación en el tiempo de la modificación de los límites máximos de la prisión preventiva que establece la Ley Orgánica 10/1984, y ha entendido que la aplicación de los mismos, más restrictivos para la libertad, a situaciones de prisión preventiva formalizadas antes de la entrada en vigor de esa Ley puede lesionar el artículo 17.1 de la Constitución, como ha dicho la Sentencia del Pleno de este Tribunal 32/1987, de 10 de marzo, y ha reiterado la Sentencia de la Sala Primera 34/1987, de 12 de marzo, "se desconocerían las garantías constitucionales frente a limitaciones indebidas del derecho a la libertad personal al aplicarse una ley posterior más restrictiva a un inculpado en situación de prisión preventiva acordada con arreglo a una Ley anterior más benigna, pues ello podría suponer la prolongación de la situación excepcional de prisión más allá del límite máximo establecido en la Ley aplicable en el momento en que se acordó su privación de libertad, plazo máximo que representa para el afectado la garantía constitucional del derecho fundamental a la libertad, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4.º en relación con el apartado 1.º del artículo 17 de la Constitución.

Debe tenerse en cuenta también que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la libertad provisional debe hacerse con carácter restrictivo



y en favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, dado, además, la situación excepcional de la prisión provisional. Todo ello ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la Ley más favorable, o sea, la menos restrictiva de la libertad. Por consiguiente, el órgano judicial, a falta de disposiciones transitorias al respecto, debe interpretar que la Ley bajo cuya vigencia se dispuso y formalizó la situación de prisión provisional sigue siendo aplicable hasta la conclusión de esta situación y, por ende, que la reforma sólo se aplica a las situaciones que se crean tras la entrada en vigor de la nueva Ley (Sentencia de la Sala Segunda 117/1987, de 8 de julio).

(Sentencia de 9 de mayo de 1988. RA 93/87.—«BOE» de 28 de mayo de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez Piñero.)

#### ARTÍCULO 527 a)

##### *Incomunicación del detenido. Letrado designado de oficio*

La inconstitucionalidad que en ellas indirectamente se imputa al artículo 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido ya considerada y descartada por este Tribunal en su Sentencia 196/1987, resolución en la que se declaró que la denegación a los detenidos incomunicados de la posibilidad de nombrar libremente Abogado, con la consiguiente designación de un Letrado de oficio es una medida de las que el legislador puede establecer en ejercicio de su poder de regulación del derecho a la asistencia letrada, medida, pues, que no conculca el contenido esencial del derecho declarado en el artículo 17.3 de la Constitución, que es la norma que ha de tenerse en cuenta en supuestos de detención. Por lo expuesto en la Sentencia citada (reiterada en la de 14 de marzo del presente año, en asunto 659/1986) el derecho a la defensa letrada de los demandantes no resultó violado.

(Sentencia de 8 de abril de 1988. RA 251 y 252/86.—«BOE» de 4 de mayo de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

#### ARTÍCULO 645

##### *Apertura del juicio oral. Acusador particular*

Si bien este Tribunal no puede sustituir al Juez penal en la tarea de interpretar y aplicar la legalidad vigente, ni de evaluar los hechos del caso, sí debe examinar, en el presente, si la decisión judicial impeditiva de una resolución sobre el fondo aparece basada en una causa legal, dentro de los márgenes de interpretación de que el órgano jurisdiccional penal dispone. Y a este respecto, es preciso concluir, con el Ministerio Fiscal, que las resoluciones que se impugnan carecen de esa base, a la vista del mismo tenor literal del artículo 645 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De acuerdo con este artículo, si se presentase querellante particular a sostener la acción —como es aquí el caso— la única posibilidad de sobreesamiento de que dispone el Tribunal es la recogida en el artículo 637, apartado

2, que prevé que procederá el sobreseimiento libre cuando el hecho no sea constitutivo de delito: con la particularidad de que, al tratarse de sobreseimiento libre, sería susceptible del oportuno recurso de casación. Pues bien, en el presente caso, y pese a tal literalidad, y a que, como se vió, la representación de la hoy actora pidió la apertura del juicio oral y que se dictara Sentencia condenatoria del procesado, manteniendo así la acción penal, el Tribunal procedió a sobreseer el caso de acuerdo con lo previsto en el artículo 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, por no haber motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores. Al hacerlo así, no solamente se cerró el paso a una resolución de fondo por una causa no prevista legalmente (ya que el sobreseimiento sólo procedía, como se vio, en virtud del motivo señalado en el artículo 637.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sino que además, ello se hizo en tal forma que precluía cualquier remedio jurisdiccional aparte del amparo ante este Tribunal al adoptarse un sobreseimiento provisional que impedía el recurso de casación.

(Sentencia de 30 de septiembre de 1988. RA 322/86.—«BOE» de 14 de octubre de 1988.—Ponente: Luis López Guerra.)

#### ARTÍCULO 656

*Preparación de conclusión y pruebas de la defensa. Intérprete para entrevista con acusado*

V. Sentencia de 19 de abril de 1988 sobre *Indefensión y derecho a la asistencia de letrado*.—Artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española.

#### ARTÍCULO 741

*Libre apreciación de la prueba*

V. Sentencias de 28 de abril, 7 de julio y 19 de septiembre de 1988 sobre *Presunción de inocencia*.—Artículo 24.2 de la Constitución Española.

#### ARTÍCULO 754

*Suplicatorio. Sobreseimiento libre*

V. Sentencia de 24 de junio de 1988 sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva*.—Artículo 24.1 y 71.2 de la Constitución Española.

#### ARTÍCULO 784.5

*Compañías aseguradoras: seguro obligatorio*

V. Sentencia de 10 de junio de 1988 sobre *Indefensión*.—Artículo 24.1 de la Constitución Española.

## ARTÍCULO 785, REGLA SÉPTIMA

*Informe pericial*

V. Sentencia de 8 de abril de 1988 sobre *Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*.—Artículo 24.2 de la Constitución Española.

## ARTÍCULO 789

*Diligencias previas*

Resulta necesario hacer una consideración preliminar y es la de que los eventuales retrasos que se han producido en el presente caso han tenido lugar en el marco de las diligencias previas del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, por ello, con antelación al inicio del proceso propiamente dicho. Sin embargo, en la medida que estos actos preparatorios, de carácter judicial, condicionan la posibilidad de apertura del proceso, y teniendo en cuenta, además, que la presentación de la querrela implica el ejercicio de una pretensión, ha de entenderse que el retraso en tales diligencias se encuentra también protegido por el derecho reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución a un proceso sin dilaciones indebidas. Pues lo contrario supondría admitir el aplazamiento indefinido del ejercicio de la pretensión.

Resulta evidente que las diligencias previas del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal constituyen, como recuerda el Ministerio Fiscal, una instrucción inicial indiferenciada, sólo para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento aplicable conducente a las salidas que el propio artículo señala en sus reglas primera y quinta. Por definición, tales diligencias son, según la ley, sólo las "esenciales", y no pueden utilizarse para otros fines que los señalados en el precepto, ni por más tiempo del que se precise para ello ("sin demora"), so pena de convertirse, por una inaceptable corruptela, en un nuevo procedimiento, desvirtuando su naturaleza.

No debe olvidarse además que, aun en el caso de que la estructura del proceso se basase en la configuración de una fase instructora autónoma, el objetivo de una duración razonable del proceso se pone particularmente en peligro, si se dilata irrazonablemente dicha fase de instrucción por tener una relevancia directa sobre la propia apertura del juicio, como ha tenido ocasión de subrayar la Comisión Europea de Derechos Humanos (casos Haase, 12 de julio de 1977, y Buchholz, 6 de mayo de 1981).

(Sentencia de 4 de julio de 1988. RA 612/87.—«BOE» de 27 de julio de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULO 792, REGLA 3.<sup>a</sup>*Apelación de sentencias. Personación*

Es cierto que no incumbe a este Tribunal determinar si el escrito de personación de los hoy demandantes de amparo, que figura unido al rollo de apelación, fue presentado o no dentro de plazo, ni si la Sala tuvo conocimiento de él antes o después de celebrada la vista del recurso, y menos aún si el escrito en cuestión se extravió, tal como apuntan los recurrentes. Pero, aun admitiendo la posible extemporaneidad de la comparecencia y personación de los apelados ante la Audiencia Provincial, tal extemporaneidad procesal no agota la relevancia constitucional de la cuestión planteada, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, ya que, a diferencia de lo que ocurre respecto del apelante, la comparecencia extemporánea del apelado en segunda instancia, si bien le impide participar en el trámite de instrucción (artículos 792, regla 3.<sup>a</sup>, y 229, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) e intervenir, en su caso, en la actividad probatoria que eventualmente se practique en dicha instancia (artículo 792, regla 5.<sup>a</sup>), no le priva —en una interpretación del artículo 792, regla 6.<sup>a</sup>, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme con la efectividad del derecho de defensa— de su derecho a intervenir en la vista de apelación.

Por ello, ha de concluirse que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 de la Constitución. Pues si la Sala no tuvo conocimiento del escrito de personación de los apelados antes de celebrarse la vista de apelación, debió, al resolver sobre la nulidad de actuaciones interesadas por ellos, anular lo efectuado y retrotraer las actuaciones para resolver lo procedente acerca de dicho escrito, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, especialmente el hecho de que el Secretario omitiera la fecha de presentación del mismo pese a la obligación de consignarla que a los Secretarios incumbe de acuerdo con el artículo 481.4 de la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 18 de septiembre de 1870, entonces vigente, en concordancia con el artículo 206 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y si, por el contrario, el escrito en cuestión fue conocido por la Audiencia antes de la vista del recurso, la Sala debió pronunciarse en su momento expresamente sobre dicha pretensión de constituirse en parte apelada y, en concreto, sobre si tal personación había sido hecha o no dentro de plazo, y, en su caso, sobre las consecuencias derivadas de la extemporaneidad.

(Sentencia de 14 de abril de 1988. RA 931/85.—«BOE» de 4 de mayo de 1988.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

## ARTÍCULO 849.2

*Recurso de casación. Error de hecho en la apreciación de prueba*

V. Sentencia de 27 de abril de 1988 sobre *Presunción de inocencia*.—Artículo 24.2 de la Constitución Española.

## ARTÍCULO 851.3

*Incongruencia omisiva*

Esta argumentación responde a una interpretación del artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal conforme con la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, para hacer valer en casación la llamada incongruencia omisiva, viene exigiendo que se haga referencia a cuestiones jurídicas propuestas por las partes, susceptibles de influir directamente en la calificación y punición o en las responsabilidades civiles apreciadas por la Sentencia recurrida; y este criterio tampoco se opone al contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que no requiere un pronunciamiento adicional al que corresponde a los términos en que se produce el debate procesal, delimitado en el ámbito penal por el objeto de la acusación y por la defensa.

(Sentencia de 27 de abril de 1988. RA 202/85.—«BOE» de 25 de mayo de 1988.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

## ARTÍCULOS 875 y 884.5

*Recurso de casación: inadmisión. Depósito insuficiente*

Este Tribunal se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la necesidad de interpretar las causas de inadmisión previstas por las leyes procesales de forma restrictiva, favoreciendo, por tanto, el ejercicio del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, cuyo contenido normal es obtener una resolución judicial sobre el fondo (así, las SSTC 60/1985, de 20 de mayo, o 162/1986, de 17 de diciembre). E igualmente hemos afirmado que la aplicación judicial de las causas de inadmisibilidad ha de inspirarse en criterios de proporcionalidad que atienden a la repercusión del defecto apreciado en la finalidad de las reglas introductoras de los requisitos y presupuestos procesales (STC 90/1983, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 2.º).

También en relación con el concreto requisito de consignación de depósitos para recurrir se ha pronunciado este Tribunal en diversas ocasiones, sobre todo con referencia al procedimiento laboral. Y se ha dicho que, si bien se trata de un requisito que no contradice el espíritu del artículo 24.1 de la Constitución, sino que se justifica plenamente en su doble finalidad de evitar el planteamiento de recursos meramente dilatorios y (en el orden laboral) de asegurar el posterior cumplimiento de la resolución judicial que se pretende impugnar, ha de ser interpretado ponderando las circunstancias concretas del caso para evitar una mecánica aplicación del mismo que lo convierta en un obstáculo formalista y desproporcionado en sus consecuencias en relación con su propia finalidad (STC de 21 de enero de 1988, asunto 1.028/86).

Pues bien, en el presente supuesto, la inadmisión decretada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que motiva el presente recurso se debió a que el actor consignó una cantidad menor que la que prescribía la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 875, para el caso de que se trataba. El depósito que

prevé el mencionado artículo 875 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para recurrir en casación, de diversa cuantía según quien sea el recurrente, tiene tan sólo, a diferencia de lo que sucede con los previstos en el orden jurisdiccional laboral, la finalidad de evitar los recursos meramente dilatorios, objetivo que incluso posiblemente no sea ya cubierto debido a la baja cuantía de los depósitos requeridos. Así, el artículo 875, primer párrafo, de la citada ley establece que, cuando el recurrente sea el acusador privado y el delito de los que pueden perseguirse de oficio, ha de acreditarse en el momento de la interposición haber depositado en la forma oportuna la cantidad de 12.000 pesetas. Sin embargo, y por error, según afirma la Entidad solicitante de amparo, se consignaron tan sólo 750 pesetas, cantidad que prevé el párrafo cuarto del indicado precepto para cuando el recurrente sea el procesado o el responsable civil. Tal circunstancia hizo que la Sala, en aplicación del artículo 884.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, declarase inadmisibile el recurso por no haberse observado los requisitos que la ley exige para su preparación o interposición.

Expuesta sucintamente la doctrina de este Tribunal sobre la materia, así como las circunstancias básicas del supuesto enjuiciado, la decisión sobre el caso depende de lo que pueda advertirse sobre la voluntad de la Sociedad solicitante de amparo para cumplir el requisito procesal que determinó la inadmisión y de la diligencia manifestada al respecto, de la importancia y finalidad de dicho requisito, así como, finalmente, de las posibilidades que hubiera de subsanar el defecto sin otros perjuicios para el proceso o para las demás partes.

Del examen del caso no cabe duda que la Sociedad recurrente pretendió en todo momento cumplir con los requisitos procesales exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la interposición del recurso de casación. Así, no prescindió de efectuar el depósito legalmente establecido, lo que podría haberse interpretado como un tácito desistimiento, sino que procedió a efectuarlo, si bien en cuantía equivocada. Ahora bien, entre la voluntad de la Entidad demandante de amparo de cumplir con los requisitos procesales, que no parece cuestionable, y el error sufrido respecto a la cuantía del depósito, ha de darse por fuerza más trascendencia al primer aspecto en adecuada aplicación de los principios vistos en el primer fundamento jurídico, que requieren una interpretación restrictiva de las causas de inadmisión favorable, en todo caso, a la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva. Y, en cuanto a la posible reparación del defecto procesal cometido, ha de reputarse como fácilmente subsanable, sin que se observen, en cambio, perjuicios de ningún tipo, fuera, claro está, del interés que la otra parte tendría en que la acción de la Entidad recurrente no siguiese su curso.

Basta añadir, por último, que si bien el código procesal criminal no prevé un trámite específico de subsanación de defectos procesales para el supuesto de autos, tampoco puede considerarse que quede excluido, por lo que habrá de ser el órgano judicial quien, en prudente arbitrio y atendiendo a las diversas circunstancias concurrentes en cada caso, deberá otorgar o no la posibilidad de subsanación de los errores advertidos, en aplicación hoy día de los artículos 24.1 de la Constitución Española y 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(Sentencia de 5 de abril de 1988. RA 145/87.—«BOE» de 4 de mayo de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

## ARTÍCULO 876, PÁRRAFO SEGUNDO, INCISO FINAL

*Inadmisión. Dictamen de Letrado y Fiscal*

La derogación del inciso final del párrafo segundo del artículo 876 por su contradicción con el artículo 24.1 de la Constitución Española se producía no tanto porque las garantías que establece fuesen contrarias al mismo ni a ningún otro precepto constitucional, sino por insuficientes en tanto que pueden abocar al condenado a una situación en que quede sin defensa y, por ende, sin recurso. Tal derogación significa que “el legislador, dentro de su libertad de elección, 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 autodefensa, 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 libre designación» (STC 37/1988, fundamento jurídico 7.º).

Mientras tal regulación no se dicte, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuando se produzca el triple supuesto de hecho previsto en el párrafo segundo del artículo 876 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberá hacer uso de las posibilidades que le brinda el ordenamiento, de modo que quien quiera recurrir y ser defendido no se vea privado de uno y otro derechos fundamentales, “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” (*ibidem*).

(Sentencia de 8 de junio de 1988. RA 1.253/86.—«BOE» de 25 de junio de 1988.—Ponente: Luis Díez-Picazo.)

## ARTÍCULOS 977 y 15 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

*Juicios de faltas. Apelación «reformatio in peius»*

La interdicción de la *reformatio in peius* no está expresamente enunciada en el artículo 24 de la Constitución, pero representa un principio procesal que, como ha reiterado este Tribunal (SSTC 54/1985, de 18 de abril; 84/1985, de 8 de julio, y 115/1986, de 22 de octubre, entre otras), forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, y, en todo caso, se conecta con las exigencias derivadas de la prohibición constitucional de la indefensión.

En el proceso penal, en cuyo seno se ha dictado la Sentencia objeto de la pretensión de amparo, la prohibición de la reforma peyorativa para el recurrente tiene un reconocimiento explícito en la ley limitado al recurso de casación en el artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero es sin duda trasladable a la apelación, incluida la del juicio de faltas, para preservar el principio acusatorio y para evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal, reconocido como resultado de la conexión de los artículos 24.1 y 10 de la Constitución (STC 134/1986, de 29 de octubre).

En el proceso civil y respecto de la misma acción civil derivada del ilícito penal ejercitada en el juicio de faltas, como permite nuestro ordenamiento jurídico (artículos 100 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), que es el ámbito estricto a que se contrae en la presente queja de amparo la posible vulneración de la *non reformatio in peius*, aunque no exista previsión legal alguna también rige la imposibilidad de alterar en su perjuicio la posición jurídica del apelante por efecto exclusivo de su recurso, como consecuencia del principio *tantum devolutum quantum appellatum*; y esa prohibición resulta constitucionalmente exigible en la medida en que su desconocimiento comporte indefensión o pueda contravenir la necesaria congruencia que en el recurso ha de existir entre la pretensión impugnatoria y el correspondiente fallo de la Sentencia: Esto es, cuando la modificación no sea la consecuencia de una petición deducida ante el órgano judicial, por medio de la adhesión a la apelación de alguna de las partes apeladas, que, al tiempo que incrementa el alcance devolutivo del recurso, permite al inicial recurrente aducir oportunamente las alegaciones que estime necesarias para su defensa, o cuando no resulte de la eventual aplicación de normas de orden público que debe efectuar el Juez, en todo caso, con independencia de que se haya pedido o no por las partes.

(Sentencia de 20 de junio de 1988. RA 177/86.—«BOE» de 12 de julio de 1988.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

#### ARTÍCULO 988

##### *Ejecución de Sentencias*

V. Sentencia de 14 de julio de 1988 sobre *Derecho a la libertad y a la tutela judicial efectiva*.—Artículos 17.1 y 24.1 de la Constitución Española.

#### IV. CODIGO PENAL

##### ARTÍCULO 8.1

##### *Enajenación mental. Fin del internamiento*

Conforme a la Sentencia de este Tribunal 16/1981, de 18 de mayo (fundamento jurídico 1.º), el internamiento judicial en un establecimiento psiquiátrico, dis-



puesto en Sentencia penal en los casos y forma determinados en el artículo 8.1 del Código Penal, no es, en principio, contrario al derecho a la libertad reconocido en el artículo 17 de la Constitución. Pero, al establecer en su párrafo segundo que de dicho internamiento no se podrá salir sin la previa autorización del Tribunal sentenciador, dicho artículo no consagra una eventual privación de libertad indefinida en el tiempo y a la plena disponibilidad del órgano judicial competente. Esta privación de libertad ha de respetar las garantías que la protección del referido derecho fundamental exige, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España (artículo 10 de la Constitución Española), y, en concreto, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Y a este respecto es preciso recordar que, salvo en caso de urgencia, la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el artículo 5.1 e) del Convenio, ha de cumplir tres condiciones mínimas, según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar dicho artículo en su Sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp). Estas condiciones son: a) Haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo. Doctrina que ha sido reiterada posteriormente en Sentencias de 5 de noviembre de 1981 (caso X contra Reino Unido) y de 23 de febrero de 1984 (caso Luberti), en relación con supuestos —como el que ahora nos ocupa— de condenas judiciales que determinan la reclusión de delincuentes enajenados en hospitales psiquiátricos.

Dichas condiciones garantizan que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto: evitar que persista el estado de peligrosidad social inherente a la enajenación mental apreciada, puesto de manifiesto, en el supuesto regulado en el artículo 8.1, párrafo segundo, del Código Penal, por la comisión de un hecho que la ley sanciona como delito.

Resulta, por consiguiente, obligado, en aras del derecho fundamental consagrado en el artículo 17.1 de la Constitución Española —que obliga a interpretar restrictivamente cualquier excepción a la regla general de libertad— el cese del internamiento, mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad. Este juicio en orden a la probabilidad de una conducta futura del interno socialmente dañosa, así como el convencimiento sobre el grado de remisión de la enfermedad, corresponden al Tribunal penal a través de controles sucesivos en los que ha de comprobar la concurrencia o no de los presupuestos que en su día determinaron la decisión del internamiento. Pero, si bien es cierto que para la adopción de la decisión oportuna no se halla el órgano judicial automáticamente vinculado a los informes emitidos en sentido favorable a la misma, su disenso ha de ser, sin duda, motivado, con el fin de evitar que la persistencia de la medida aparezca como resultado de un mero arbitrio o voluntarismo judicial, y deberá basarse en algún

tipo de prueba objetivable ya que, conforme a la mencionada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dicho internamiento no puede prolongarse válidamente si no persiste el trastorno mental que lo legitime por su carácter y amplitud.

Es de señalar, a este respecto, que la nueva redacción del artículo 8.1 del Código Penal hace posible adecuar las medidas de seguridad adoptadas al grado de remisión de la enfermedad, al prever en su párrafo tercero, adicionado por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, que el Tribunal sentenciador pueda sustituir el internamiento por otro tipo de medidas, entre ellas la "sumisión a tratamiento ambulatorio", a la vista de los informes de los facultativos que asistan al enajenado y del resultado de las demás actuaciones que ordene, adición que responde a la finalidad de reinserción social a que deben orientarse las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad (artículo 25.2 de la Constitución Española).

(Sentencia de 8 de junio de 1988. RA 619/87.—«BOE» de 25 de junio de 1988.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

#### ARTÍCULOS 69 y 70

##### *Cumplimiento de las penas*

V. Sentencia de 14 de julio de 1988 sobre *Derecho a la libertad y a la tutela judicial efectiva*.—Artículos 17.1 y 24.1 de la Constitución Española.

#### ARTÍCULO 237

##### *Delito de desobediencia*

En el caso del delito del artículo 237 del Código Penal tales elementos, según reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, se refieren a la existencia de una conducta, acción u omisión, encaminada a no cumplir la orden de la autoridad o sus agentes debidamente comunicada la existencia de una voluntad de incumplimiento con ánimo de desprestigio o menosprecio a la autoridad o función pública, y el que no se den determinadas circunstancias que puedan dar lugar a una valoración exonerativa de la responsabilidad penal. Para poder condenarle habría de probarse, en consecuencia, que llegó a conocimiento del acusado la orden legítima del Ayuntamiento y que voluntariamente incurrió en una conducta, acción u omisión de no cumplimiento de la orden o mandato menospreciando o desconociendo la autoridad municipal.

(Sentencia de 19 de septiembre de 1988. RA 1.163/87.—«BOE» de 14 de octubre de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULO 340 bis a), 1.º

*Conducción en estado de embriaguez*

V. Sentencia de 9 de mayo de 1988 sobre *Presunción de inocencia. Prueba de alcoholemia*.—Artículo 24.2 de la Constitución Española.

ARTÍCULO 467

*Injurias a clases determinadas del Estado*

Las expresiones que motivan la condena, “Es increíble que a mí me metan siete meses y que castiguen con un mes de arresto a un capitán de ilustre apellido que llamó cerdo al Rey” y “esto me confirma una idea que ya tenía arraigada: hay una gran parte de los Jueces que son realmente incorruptibles: Nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia”. Son juicios de valor emitidos en el curso de una entrevista periodística, que operan sobre el dato de una condena anterior por delito de injurias graves al Ejército; se trata, por tanto, no de un apóstrofe insultante fuera de discurso, sino de un juicio evolutivo que, aun habiendo sido exteriorizado con fines informativos, fue emitido en ejercicio de la libertad de expresión del artículo 20.1 a), en el que no se imputan hechos concretos a determinadas personas, sino que se expresa, de manera generalizada e impersonal, la opinión de que algunos miembros del Poder Judicial cumplen insatisfactoriamente su deber jurisdiccional de administrar justicia, manifestada, por lo tanto, en relación con una materia de interés público y en términos que inciden en el prestigio de una institución del Estado, pero no en el honor de personas individualizadas.

Ciertamente, si el Juez penal hubiera calificado esas expresiones de injurias cometidas contra el derecho al honor de los concretos jueces que dictaron la Sentencia objeto de la entrevista, nos encontraríamos ante una afirmación de hecho con la consecuencia de que la eficacia justificadora de la libertad ejercitada solamente podría operar de haberse aportado al proceso penal, con resultado positivo, la prueba de la veracidad de la imputación, pero éste no es el caso de autos, pues nos hallamos, según se deja dicho, ante la opinión de que existen Jueces que no administran justicia y, por tanto, ante un supuesto de ejercicio de la libertad de expresión, cuyo amparo depende de que se hayan o no añadido, en la manifestación de la idea u opinión, expresiones injuriosas desprovistas de interés público e innecesarias a la esencialidad del pensamiento o formalmente injuriosas.

Realizada esta comprobación, resulta indudable que la opinión del demandante de amparo incide negativamente en el prestigio de la institución pública a la que se refiere, siendo lógico y comprensible que la jurisdicción penal la haya considerado, muy acertadamente, injuriosa u ofensiva a la clase del Estado a la que se dirigió. A pesar de ello, teniendo en cuenta el contexto en que se producen —una entrevista periodística dirigida a la información pública—, su alcance de crítica impersonalizada en la que no se hacen imputaciones de hechos a Jueces singularizados, cuyo honor y dignidad personal no resultan afectadas y el interés

público de la materia sobre la cual recae la opinión —el funcionamiento de la Administración de Justicia—, la jurisdicción penal debió entender, de haber realizado una correcta ponderación de los valores en conflicto, que la libertad de expresión se ejercitó en condiciones que, constitucionalmente, le confieren el máximo nivel de eficacia preferente y, en consecuencia, que la lesión inferida a la dignidad de clase determinada del Estado encuentra justificación en la protección que merece el ejercicio de dicha libertad, cuando, como ocurre en este caso, no traspasa los límites que se dejan anteriormente establecidos, aunque la opinión emitida merezca los calificativos de acerba, inexacta e injusta.

(Sentencia de 8 de junio de 1988. RA 57/87.—«BOE» de 25 de junio de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

#### ARTÍCULO 509

##### *Tenencia de útiles para el robo*

Del artículo 509 no es posible decir que contenga un tipo delictivo descrito en forma abierta que propicie o facilite el arbitrio judicial, pues su núcleo esencial está constituido por dos factores que se encuentran bien definidos, como son la posesión de instrumentos idóneos para cometer el delito de robo con fuerza en las cosas y la especial destinación o destino que su poseedor da a tales instrumentos, requisitos de los cuales el primero es de carácter predominantemente objetivo y el segundo de carácter subjetivo o intencional, habiéndose, además, de señalar que uno y otro deben situarse dentro del marco del artículo 1 del Código Penal vigente, que exige para todo tipo de delito la presencia de dolo o culpa. Y por lo que se refiere a la expresión, que constituye el tema materia de esta cuestión “no diera descargo suficiente...” ha de señalarse que desde el punto de vista de la tipicidad, ninguna reserva puede formularse, pues se trata, como es manifiesto, de un elemento de carácter negativo, que consiste en la falta de la especial destinación a que el precepto se refiere. Por último, ha de señalarse, que el precepto se encuentra, como es notorio, destinado a reforzar la protección de la propiedad y, en general, de la seguridad ciudadana, que son valores e intereses constitucionalmente legítimos, en el marco de los cuales el legislador penal puede definir una política criminal, que, cumplidos los requisitos establecidos en la Constitución, no compete a este Tribunal enjuiciar.

El precepto legal en cuestión ha sido objeto de un análisis y comentario, tanto en la doctrina de los autores como en la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, que no alcanza la deseada dosis de uniformidad. Las interpretaciones oscilan entre las tesis que lo consideran como un delito de mera sospecha, las que entienden que en él se castiga una situación de peligro abstracto y quienes piensan que se trata de una anticipación de la represión penal, que, en el caso concreto, se traslada de la tentativa o comienzo de ejecución a actos de carácter preparatorio. Son también muy variados los análisis que se realizan respecto de los elementos del tipo delictivo. Inicialmente es claro que el primero de ellos es la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo, que es, generalmente, el delito de robo en los casos a que se refiere el artículo 504 y que, aunque

el precepto menciona de manera singular las “ganzúas”, el tipo real se refiere a toda clase de instrumentos que posean aquella condición. Es claro, asimismo, que forma parte del tipo una especial destinación o destino de los instrumentos para la ejecución del robo, lo que supone, como recientemente ha dicho la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1987, un elemento tendencial que permite configurar la acción como acción típicamente antijurídica o, como también ha sido dicho, un aspecto de tendencia, de finalidad o de intención. Existe, por último, alguna notoria discrepancia doctrinal respecto del significado de la falta de descargo suficiente, pues no faltan tesis que incluyen esta falta de descargo dentro del tipo delictivo, mientras que existen otras que le dan un alcance y un sentido notoriamente diverso. No compete a este Tribunal terciar en lo que se puede considerar como una polémica doctrinal, lo que sería de todo punto impertinente, y únicamente se hace preciso recibir de tales antecedentes doctrinales los elementos precisos para enjuiciar y resolver las cuestiones propuestas. En este proceso, se han enfrentado dos posibles variantes de la interpretación del precepto sobre las que nuestro análisis deberá ahora versar, sin excluir la posibilidad de otras diferentes, que no es posible enjuiciar, porque no han sido objeto de debate.

a) De acuerdo con una primera, la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo hace presumir el especial destino a tal ejecución, a menos que el acusado facilite mediante el correspondiente descargo la prueba en contrario. Desde este punto de vista una antigua Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la de 23 de mayo de 1908, dijo que en este precepto se castiga la sola tenencia de los instrumentos por la presunción del mal uso que se propusiera hacer de ellos el culpable. Y más modernamente, la Sentencia de la misma Sala del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1983, al referirse al llamado aspecto tendencial, tendencia o finalidad que el precepto contempla, dice de ella que “queda acreditada o probada por una presunción *iuris tantum*, destruida o desvirtuada si se diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación”.

b) Existe, en segundo lugar, una segunda posible manera de entender el precepto, de acuerdo con la cual la posesión de los instrumentos, como la idoneidad de éstos para un delito de robo con fuerza en las cosas, y la especial destinación o destino por su poseedor a la ejecución de delito de tal tipo, corresponde siempre probarlas, como cualquier otro elemento inculpatario, a la parte acusadora, sin que por exigencia de la Ley tenga el acusado que realizar prueba alguna. En esta interpretación la idea del descargo suficiente posee un sentido distinto. No es una actividad necesaria del acusado, sino una actividad libre de éste, que alguna de las tesis mantenidas en el presente recurso considerará como una especial causa de justificación, aun cuando probablemente sea más exacto calificarla de libertad del acusado para alegar y probar una destinación diferente.

Tras lo dicho, resulta, como necesaria conclusión del análisis que se realiza, que la primera de las interpretaciones cuestionadas, es decir, la que antes ha sido expuesta bajo la letra a), es contraria a los dictados del artículo 24.2 de la Constitución y al derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo que no ocurre, en cambio, con la segunda de las interpretaciones propuestas. La primera de ellas es, como decíamos, contraria al artículo 24.2. Contiene una presunción en contra del reo que es la presunción de mal uso o la presunción de la tendencia o finalidad, que se considera además como *iuris tantum*, produciendo

una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo.

Llegados a este punto, parece obligado concluir que la disposición de ley enjuiciada no es en sí misma inconstitucional, pero que sí lo es alguna de las interpretaciones de que ha sido y puede ser todavía objeto. Ello impone la conveniencia de llegar a una Sentencia constitucional de carácter interpretativo, que tome, sobre todo, en consideración el principio de conservación de las disposiciones legales, en cuanto las mismas pueden ser interpretadas y aplicadas de conformidad con la Constitución.

(Sentencia de 8 de junio de 1988. C.I. números 269, 1.035, 1.059, 1.077/85 y 222/87.—«BOE» de 25 de junio de 1988.—Ponente: Luis Díez-Picazo.)

## V. LEYES ESPECIALES

### CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

#### ARTÍCULO 832.2

##### *Nulidad*

De otra parte, los fundamentos aducibles en casación están taxativamente determinados y prefijados por la ley, no siendo posible, con carácter general, introducir en los escritos de interposición motivos distintos de los previstos por el ordenamiento procesal positivo. Es cierto que, para paliar los inconvenientes de los angostos límites del recurso de casación y ante la insuficiencia de la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su jurisprudencia más reciente (Sentencias de 23 de mayo y 13 de junio de 1984, 3 de abril, 5 de julio y 1 de octubre de 1985, entre otras), ha admitido excepcionalmente la nulidad de actuaciones, tanto *ex officio* como a instancia de parte, cuando se trata de vicios procesales, no encuadrables estrictamente en los artículos 850 y 851 de dicha Ley, que supongan una infracción de normas procesales imperativas, especialmente si ello se traduce en una merma de las garantías reconocidas en el artículo 24 de la Constitución. Sin embargo, tratándose de un proceso penal militar, no puede oponerse objeción constitucional alguna al hecho de que, como ocurre en el Auto recurrido, se entienda que no es preciso utilizar idéntica fórmula ampliatoria, ya que el Código de Justicia Militar permite al Consejo Supremo de Justicia Militar enjuiciar los supuestos de omisión de alguna diligencia sustancial con vulneración de las normas procesales y menoscabo de las garantías de las partes como explícita causa de nulidad (artículo 832.2).

(Sentencia de 27 de abril de 1988. RA 202/85.—«BOE» de 25 de mayo de 1988.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

**LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL****ARTÍCULO 240.2***Nulidad. Sentencia definitiva*

Es cierto que la primacía de los derechos fundamentales no conduce ni puede conducir a una sucesión ilimitada de recursos judiciales, incompatible con el principio de seguridad jurídica que la Constitución consagra en su artículo 9.3. Como se sabe, ni siquiera la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, sea cual fuere su causa, es decir, incluso por violar alguno de los derechos fundamentales que la Constitución consagra, permite revisar procesos ya finalizados mediante Sentencia, aunque en ellos se haya aplicado la ley inconstitucional, y salvo el caso de los procesos penales o de las sanciones administrativas judicialmente confirmados (artículo 40.1 de la LOTC).

La cuestión que aquí se plantea no es, sin embargo, la de la necesidad de abrir una sucesión indefinida de recursos o la de suplir la falta de desarrollo legislativo del mandato contenido en el apartado segundo del artículo 53 de nuestra Constitución. El derecho fundamental para el que en el presente caso se solicita nuestro amparo no es un derecho fundamental sustantivo, sino de carácter procesal, el derecho al proceso público con todas las garantías, para cuya lesión ofrece nuestra legislación un amplio abanico de remedios, y, entre ellos, el de que el propio Juez o Tribunal declare de oficio y previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular (artículo 240.2 de la LOPJ). La cuestión es la de la legitimidad constitucional del inciso incluido en tal precepto (“antes de que hubiere recaído Sentencia definitiva”) que en la interpretación literal que el Juez sentenciador hace de él, le impide que, advertido en trámite de ejecución de la indefensión ocasionada, pueda remediarla y le obliga a dar firmeza a una decisión cuya antijuridicidad le consta. Una cosa es que, llegado un punto, la Sentencia judicial haya de entenderse irrevocablemente firme (a salvo de la posibilidad excepcional de la revisión), y otra bien distinta que el Juez, consciente de la indefensión de una de las partes se vea compelido por un precepto legal a imponer a ésta el cumplimiento de una decisión cuya invalidez él mismo proclama. En el ámbito, al menos del proceso penal, único al que ahora queremos ceñir nuestro análisis, una regulación legal de este género llevaría ineluctablemente a la necesidad de ejecutar las penas de privación de libertad y remitir a los penados a este Tribunal como sola instancia competente para devolvérsela.

De ser la única posible, esta interpretación resultaría difícilmente conciliable con el principio de primacía de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, cuya consagración en la Ley Fundamental vincula a todos los poderes públicos (artículos 53.1 de la CE y 7.1 de la LOPJ), y aún más, en especial de los protegidos por el recurso de amparo, que habrán de ser reconocidos, en todo caso, de acuerdo con su contenido constitucionalmente declarado “sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido” (artículo 7.2 de la LOPJ). Ello nos llevaría, necesariamente, a hacer uso de lo dispuesto en el artículo 55.2 de nuestra Ley Orgánica para llevar la cuestión ante el Pleno de este Tribunal.

No es necesario, sin embargo, acudir a esta vía, pues ni esta interpretación,

aunque ajustada a la literalidad del precepto, es la única que de él cabe hacer sin forzar sus términos, ni el pronunciamiento que en esta sede podemos hacer acerca de la interpretación constitucionalmente adecuada carece de la eficacia indispensable, ya que el artículo 5.1 de la tantas veces citada LOPJ impone a todos los Jueces y Tribunales la obligación de interponer y aplicar “las Leyes y Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Es cierto que el precepto contenido en el artículo 240.2 de la LOPJ condiciona la facultad del Juez para anular las actuaciones al supuesto de que no haya recaído Sentencia definitiva, pero este condicionamiento o limitación no puede ser entendido sino a través de su conexión lógica en el apartado anterior del mismo artículo 240, según el cual “la nulidad de pleno Derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinar efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales”. Esta norma, en la línea ya marcada por la Ley 34/1984, intenta acabar con la existencia de un incidente de nulidad de actuaciones, al margen de todos los recursos y del que se hacía, en ocasiones, un uso inmoderado. Nada hay que reprochar a esta decisión del legislador desde el punto de vista constitucional, en tanto en cuanto, efectivamente, quepa hacer valer a través de los recursos establecidos la existencia de defectos de forma que determinen efectiva indefensión y, en consecuencia, nada hay que oponer a un entendimiento rigurosamente literal del precepto contenido en el apartado segundo del artículo cuando la “Sentencia definitiva” recaída no fuera aún Sentencia firme por quedar abiertos frente a ella recursos ordinarios o extraordinarios. La situación es, sin embargo, distinta cuando la Sentencia definitiva es, además, firme, pues en ese caso, claro está, no existiendo ya frente a ella recurso alguno, la interpretación literal origina una antinomia. El Juez, consciente de la indefensión producida y obligado (artículo 7 de la LOPJ) a reconocer el derecho fundamental de los ciudadanos a no ser condenados sin ser oídos, se ve forzado a negar, sin embargo, este derecho, imponiendo una obligación de condena que sabe formalmente ilegítima. La existencia de la antinomia evidencia la imposibilidad de la interpretación literal y la necesidad de entender que, al menos, en supuestos como el presente, en el que la nulidad se origina en defectos de procedimiento, no de fondo, y afecta a garantías procesales sustanciales cuya transgresión no ha podido hacer valer anteriormente por ningún otro medio. Por Sentencia definitiva sólo puede entenderse la ya definitivamente ejecutada, de manera que pueda el Juez o Tribunal sentenciador, mientras no lo ha sido, de oficio y previa audiencia de las partes, declarar la nulidad de actuaciones, en lo necesario para restaurar a las partes en los derechos que garantiza el artículo 24 de nuestra Constitución y sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en el artículo 11.2 de la LOPJ.

(Sentencia de 8 de junio de 1988. RA 459/87.—«BOE» de 25 de junio de 1988.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)



## ARTÍCULO 248.4

*Indicación de los recursos*

V. Sentencia de 14 de julio de 1988 sobre *Indefensión*.—Artículo 24.1 de la Constitución Española.

**LEY ORGANICA 10/1980, DE 11 DE NOVIEMBRE, DE ENJUICIAMIENTO ORAL DE DELITOS DOLOSOS, MENOS GRAVES Y FLAGRANTES**

## ARTÍCULO 2. PÁRRAFO 2

*Juez imparcial. Instrucción y fallo. Causa de recusación y abstención*

La primera observación a formular es que en la Ley se haya creído necesario introducir la imposibilidad de recusar o de abstenerse “en todo caso” por la causa tantas veces citada, pues si el Juez en el procedimiento regulado por dicha ley no es Instructor, es evidente que no podría juzgar nunca el motivo de recusación contenido en el artículo 54.12 de la LECr. Pero esta observación no hace supérfluo el examen de qué debe entenderse por instrucción a los efectos que ahora interesan para considerar seguidamente si se da o puede darse tal instrucción en la Ley cuestionada. Dado que la forma típica que adopta la instrucción en nuestro Derecho es el sumario puede definirse la instrucción, de acuerdo con el artículo 299 de la LECr, como “las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delinquentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniaras de los mismos”. Instructor de una causa, será por tanto, el Juez que lleve a cabo esas actuaciones y participe de forma activa en la investigación. Es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le corresponde y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material lo que puede hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del encartado, quebrantándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora. Por ello es cierto que no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción ni permite recusar por la causa prevista en el artículo 54.12 de la LECr. Basta recordar que en el procedimiento penal ordinario las Audiencias Provinciales conocen en apelación de los Autos dictados por el Juez Instructor e incluso decretan de oficio las prácticas de nuevas diligencias al conocer el Auto de conclusión del sumario (artículo 631 de la LECr.). Es, como se ha dicho, la investigación directa, como se da en los casos citados o en otros en que podía pensarse lo que forma el núcleo esencial de una instrucción. Sentado esto, se advierte en primer término que la Ley Orgánica 10/1980 no prevé en el procedimiento por ella establecido una fase expresa de instrucción e incluso en el debate parlamentario correspondiente se dijo que se trataba de un proceso “sin instrucción”. Mas del examen de su articulado se desprende que se asignan

al Juez actuaciones que en algunas ocasiones pueden calificarse de instructoras y que no son simplemente unas primeras diligencias que no suponen dirigir el procedimiento contra nadie, como ocurrió por ejemplo en el caso previsto en el artículo 303 de la LECr. en el que la circular del Ministerio Fiscal de 10 de abril de 1911, entendió que el Juez que realizaba las diligencias previstas en dicho precepto no asumía funciones de Instructor. En efecto, aunque quizá para salvar la dificultad que supone la intervención del Juez en la fase anterior al juicio oral, la Ley cuestionada, en su artículo 3.1 encomienda a la policía judicial con un cierto carácter autónomo la realización de los actos de investigación pertinentes con arreglo a la LECr., lo cierto es que el Juez no queda desvinculado de la investigación. Además de actos estrictamente de comunicación y ordenación procesal para dar al procedimiento la substanciación que corresponda (artículo 5.1 y 2) y de otros como los previstos en los artículos 3.2 (aportación de las certificaciones de antecedentes penales) y 9 (acreditación de la sanidad del lesionado), que pueden considerarse ajenos a la investigación y no integrantes de una actividad instructora, la Ley encarga al Juez otras actuaciones. Así, el Juez, que debe oír la declaración del detenido, puede realizar en ocasiones un verdadero interrogatorio, lo que implica el riesgo de provocar una primera impresión sobre su culpabilidad o inocencia. Debe decidir también sobre su situación personal de acuerdo con lo establecido en los artículos 503 y 504 de la LECr., es decir, sobre la prisión provisional del detenido (artículo 5.1 de la Ley Orgánica 10/1980). Esta última decisión exige del Juez, por regla general, una valoración, por lo menos indiciaria, de la culpabilidad, consecuencia de la investigación, pues para decretar la prisión provisional es necesario entre otros requisitos "que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el Auto de prisión» (artículo 503.3 de la LECr.). Otras actuaciones que la Ley Orgánica 10/1980 prevé como posibles pueden revestir también carácter de instructoras. Así, el deber de resolver el Juez en los casos de querrela y denuncia con arreglo a la LECr. (artículo 3.3 de la Ley Orgánica 10/1980), lo cual supone que el Juez debe proceder a la comprobación del hecho denunciado (artículo 269 de la LECr.) o a practicar las diligencias propuestas en la querrela, salvo las que considere contrarias a las leyes o innecesarias o perjudiciales para el objeto de aquella (artículo 312 de la LECr.); o la celebración anticipada de las pruebas que no puedan practicarse en el juicio oral (artículo 8 de la Ley Orgánica 10/1980). Por último, hay que señalar que el Juez conserva la dirección de esta fase preparatoria y puede no sólo acordar *ex officio*, sino practicar él mismo cualquiera de los actos de investigación establecidos en la LECr. e instrumentalizar formalmente dicha actuación a través de las diligencias previas de los artículos 789 y siguientes de la misma Ley (artículos 3, 9, 5.2 y disposición final de la Ley Orgánica 10/1980).

Lo que se acaba de exponer no conduce, sin embargo, a la consecuencia de que sea inconstitucionalidad de la acumulación de las funciones instructora y juzgadora acarree la imposibilidad de aplicarla. Pueden darse casos, en efecto, en que en este procedimiento no se produzca una verdadera actividad instructora, en cuyo supuesto no habrá lugar a la abstención o la recusación. Pero aun el caso en que el Juez haya realizado diligencias instructoras, al absenerse o al ser aceptada su recusación, entrarán en juego los mecanismos de sustitución previstos legalmente (artículos 55 de la LECr. y 227 de la LOPJ) como en los demás

casos de abstención o recusación. No se oculta a este Tribunal que la obligada separación entre la función instructora y la juzgadora afecta a un principio organizativo del procedimiento regulado por la Ley Orgánica 10/1980 y que, en consecuencia, los efectos de la aplicación de la causa de abstención o recusación aquí examinada son más amplios y más complejos que los que se provocan por la aplicación de otras causas que sólo actúan muy esporádicamente. Ello conduce a que sea sin duda el legislador quien debe asumir la tarea de reformar ese procedimiento o sustituirlo por otro, removiendo los riesgos que el procedimiento actual crea tanto para los derechos fundamentales como para la buena marcha y eficaz funcionamiento del proceso.

(Sentencia de 12 de julio de 1988. CI números 1.344/87 y 1.412/87.—«BOE» de 8 de agosto de 1988.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

Como ha dicho la Sentencia 145/1988, de 12 de julio, el hecho de haber tenido que reunir el Juez el material probatorio necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le correspondan y consecuentemente el haber estado en contacto directo —sin las garantías de publicidad, defensa y contradicción propias del juicio oral— con las fuentes de donde procede ese material probatorio, puede hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del encartado, quebrantándose su “imparcialidad objetiva”, que se intenta así asegurar mediante la separación entre la función instructora y la juzgadora, lo que ha sido una constante en el proceso penal en nuestra tradición jurídica desde la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que ahora adquiere relevancia constitucional como garantía del proceso protegida por el artículo 24.2 de la Constitución.

La investigación directa de los hechos con una función en parte inquisitiva y en parte acusatoria (dirigida frente a determinada persona) es la que puede considerarse integrante de una actividad instructora. Y esa actividad instructora, en cuanto pone al que lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, “puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible” pudiendo quebrar “la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar al justiciable, comenzando en lo penal, por los mismos acusados” (STC 145/1988, de 12 de julio).

En consecuencia, en el presente recurso hemos de comprobar si el Juez que conoció del juicio oral y que condenó al actor realizó efectivamente actividades de instrucción que hubieran podido influir en su ánimo y en su decisión fuera del conocimiento del asunto en el momento del juicio oral, lo que permitiría poner razonablemente en duda su imparcialidad “objetiva”, puesto que, como el propio demandante reconoce, no está en modo alguno en duda ni la “imparcialidad subjetiva” ni la rectitud personal del Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción. El examen de las actuaciones resulta así necesario para comprobar si, en su función de persecución judicial del delito, el citado Magistrado Juez llevó

a cabo actividades dirigidas a esclarecer el hecho, buscar al culpable y reunir el material probatorio para inculparle.

El órgano judicial —aparte de realizar algunas actividades procesales, que en modo alguno pueden considerarse propiamente como instructoras, como fueron la reclamación de antecedentes penales o la emisión de informes de conducta— se limitó a señalar fecha para la celebración del juicio oral, admitiendo las pruebas propuestas, aunque el acto del juicio hubo de aplazarse a petición del Letrado del recurrente. En el juicio oral se realizó efectivamente la práctica de pruebas propuestas por la parte. Todo ello permite entender que el Magistrado Juez de Instrucción no llevó a cabo actividad procesal que pudiera considerarse como de instrucción, sino que, como sostiene el Ministerio Fiscal, “únicamente ha practicado la ordenación formal del proceso, sin que realizara diligencia alguna que suponga averiguación, calificación o juicio sobre los hechos. No se puede admitir que el empleo de expresiones formularias y rituales tenga la consideración de actividades instructoras como pretende el actor”.

En consecuencia, en este caso concreto, al no haber realizado el Juez la doble función de instruir y fallar, no ha existido lesión del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución y la demanda ha de ser desestimada.

(Sentencia de 26 de septiembre de 1988. RA 463/87.—«BOE» de 14 de octubre de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

#### ARTÍCULO 10.6

##### *Expresión de las pruebas practicadas y su resultado*

V. Sentencia de 27 de junio de 1988 sobre *Motivación de las Sentencias*.—Artículos 24 y 120.

### **LEY ORGANICA 6/84, DE 25 DE JUNIO, REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO DE «HABEAS CORPUS»**

#### ARTÍCULO 2

##### *Juez competente*

Resulta aplicable al presente caso la doctrina contenida en la STC 199/1987. En el fundamento jurídico sexto de dicha Sentencia se afirma que la prohibición constitucional de Jueces excepcionales o no ordinarios no impide que el legislador pueda razonablemente en determinados supuestos, teniendo en cuenta su naturaleza, la materia sobre la que versan, la amplitud del ámbito territorial en que se producen y su trascendencia para el conjunto de la sociedad, disponer que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos se lleve a cabo por un órgano judicial centralizado sin que ello contradiga el artículo 24 de la Constitución. Tanto los Juzgados Centrales de Instrucción como la Audiencia Nacional —se precisa— son orgánica y funcionalmente, por su composición y modo de designación, órga-

nos 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 ese mismo fundamento jurídico, y en relación con la cuestión que ahora nos ocupa, este Tribunal ha declarado también que al regular el órgano judicial competente para conocer de las detenciones gubernativas presuntamente ilegales, el legislador está obligado a “considerar los posibles riesgos de ineffectividad de la tutela” y a “eliminarlos en la medida de lo posible”, pudiendo ser contraria a la Constitución una regulación que se despreocupara de la efectividad de la tutela judicial. Pero ha concretado que 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 que para el justiciable se derivan de ello imponen, en todo caso, una mayor diligencia del órgano judicial en orden a asegurar la efectividad de la protección y defensa judicial de la libertad, que le corresponde. Nada impide al Juez —señala— 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 de la Constitución Española, sino también los demás derechos fundamentales afectados en cada caso.

La conclusión principal que de dicha doctrina se desprende es la de la legitimidad constitucional de la atribución a los Juzgados Centrales de Instrucción de la competencia para conocer de las detenciones gubernativas practicadas en relación con las investigaciones concernientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. El Ministerio Fiscal aduce —y en ello centra su argumentación respecto a la vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española— que se trata también en el presente caso del Juez “predeterminado por la ley”, pues la atribución de competencia al Juez Central de Instrucción satisface los requisitos establecidos por este Tribunal en su Sentencia de 31 de mayo de 1983, ya que dichos Juzgados, cuyo régimen orgánico y funcional es el común, fueron creados, previamente, por la norma jurídica y fueron investidos de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho de que trae causa el recurso de amparo. Pero este aspecto no aparece cuestionado por la representación del recurrente, quien únicamente aduce la falta de legitimidad constitucional de los mencionados órganos judiciales centralizados.

(Sentencia de 20 de julio de 1988. RA 471/88.—«BOE» de 24 de agosto de 1988.—Ponente: Gloria Bugué Cantón.)

## ARTÍCULO 6

### *Auto de incoación. Recursos*

Es cierto que el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus* (Ley Orgánica (LOHC), únicamente declara inimpugnables a los Autos que acuerden la incoación de dicho procedimiento o a los que denieguen la solicitud promovida en tal sentido. Y el Auto impugnado en esta sede no presenta ninguna de estas dos características, pues se trata de una resolución en la que se acuerda la incompetencia del Juzgado de Instrucción

número 1 de San Sebastián y la consiguiente inhibición del mismo en favor del Juzgado Central de Instrucción de Guardia, resolución, por tanto, recurrible y frente a la cual es posible interponer, como indica el Ministerio Fiscal, el recurso de reforma y el subsidiario de apelación contemplados en los artículos 216 y siguientes y 789, *in fine*, de la LECr.

Cabe, sin embargo, entender —y así lo hace parte de la doctrina científica— que el Auto de inadmisión del procedimiento puede fundamentarse en la ausencia de un presupuesto procesal objetivo, como es la competencia del órgano judicial ante el que se impetra el amparo frente a una detención ilegal, en cuyo caso, tal como sostiene la parte actora, sería de aplicación el artículo 6 de la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de *habeas corpus*.

(Sentencia de 20 de julio de 1988. RA 471/88.—«BOE» de 24 de agosto de 1988.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

**TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS (REAL DECRETO LEGISLATIVO 3.050/1980, DE 30 DE DICIEMBRE)**

ARTÍCULO 57.1

*Efectos procesales de documentos respecto a los que no aparece justificado el pago*

Las características específicas que concurren en el caso que nos ocupa llevan a concluir que la limitación que el artículo 57.1 del Texto refundido impone a la eficacia de los documentos ante los Tribunales es contraria al artículo 24.1 de la Constitución. Por una parte, a diferencia de lo que sucede en los antedichos supuestos, las limitaciones derivadas del precepto cuestionado no guardan relación alguna con el objeto y la finalidad del proceso —se trata de un tributo cuyo hecho imponible es ajeno a la función jurisdiccional— e introducen una quiebra evidente entre el mundo sustantivo y el procesal, pues, mientras que no se niega validez al documento en el mundo de las relaciones sustantivas ajenas al proceso, se impide en la práctica el ejercicio de la correspondiente acción. Ello incide en el derecho a la protección judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, que obliga a una configuración del derecho a accionar ante los Tribunales que garantice una correspondencia entre el mundo de las relaciones sustantivas y el mundo procesal. Como señaló la STC 3/1983, el Derecho sustantivo y el procesal son dos realidades inescindibles, apareciendo así las formas procesales estrictamente conectadas con las pretensiones materiales deducidas en el juicio (fundamento jurídico 3.º). No obstante, la presunta irregularidad fiscal rompe dicha correspondencia y suspende la garantía jurisdiccional que es complemento obligado de toda norma de Derecho sustantivo.

De otra parte, no basta, como pretende el Letrado del Estado, con que el fin perseguido sea constitucionalmente lícito. De la doctrina de este Tribunal cabe deducir que las limitaciones impuestas al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no sólo han de responder a una finalidad constitucional-

mente legítima, sino que han de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo pretendido y no han de afectar al contenido esencial del derecho. Pues bien, en el caso considerado existe, sin duda, una falta de proporcionalidad entre el objetivo que se persigue —la recaudación del impuesto— y el modo en que se opera. Aquél podría lograrse por otros medios, entre los que cabría incluir la simple obligación por parte del Juez de comunicar a la Administración tributaria la existencia del documento sin liquidar y, sin embargo, se establece una medida que por de pronto interfiere en el ejercicio del derecho fundamental, obstaculizando el derecho a la acción que forma parte del contenido esencial del mismo, y que implica una evidente reduplicación de los medios ejecutivos de la Administración —para cuyo ejercicio basta el conocimiento del hecho y las circunstancias de la omisión del pago del tributo— que desnaturaliza el ejercicio de la función jurisdiccional, haciendo tomar parte activa al órgano judicial en la gestión de la obligación tributaria pendiente y atribuyendo a dicha gestión un carácter preferente.

Existen, de otro lado, supuestos en los que la aplicación del precepto cuestionado no impide el ejercicio de la acción, pero niega fuerza probatoria a determinados documentos. En estos casos, el referido precepto limita las posibilidades de prueba de la parte a la que interesa la presentación de los mismos frente a la contraparte, que se ve injustamente beneficiada por el obstáculo que la carga fiscal significa para el acceso del documento al proceso. Y, en todo caso, el incumplimiento de la carga fiscal, sea imputable a la parte o no lo sea, falsea el resultado del proceso, haciéndolo depender de la regularidad en el cumplimiento de las obligaciones fiscales de una de las partes, con la consiguiente quiebra de los principios que tratan de establecer un equilibrio entre las mismas en orden a la formulación de alegaciones y aportación de medios de prueba, con el fin de asegurar la justicia material de la decisión. El artículo 57.1 del Texto Refundido incide así en el derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de los derechos e intereses legítimos, limitación esta última que puede colocar a la parte en una verdadera situación de indefensión cuando el documento resulta decisivo para la defensa de sus pretensiones.

Es cierto que las consecuencias que de la aplicación de dicho precepto se derivan para el interesado en ciertos supuestos —especialmente cuando la prueba documental puede ser sustituida por otros medios probatorios— no son tan graves como las que se originan cuando de hecho queda obstaculizado el ejercicio del derecho a la acción, pero, en cualquier caso, se trata de una limitación innecesaria al ejercicio de derechos reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución, pues, como hemos señalado, la finalidad de la medida puede conseguirse sin afectar a los mencionados derechos.

El Ministerio Público considera que el obstáculo fiscal no resulta de especial trascendencia, pues, en todo caso, la falta de pago del impuesto puede subsanarse, pero dado que el fin perseguido puede lograrse mediante una simple comunicación a la Administración tributaria, tampoco encuentra justificación el que, una vez realizada ésta, se paralice el proceso hasta que dicho defecto sea subsanado, originando así una dilación en el mismo, que, al no responder a finalidad alguna, puede calificarse de indebida.

Finalmente, la rigidez del precepto puede agravar las anteriores conclusiones.

Por una parte, en él no se contiene la reserva de algunos de sus antecedentes históricos, en el sentido de prever que la parte a quien interesa la presentación del documento pueda ser la no obligada fiscalmente al pago, en cuyo supuesto, a la perturbación de su actuación procesal, se suma la necesidad de hacer frente al pago de una deuda tributaria que no le corresponde. De otra, el precepto se aplica a todo caso de incumplimiento fiscal, sea imputable a la parte o no lo sea, como ocurriría si no se creyese obligada al pago o no se hallase en situación económica de poder hacerlo, y no salva los supuestos en que exista discrepancia en cuanto a los elementos determinantes de la deuda tributaria y el acto de liquidación no haya ganado firmeza al estar recurrido y pendiente, por lo tanto, de resolución definitiva. El artículo 57.1 obliga en todo caso a justificar el pago, o bien la exención o la no sujeción, situaciones jurídicas declaradas o negadas unilateralmente por la Administración. Consecuencia de ello es que el interesado, para evitar el efecto obstativo del mencionado precepto, tiene forzosa-mente que pagar la cantidad que la Administración le señale y si, pese a ello, quiere promover reclamación económico-administrativa y utilizar las vías de recurso contra dicha liquidación puede sin duda hacerlo, pero, al tener que satisfacer en todo caso la deuda tributaria que discute, se le está aplicando en definitiva —indirectamente— la regla *solve et repete*, todo lo cual supone también, en relación con la liquidación impositiva realizada por la Administración, una agravación de la limitación de la tutela judicial efectiva, en el sentido de obstáculo reduplicado para acceder a los Tribunales y defender ante ellos los propios derechos e intereses.

Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión de que resulta inconstitucional la limitación de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución que el precepto cuestionado encierra, en cuanto prohíbe que sean admitidos o surtan efecto en los Tribunales documentos sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, respecto de los cuales no se haya satisfecho dicha obligación tributaria. Ello conduce a declarar nula la inclusión del vocablo "Tribunal" en el artículo 57.1 del Texto Refundido de la Ley del mencionado impuesto, entendiéndolo incluidos dentro de él las Oficinas y Registros Judiciales.

(Sentencia de 12 de julio de 1988. CI 865/84 y 41/85.—«BOE» de 8 de agosto de 1988.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)



# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Profesor Titular de Universidad.  
Abogado del Estado

## ARTICULO 8.7.ª. ESTADO DE NECESIDAD. DOCTRINA GENERAL

*(STS de 8 de abril de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)*

**Primero.** La eximente de estado de necesidad, nacida en el Código penal de 1848 y reformada en los textos de 1932 y 1944, tiene como requisito básico la propia colisión de derechos, bienes jurídicos o intereses, de manera que haya un peligro real e inminente de un daño grave contra el que se reacciona con un comportamiento objetivamente tipificable como infracción penal. Por otra parte, la jurisprudencia es constante en el sentido de que toda eximente, al igual que toda circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, precisa, para su extimación, de prueba similar a la exigida en relación con los elementos integrantes del propio núcleo delictivo. En el caso examinado bastan esas dos consideraciones para rechazar el doble reproche por la inaplicación de dicha eximente (como completa o, subsidiariamente, incompleta, según los motivos primero y segundo, amparados ambos en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). No sólo el relato fáctico omite toda referencia a la pretendida situación de angustia económica, sino que, según se lee en el tercer «considerando» de la sentencia recurrida, «no consta ni está acreditado en autos que Juan estuviera en paro» y, ciertamente, hasta la existencia de los «tres niños de cortísima edad» en que hace hincapié la impugnación carece de todo apoyo en los hechos probados, intocables e inmodificables por la vía casacional elegida. De otro lado, sabido es el carácter subsidiario que ha de tener la acción cubierta por la eximente, como único medio de eludir el peligro o escapar de la situación de necesidad, sin que el paro laboral sea por sí suficiente para llenar aquel requisito (S. de 7 de mayo y 18 de junio de 1985, 16 de julio de 1986 y 3 de diciembre de 1987), sobre todo cuando no se ha acreditado siquiera el intento de resolver las carencias acudiendo a la Seguridad Social o la Beneficencia (véase por todas la reciente sentencia de 4 de diciembre de 1987), y sin olvidar, por último, que el atraco a un banco, en el que se obtiene un botín de 650.000 pesetas no parece corresponderse con la satisfacción de necesidades vitales inmediatas, más o menos próximas al supuesto contemplado por la doctrina del hurto famélico.

### ARTICULO 9.10.<sup>a</sup>. REGIMEN PENAL DE LAS ATENUANTES POR ANALOGIA

(STS de 4 de mayo de 1988. Pte. Sr. Jiménez Villarejo)

**Primero.** En el único motivo de impugnación formalizado en el recurso, amparado en el artículo 849, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción, por inaplicación indebida, del artículo 66 del Código penal, en que se dice ha incurrido el Tribunal de Instancia no imponiendo la pena inferior en uno o dos grados a la correspondiente al delito apreciado, pese a haber reconocido concurrió en el hecho la eximente incompleta prevista en el artículo 9, número 1.º, en relación con el artículo 8, número 1.º, ambos del mismo texto sancionador. Se trata evidentemente de un recurso de imposible acogimiento en tanto reposa en una equivocada lectura de la sentencia que mediante el mismo se combate. Pues, si bien es cierto que la apreciación de una eximente incompleta produce forzosamente los efectos penológicos que los recurrentes pretenden para sí, no lo es menos que, en el caso que nos ocupa, no es posible derivar tales efectos por la sencilla razón de que en la sentencia recurrida no fue la eximente incompleta de enajenación mental la circunstancia atenuante que fue estimada en los procesados, sino la que, por tener análoga significación a las citadas, pudo ser aplicada de acuerdo con el número 10.º del artículo 9 del Código penal, circunstancia ésta que no puede recibir legalmente el privilegiado tratamiento que se regula en el artículo 66 del mismo Código. No existiendo, en consecuencia, en la resolución de la Audiencia el «error iuris» que se le reprocha, es claro que la única respuesta que cabe dar al recurso es su desestimación.

### ARTICULO 22. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. RELACION DE DEPENDENCIA

(STS de 15 de abril de 1988. Pte. Sr. García Miguel)

**Segundo.** El tercero de los motivos del recurso de la acusación particular se interpone por el mismo cauce procesal que el anterior, y se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 22 del Código penal, por no haber condenado como responsable civil subsidiario a «Fuerzas Eléctricas del Noroeste, S. A.» (FENOSA), más también este motivo ha de decaer por las razones siguientes: Como ya se ha venido declarando reiteradamente por este Tribunal, atendiendo a criterios sociológicos y teleológicos más propios de una jurisprudencia de intereses que de una hermenéutica conceptual, se anticipó primero y siguió fielmente después, el mandato contenido en el número 1.º del artículo 3.º del Código civil, y atendiendo a la realidad social del momento, vino ensanchando con criterio progresista y de amplio contenido social, para proteger a las víctimas de los crecientes riesgos producto de los avances técnicos e industriales de la vida moderna, el ámbito de aplicación del artículo 22 del Código penal, llegando a un *prudente objetivismo*, pero sin llegar a consagrar una radical objetivización que no permite la normativa todavía en vigor, por ello no ha llegado nunca a sancionar supuestos en los que no hay *relación de dependencia* o servicios entre el autor de la infracción criminal y el supuesto responsable civil subsidiario, como aconteció en el presente caso en el que el autor material del hecho punible que

fue condenado en la sentencia recurrida como dependiente de la empresa «Montajes Madrid», que según el resultado de hechos probados era la empresa a la que había adjudicado la obra de Comisión Provincial de Servicios Técnicos, por lo que, como acertadamente se dice en la resolución recurrida no tenía la menor relación con FE-NOSA, faltando, pues, el elemento básico de la responsabilidad subsidiaria.

#### **ARTICULO 61.5ª. ATENUANTE CALIFICADA. DESGRAVACION. DISCRECIONALIDAD**

*(STS de 4 de abril de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)*

**Unico.** El único motivo del presente recurso, en el que, con apoyo en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la aplicación errónea de la **regla 5.ª del artículo 61 del Código penal**, en relación con la atenuante 8.ª de su artículo 9.º, no puede prosperar. **Es revisable en casación el juicio sobre la calificación o no de la atenuante** (SS. de 25 de octubre y 2 de noviembre de 1961, 16 de octubre de 1968, 20 de enero, 22 de marzo y 10 de mayo de 1976, 20 de enero de 1985, 20 de mayo de 1986 y 25 de septiembre de 1987), **pero escapan de tal control tanto la rebaja misma de la pena en uno o dos grados** (SS. de 6 de julio de 1962, 26 de diciembre de 1969, 20 de enero de 1976, 18 de enero de 1977, 4 de mayo y 17 de diciembre de 1981 y 5 de mayo de 1986, frente a la fallida tendencia favorable a la imperatividad de la rebaja, recogida, quizá por razones históricas, pero contra el tenor literal del precepto, en las SS. de 7 de mayo de 1962 y 18 de enero de 1965), **como la elección entre aquellos grados** (SS. de 18 de enero de 1977, 30 de enero de 1982, 8 de febrero de 1984 y 25 de septiembre de 1987), **al igual que sucede también en lo que atañe a la aplicación de grado dentro ya de la pena degradada** (SS. de 21 de febrero y 15 de marzo de 1982 y 5 de junio de 1986). Conforme a lo dicho, la individualización penal realizada por el Tribunal de Instancia, es decir, la rebaja en un grado de la pena de reclusión menor correspondiente al autor de un delito de homicidio consumado, y la determinación última de la sanción en el dintel del grado mínimo de la prisión mayor, se enmarca dentro de la discrecionalidad absoluta que le concede la repetida regla 5.ª del artículo 61 del Código penal.

#### **ARTICULO 66. EXCLUSION DE LAS REGLAS GENERALES DEL ARTICULO 61**

*(STS de 23 de febrero de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)*

**Segundo.** El argumento anterior sería innecesario, además, si se entendiera, como aquí expresamente se hace, que **las reglas del artículo 61 del Código penal no juegan ya dentro de la pena rebajada en uno o dos grados a tenor del artículo 66 de dicho texto lega**. Ciertamente es que la jurisprudencia ha venido estimando que esa pena degradada actúa después con una cierta autonomía, de forma que le serían de aplicación las disposiciones generales para determinar el grado de imposición final (SS. de 18 de enero de 1973, 15 de noviembre de 1976, 1 de julio de 1980, 19 de diciembre de 1981, 17 de junio, 10 de julio y 21 de noviembre de 1986 y 18 de noviembre de

1987, por citar sólo algunas), pero también lo es que la posición contraria, de la que no faltan ejemplos jurisprudenciales (así, las SS. de 25 de mayo de 1973, 30 de enero de 1974 y 15 de octubre de 1981) cuenta a su favor con algunos argumentos difícilmente rebatibles: A) La interpretación histórica, por cuanto el artículo 73 del Código de 1848 sólo preveía la aplicación de la pena inferior en un grado, de modo que la frase «imponiéndola en el grado que los Tribunales estimen correspondiente» se refería ya, *sin la menor duda, a los grados internos de esa pena inferior. El texto se mantiene fundamentalmente en el Código penal de 1870, si bien en éste, como en los de 1932 y 1944, el Tribunal pueda optar entre rebajar la pena inicial en un grado o en dos.* B) Pese a la confusa redacción del artículo a partir de 1870, la exégesis gramatical permite concluir que esa referencia final al «grado que los Tribunales estimaren convenientes» sólo cobra sentido en sus propios términos, o sea como oración complementaria y circunstancial de la principal, que es precisamente la que gira sobre el verbo «aplicar» y obliga a imponer la pena inferior en uno o dos grados. La doctrina suele aceptar sin reservas que tanto la interpretación histórica como la gramatical apuntan en la misma dirección aquí defendida. C) **El amplio arbitrio judicial para rebajar la pena en uno o dos grados se compagina mal con las minuciosas reglas del artículo 61 del Código penal, diluyéndose éstas en aquel marco de mayor discrecionalidad. Lógicamente, la elección debe operar sobre una penalidad representada en línea continua —sin quiebra o vacíos inexplicables— que se corresponda con la gravedad, también ininterrumpida, de las innumerables modalidades y matices con que la conducta criminal puede manifestarse.** Resulta inaceptable que, supuestas la concurrencia de una atenuante ordinaria en un homicidio (amén de la eximente incompleta), el Tribunal haya de optar entre el grado mínimo de la prisión mayor y el de la prisión menor, prescindiendo de los grados máximo o medio de ésta. Con tal proceder, se será frecuentemente injusto, unas veces por exceso y otras por defecto. Cabe decir que el Derecho —también el penal, y más exactamente el que atañe a la individualización punitiva— tiene, como la física, horror al vacío. Y D) La conclusión alcanzada para el artículo 66 coincide en sus efectos con la admitida expresamente en los supuestos de la regla 5.ª del artículo 61 del repetido Código penal.

#### **ARTICULOS 112.6.º y 113. PRESCRIPCIÓN DEL DELITO. PARALIZACIÓN DE LA CAUSA. INJURIAS**

*(STS de 25 de abril de 1988. Pte. Ruiz Vadiello)*

**Tercero.** En estas circunstancias es procedente examinar el instituto de la **prescripción**, su naturaleza y contenido y el perfil que a la misma ha dado la jurisprudencia de esta Sala.

En términos generales la prescripción consiste en la exclusión de la pena impuesta o a imponer por el transcurso del tiempo. Se trata, en definitiva, de una renuncia al ejercicio del poder punitivo del Estado por el paso del tiempo, teniendo en cuenta que por esta sola circunstancia la razón de la persecución se debilita o extingue y los fines de la pena resultan ya inalcanzables. En este sentido la doctrina científica se refiere a los principios específicos del Derecho penal (mínima intervención, correlato delito, necesidad de reacción social, efectos sobre el condenado, etc.) y la incidencia que sobre ellos ejerce el tiempo. Todavía hay

que agregar que para algunos autores el transcurso del tiempo no sólo deja de justificar la persecución, sino que ésta se transforma en inconveniente.

El Código penal distingue la **prescripción del delito**, es decir, de la acción para perseguirlo y de la **pena** una vez impuesta ésta e incluso comenzada a ejecutar y señala para el delito de injuria la prescripción de seis meses, sin duda en función de la especial naturaleza de esta infracción penal.

Por otra parte, como dice la sentencia de esta Sala de 5 de enero de 1988, constituye doctrina consagrada la de que **la prescripción debe ser estimada, concurrentes los presupuestos sobre los que se asienta** —paralización del procedimiento y lapso de tiempo correspondiente—, **incluso aunque la solicitud no se inserte en el cauce procesal adecuado y dejen de observarse las exigencias procesales** en aras de evitar la condena de una persona que por especial previsión y expresa voluntad de la Ley tiene extinguida la posible responsabilidad contraída pudiendo ser proclamada de oficio. Toda la doctrina de esta Sala, 1 de febrero de 1968, 31 de mayo de 1976, 22 de febrero de 1985, 21 de septiembre de 1987, 27 de junio de 1987, se inclina básicamente a través de una evolución paralela y profunda en orden a una importante aproximación y cuasi identificación de la prescripción penal con la caducidad, aplicable a instancia de parte o de oficio, para los delitos públicos y los privados, sin otras exigencias que las que de manera expresa aparecen en el Código penal. Se trata efectivamente de un **problema de legalidad ordinaria**, como ha declarado la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 1987, que obliga, sin duda a apreciar la prescripción, por encima de posibles deficiencias procesales, tan pronto como las exigencias de derecho sustantivo se han producido, porque de no hacerlo se faltaría al principio de coherencia político-criminal que preside la institución, dado que sería una grave contradicción imponer un castigo cuando los fines de más alta trascendencia y significación que informan al Derecho punitivo y a la pena son ya incumplibles. Así las cosas, si la providencia de 23 de mayo de 1984 (al folio 18 del rollo de la Sala de instancia) ordena hacer entrega de la causa para el trámite de calificación al Procurador señor Martorell en la representación que ostenta del querellante y la calificación se formula el 20 de febrero de 1985 (al folio 20) es obvio que entre una y otra resolución **la causa estuvo paralizada casi nueve meses**. Incluso si se constatan las diligencias de las comunicaciones, entregas y devoluciones a las que ya se ha hecho referencia, el resultado es el mismo. Desde el 23 de mayo de 1984 hasta el 7 de febrero de 1985 en que se comunica la causa al procurador querellante, el término transcurrido también excede con mucho de los seis meses aun descontando como hay que hacerlo el término concedido para calificar.

En su virtud, procede casar la sentencia y declarar la extinción de la responsabilidad criminal dimanante de esta causa en virtud de lo dispuesto en el artículo 112.6 del Código penal en relación con el 113, párrafo 4, y 115 (sic.) del mismo texto legal sin perjuicio naturalmente de las acciones que puedan ser ejercitadas en otra vía por el querellante si a su derecho conviniere y fueran procedentes.

**ARTICULOS 231 y 236. ATENTADO A AGENTE DE LA AUTORIDAD.  
ACTITUD INTIMIDANTE EN LA HUIDA**

*(STS de 21 de abril de 1988. Pte. Sr. Huerta y Alvarez de Lara)*

1. Es doctrina reiterada de esta Sala que para distinguir la conducta delictiva de simple resistencia a la autoridad o a sus agentes, tipificada en el artículo 237 del Código penal, de la resistencia grave, activa o agresiva, constitutiva del delito de atentado del número 2.º del artículo 231 del mismo Cuerpo legal, los Tribunales valorarán en cada caso el grado o la intensidad de resistencia ofrecida por el sujeto, y en el caso enjuiciado, según aparece del relato de hechos, el procesado mostró una voluntad decidida y maliciosa de no acatar y cumplir las órdenes o mandato de los agentes de la autoridad cuando le pidieron que se identificara, al emprender la **huida** corriendo, lo cual tan sólo constituía una **infracción penal de carácter leve**, pero, siguen diciendo los hechos probados, al oír las pisadas de un Policía Nacional que le perseguía, para tratar de asustarle, le **encañonó con una escopeta** de cañones recortados que portaba, lo cual supone ya un **acto de intimidación grave** y trascendente de resuelta rebeldía, frente al desenvolvimiento de los agentes de la autoridad en el ejercicio legítimo de sus funciones, por lo que procede estimar el recurso del Fiscal, en el que al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciaba la no aplicación del artículo 231 del Código penal, todo lo cual obliga a dictar sentencia segunda más ajustada y conforme a derecho.

**ARTICULOS 231 y 236. ATENTADO A AGENTE DE LA AUTORIDAD.  
DOLO DIRECTO DE SEGUNDO GRADO**

*(STS de 31 de mayo de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)*

Procede desestimar el único motivo del presente recurso por cuanto, si bien el delito de atentado a agente de la Autoridad requiere, conforme a los artículos 231.2.º y 236 del Código penal y a su exégesis jurisprudencial, no sólo un determinado **comportamiento objetivo** —aquí representado por el acometimiento consistente en golpes que produjeron heridas a dos de los tres policías contra los que se resolvió en su huida el acusado—, sino también un verdadero **elemento subjetivo del injusto** o ánimo tendencial de menosprecio hacia el principio de autoridad, es lo cierto que, sabido el carácter de Autoridad, agente de la misma o funcionario público que ostenta la persona atacada (extremo no discutido siquiera en esta impugnación), y a salvo supuestos especiales, como los de la grave extralimitación en el ejercicio de las funciones públicas o actuación a título particular, quien agrede conociendo aquella condición acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por **dolo directo de segundo grado**, según puede verse, por ejemplo, en las sentencias de 10 de julio y 14 de septiembre de 1986 y 1 de junio de 1987. Los razonamientos anteriores sirven también para rechazar la pretendida aplicación del artículo 237, en lugar de los citados más arriba, pues de un lado, aquel precepto se halla en relación expresa de **subsidiariedad** respecto al atentado, y de otro, la conducta del ahora recurrente superó

con mucho las modalidades pasivas de desobediencia o resistencia no grave, e incluso, la de resistencia grave (contemplada ya en el atentado), para, saltando incluso por encima de la intimidación (recogida igualmente en el artículo 231.2.º), concretarse en una agresividad física que afecta a la salud o integridad física de los referidos agentes.

#### ARTICULO 344. TRAFICO DE DROGAS. COOPERACION NECESARIA

(STS de 18 de abril de 1988. Pte. Sr. Barbero Santos)

**Unico.** 1.º El Ministerio Fiscal en su recurso, que se articula en un solo motivo, por infracción de Ley, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, plantea ante esta Sala la resolución de una de las cuestiones más difíciles y arduas de la dogmática penal: la distinción entre cooperador necesario y cómplice de un delito de tráfico de drogas. La inculpada no es, como por error de transcripción aparece en el fallo de la sentencia impugnada, Concepción Martínez Palma, sino Concepción Antúnez Palma, según resulta de la causa y del encabezamiento de la propia sentencia. En realidad, el Ministerio Fiscal la cuestión expuesta la propone como alternativa, ya que en primer lugar considera infringido, por no aplicación, el artículo 14.1.º del Código penal en relación con el 344, 1.º y 2.º.

2.º Concepción Antúnez Palma fue condenada, como cómplice, de dos delitos: de contrabando y contra la salud pública. Y el Ministerio Fiscal sólo recurre la calificación del segundo en lo que a la codelinuencia afecta. Según el hecho probado, tres marroquíes desembarcaron el 1 de agosto de 1986 en lugar próximo a Torremolinos 227, 500 kilogramos de hachís, que habían transportado desde Marruecos, y sobre las 4 horas de la madrugada del mismo día el cargamento lo trasladó uno de ellos «al domicilio de Concepción Antúnez (**rectius:** Antúnez) Palma y su esposo sito en la calle Capitán Eliseo, número 13, Bda. de la Milagrosa, donde fue intervenido por la Policía, que comprobó el perfecto conocimiento que la última procesada tenía de que los paquetes intervenidos contenían aquella sustancia». En el Fundamento de Derecho primero se complementa que Concepción «a sabiendas de la ilegalidad de su conducta cooperó a la ocultación de la droga en beneficio de los demás traficantes», y en el segundo se añade que responde criminalmente «en concepto de cómplice, pues sus actos simultáneos de cooperación no aparecen indispensables para la realización de los actos delictivos de los demás».

Autor, en sentido propio, es el que ejecuta (directamente) el hecho, que se integra por la posesión de drogas para traficar. El que posee drogas para traficar es el autor ejecutor del delito previsto en el artículo 344 del Código penal, en sentido estricto: conducta que el legislador regula en el número 1.º del artículo 14. El recurrente reconoce «que no resulta afirmado en la sentencia, ni es probable que se ajuste a la realidad, que Concepción tuviera el propósito de realizar por sí misma el tráfico respecto de los últimos adquirentes». Ha de añadirse que ni siquiera de ulteriores adquirentes. Aún más: de ningún adquirente. Claramente lo manifiesta el Juzgador de instancia: **la conducta de la procesada consistió en ocultar las drogas que poseía «alienonomine»— en beneficio de los demás traficantes.** No es posible considerarle por ello autora principal del número 1.º

del artículo 14 del Código penal: **no poseyó droga para traficar, sino para que los otros traficasen. No fue, pues, autora directa de un delito de tráfico de drogas.**

3.º El cooperador necesario y el cómplice no toman parte directa en la ejecución del hecho. Participan en el ejecutado por otro. Sin la participación del primero, el hecho no se hubiese ejecutado. Sin la participación del segundo, sí.

Es evidente que **no resulta fácil sustituir la colaboración prestada por Concepción Antúnez.** A las cuatro de la madrugada no son muchas las viviendas que abren sus puertas. Y menos aún las que «conociendo sus moradores la clase de objeto— facilitan el depósito de unas cantidades tan elevadas. Concepción presó una colaboración sustancial en la ejecución del delito. **Fue una pieza esencial, con dificultad fungible.** Su conducta se integra en el número 3.º del artículo 14 del Código penal.

#### **ARTICULO 321. INTRUSISMO. DOCTRINA GENERAL. ARQUITECTO Y DELINEANTES**

*(STS 21 de abril de 1988. Pte. Sr. Vivas Marzal)*

**Primer.** En el artículo 321 del Código penal se describe y pune una figura delictiva denominada usurpación de calidad y que, comúnmente, se conoce con el nombre de intrusismo profesional, constando, el precepto mencionado, tras la reforma penal de 1961-1963, de un tipo básico, en su primer párrafo, y, de un tipo cualificado, definido en su párrafo segundo; se trata de una infracción **formal o de mera actividad**, pues no precisa, para su perfección, de un resultado determinado, de **mero peligro** e integrante de **falsedad personal**, constituyendo un ejemplo de las denominadas leyes penales en blanco y preceptos punitivos incompletos, puesto que, independientemente de las penas que el artículo 321 señala, una gran parte de los elementos o requisitos de la infracción se hallan ausentes de la descripción penal y han de tomarse de preceptos extrapenales, generalmente de naturaleza administrativa, preceptos, nacionales e internacionales, que norman las funciones propias y características de determinadas profesiones, así como las condiciones y requisitos que habilitan para la obtención del título oficial que faculta para su ejercicio, título que puede estar reconocido legalmente o mediante convenio internacional. **Sujeto activo**, de la infracción estudiada, lo puede ser cualquiera que sea imputable y que ejerza los actos propios de una profesión, sin hallarse en posesión, ni haber obtenido, el correspondiente título oficial y habilitador, y sujetos pasivos lo son, de un lado, el Estado, el cual se reserva la potestad de conceder los referidos títulos, previos los estudios y haber cursado las disciplinas prevenidas y tras superar las pruebas oportunas, trasgrediendo, el infractor, lo legislado al respecto, desde el momento en que, no hallándose en posesión del título, ni habiendo cursado las enseñanzas y superado exámenes y pruebas, ejerce fraudulentamente los actos propios de una profesión para cuyo ejercicio carece de la habilitación legalmente regulada, de otro, los pertenecientes a la profesión de que se trate, los cuales ven cercenados y limitados sus derechos profesionales, sus emolumentos y el ámbito de su actuación profesional, por la



actuación de usurpadores que ejercen, los actos propios de esa rama profesional, sin haber obtenido el título oficial correspondiente, y, finalmente, la sociedad, para la cual es nocivo y perjudicial que personas ignaran e indoctas, que no han demostrado su suficiencia, ni se hallan capacitadas para el ejercicio de profesiones señeras, reglamentadas legalmente, efectúen de hecho los actos propios de las mismas con los riesgos y peligros inherentes. A propósito de esta figura delictiva, este Tribunal, en sentencias de 16 de abril de 1970, 27 de abril de 1972, 20 y 29 de enero y 19 de octubre de 1973, 2 de marzo, 8 de junio y 19 de diciembre de 1974, 28 de junio de 1975, 23 de febrero y 23 de marzo de 1983 y 4 de marzo de 1988, entre otras muchas, partiendo de la pluralidad de la expresión legal —«El que ejerciere **actos propios** de una profesión...»— ha declarado que para la perfección de la figura analizada no basta la comisión de un acto aislado perteneciente a una profesión cuyo ejercicio requiere la previa posesión de título oficial, puesto que dicho acto aislado y solitario puede constituir actuación de «mera benevolencia», sino que es menester una conducta profiada, persistente y continuada, llegando a exigir algunas de las citadas resoluciones, sin duda con exageración notoria, que, el sujeto activo, realice los mentados actos de modo habitual y hasta profesional. Sin embargo, las sentencias, también de esta Sala, de 21 de abril de 1969, 5 de junio de 1975, 26 de diciembre de 1981, 28 de septiembre de 1982 y 23 de enero y 19 de noviembre de 1984, sin perjuicio de declarar que es indispensable, una cierta «*assiduitas*», como soporte eficaz del injusto típico sentaron la doctrina conforme a la cual, la dinámica comisiva propia de esta infracción no requiere habitualidad y puede consistir, indiferentemente, en la realización de actos de ejercicio continuado o en la perpetración de un solo acto de condición momentánea, siempre que sea específico, idóneo y característico de la profesión presuntamente usurpada, añadiendo que, el requisito de la culpabilidad será de dudosa concurrencia en las actuaciones aisladas, de mera complacencia, emergentes o de uso y sin la contraprestación económica correspondiente y que lleva consigo el ejercicio profesional, cuyas actuaciones deben reputarse atípicas. Además, la sentencia de 20 de septiembre de 1985 se refirió a actos porfiados de ejercicio de la medicina, la de 3 de octubre del mismo año analizó un caso de actuación habitual y remunerada y las de 18 de octubre y 19 de diciembre de 1985, insistieron en que la dinámica comisiva típica de la infracción analizada no es preciso que sea habitual y que, por consiguiente, puede consistir, indiferentemente, en el ejercicio continuado o en un simple acto aislado siempre que sea idóneo y peculiar de la profesión usurpada, si bien, las actuaciones esporádicas, emergentes, de amistad o de mera complacencia, sin contraprestación, son atípicas e impunes. En resumen, este Tribunal, dentro de la variedad de las sentencias citadas, admite tanto la continuidad de actos propios de una profesión ajena, como la perpetración de un solo acto, pero, en este último caso, requiere, además de su idoneidad, que no sea esporádico, de amistad, de uso, de complacencia, emergente y gratuito.

**Segundo.** En el caso controvertido, prescindiendo de una legislación incompleta, fragmentaria y que no establece un nítido deslinde entre los actos propios de la profesión de doctor arquitecto o de la de aparejador o arquitecto técnico y los característicos de la profesión de delineante, lo cierto es que estos últimos tienen como misión propia y peculiar, semánticamente, la de trazar o levantar planos, así como la de representar, material y gráficamente, proyectos de cons-

trucción o de ejecución realizados por otros profesionales de superior rango y de más elevada titulación, no figurando, entre las funciones propias de esta profesión, las de diagnosticar el estado de los edificios y disponer o expresar la terapéutica adecuada para subsanar deficiencias por ellos verificadas. Esto, no obstante, **en el caso presente, el acusado delincente, que determinó el origen de las humedades de un edificio y, por escrito, expresó las medidas que habían de adoptarse para la eliminación de tales humedades, no cometió el delito de intrusismo profesional** a que se refiere el párrafo primero del artículo 321 del Código penal, y ello no porque se tratara de una actuación aislada y esporádica y no de una conducta porfiada y persistente, sino **porque procedió por amistad con el Presidente de una Comunidad de copropietarios de pisos por mera complacencia y con buena voluntad y sin percibir honorarios o contraprestaciones de clase alguna, lo que elimina el indispensable requisito de la culpabilidad**, cuyos elementos, cognoscitivo y volitivo, no se evidencian a lo largo de la narración histórica de la sentencia de instancia, donde ni late, ni aflora, ni fluye el propósito indispensable de usurpar las funciones y la calidad de otras profesiones, cercenándoles el ámbito de su misión específica y disminuyendo sus posibilidades de actuación profesional y la percepción de consecutivos honorarios.

**Tercero.** En lo que respecta al comportamiento del Presidente o Decano y del Secretario de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Delineantes de la Provincia de Pontevedra, los cuales visaron el informe escrito redactado por el otro acusado y que se aportó al litigio que la comunidad antedicha, entabló con el promotor del edificio de autos, no hay duda de su atipicidad y de que no constituye ni autoría material, ni cooperación necesaria —números 1.º ó 3.º del artículo 14 del Código penal—, puesto que el referido visado no tendió, como certeramente declara la Audiencia de origen, a reformar o potenciar la eficacia del informe, sino simplemente a dotarle de cierta autenticidad y a acreditar que el informante era miembro colegiado del referido organismo profesional, lo que dista muy mucho de solidarizarse con el contenido del susodicho informe o de identificarse con un acto cuya competencia podía no corresponder al delincente informante. Procediendo, por virtud de todo lo expuesto, en este fundamento, y en los anteriores, la desestimación conjunta de los dos motivos único de los recursos interpuestos por el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos de Galicia y por el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de la provincia de Pontevedra, respectivamente, amparados, uno y otro, en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 321 del Código penal.

#### **ARTICULO 334. TRAFICO DE DROGAS. POSESION EN AGUAS JURISDICCIONALES. CONSUMACION. CONTRABANDO. CONSUMACION**

*(STS de 26 de marzo de 1988. Pte. Sr. Barbero Santos)*

**Unico.** El recurso se interpone por un solo motivo, por infracción de Ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 344 del Código penal, y no aplicación del

artículo 3.3, en relación con el artículo 52 del mismo texto legal, al no considerar la existencia de tentativa como grado de autoría en la participación en los hechos (sic.). En contradicción con ello se añade a continuación que el Tribunal sentenciador calificó como delito sin serlo los hechos que declara probados, que la posesión de la substancia no implica que se destine al tráfico, y que no se localizó a la persona encargada de la posterior difusión de la mercancía.

La vía elegida por el recurrente —que una varios motivos en uno, lo que debería haber producido su inadmisión— le obliga al total respeto de los hechos probados. Y, según estos, **el procesado se encontraba a bordo de una embarcación, dentro de las aguas jurisdiccionales españolas**, en las proximidades de la costa, y al ser detectado por los servicios de vigilancia aduanero comenzó a arrojar bultos al mar, de los que se recuperó uno tan solo. Otros dos se encontraron en la embarcación. Los tres contenían un total de 75 kilogramos de hachís, que pretendían desembarcar, al recibir señales desde tierra, para su distribución y venta.

La posesión de una cantidad de droga que excede de la dedicada al propio consumo se estima, según doctrina constante de esta Sala, destinada al tráfico. Es evidente, por ello, que 75 kilogramos de hachís es posesión para traficar. Y cantidad de notoria importancia, ya que supera, y con creces, el kilogramo en que suele colocarse al límite para apreciar la agravación inherente al elemento normativo de la importancia notoria. **Por estructurarse la figura como un delito de peligro, no hace falta que el tráfico se produzca para que la conducta se consuma.** Basta que la substancia se posea con la finalidad de traficar, lo que en el caso que se analiza obviamente ocurre.

**El delito de contrabando también se ha consumado: ya que el hachís, género prohibido, se había importado clandestinamente en las aguas jurisdiccionales españolas, eludiendo los controles aduaneros.**

#### **ARTICULO 420.3.º. DEFORMIDAD DOCTRINA GENERAL. TABIQUE NASAL**

*(STS de 26 de mayo de 1988. Pte. Sr. Moner Muñoz)*

**Segundo.** El concepto jurídico de **deformidad**, que no coincide exactamente con el sentido o significación médico-legista del vocablo, equivale a toda irregularidad física, visible o permanente, o bien el estigma o tara fisiológica, consecutivos o residuales respecto a lesiones anteriores, y que sin convertir al sujeto pasivo en un monstruo, adefesio o esperpento, le hace pender su aspecto periférico normal, de un modo perceptible o apreciable «de visu», afectando a su anatomía externa, y no a su intelecto, de manera duradera, sin que el transcurso del tiempo subsane el defecto de que se trata, pudiendo recaer la imperfección en el rostro o en el resto del cuerpo, y que pueden consistir en cicatrices, pérdida de sustancias, de cabello, o piezas dentarias, costurones, manchas, malformaciones, claudicación, etc., como en general cualquier tipo de defecto físico que altere peyorativamente la apariencia externa del ofendido, menoscabando su natural conformación anterior al hecho delictivo, siendo intrascendente, la edad, sexo o profesión del sujeto pasivo, ya que **toda persona tiene derecho a un aspecto no repulsivo, o**

que resulte ser **disforme o imperfecto, como consecuencia de un acto agresivo**, pudiendo influir aquellos datos en supuestos de casos confusos o límites, por la poca extensión o perceptibilidad de estigma, y en *quantum* de la indemnización —cfr. SSTs de 11 de abril, 18 de noviembre y 1 de diciembre de 1986, 15 de abril, 1 de junio, 15 de septiembre y 27 de noviembre de 1987.

En relación con la nota de **permanencia**, una antigua sentencia de 5 de mayo de 1984 parificaba lo permanente con lo irreparable por la acción constitutiva de la naturaleza, y más recientes declaraciones —SS. de 30 de mayo de 1983 y 23 de abril de 1986— aluden a defectos duraderos o imperfecciones insubsanales por la acción del tiempo. Las sentencias de 28 de junio y 17 de julio de 1983 añadían que **las secuelas de las lesiones deben ser las apreciadas en el momento de juzgar los resultados de las mismas, después de un proceso normal de sanidad, sin que puedan ser consideradas las mejoras conseguidas mediante posibles intervenciones posteriores**, porque el resultado de la cirugía reparadora puede ser incierto, y no es susceptible de ser impuesto a la víctima, dado que el remedio quirúrgico nunca ofrece todas las garantías de éxito y envuelve un riesgo personal. Este criterio jurisprudencial arranca de lejanas resoluciones de este Tribunal y se ha aplicado a la cirugía plástica, en sentencias de 5 de mayo de 1980, 30 de mayo de 1983, 21 de enero de 1985 y 18 de noviembre de 1986.

**Tercero.**—Es, pues, innegable, conforme a la doctrina expuesta, aplicable íntegramente al caso enjuiciado, que las lesiones causadas por el recurrente, pueden incardinarse perfectamente en el número 3.º del artículo 420 del Código penal, por el que fue condenado por la Audiencia Provincial, tanto por el **desvío del tabique nasal visible**, y **consecuente dificultad respiratoria**, que pueden padecer determinadas personas, pero que no es válido alegar la generalidad de tal anomalía, cuando la misma tiene un origen violento, por la acción agresiva de alguien, como por el **movimiento de la pirámide o caballete de la nariz**, a causa de la fractura del etmoides, igualmente apreciable externamente, que llevan ambas lesiones, a una irregularidad física, externa, y duradera, aunque sean susceptibles de subsanación quirúrgica, por entrañar jurídicamente una deformidad, que le hace caer en el ámbito del número 3.º del artículo 420 aludido, todo lo cual hace decaer el motivo.

**ARTICULO 452 BIS D). PROSTITUCION. TERCERIA LOCATIVA.  
ENCARGADA. EXCESO EN LA LEGISLACION DELEGADA**

*(STS de 25 de abril de 1988. Pte. Sr. Moyna Ménguez)*

**Segundo.** La figura del encargado de los locales en los que se ejercita la prostitución no se menciona en la Base novena de la Ley de 23 de diciembre de 1961 que dio origen a la redacción vigente de los delitos relativos a la prostitución y concretamente del artículo 452 bis d), primer párrafo, del Código penal, y planteando el alcance de la llamada legislación delegada respecto a la Ley de Bases de que dimana y el tema del control judicial de la norma delegada desprovista de cobertura, la sentencia de esta Sala, de 2 de julio de 1980, cuestionando estos puntos en el ámbito de la legislación penal, aludía al principio de legalidad,

a la interpretación estricta de los tipos penales y la violación del principio de rango o de jerarquía normativa proclamado actualmente en el artículo 6.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 cuando el precepto penal va más allá de lo permitido por la Ley de Bases o delegante, añadiendo que de acuerdo con los principios informantes de los Convenios Internacionales y la legislación abolicionista, se castigará a los dueños, gerentes, administradores y personas que participen, a sabiendas, en la financiación de locales en los que se ejerciere la prostitución o corrupción, así como a las personas que **sirvieran** a los mencionados fines, pero tal mandato no fue trasladado con entera fidelidad al número primero del artículo 452 bis d) del Código penal, texto de 1963, puesto que añade al dueño, gerente y administrador, la del «encargado» del local que no figura en la Base mencionada, por lo que **la conducta** de este último **debe ser degradada, a efectos penales, a la inferior de persona servidora del negocio**, mencionada en el párrafo segundo del precepto citado. Ahora bien, impuesta al recurrente la pena privativa de libertad y la privativa de derechos (inhabilitación especial) en el límite inferior del grado mínimo de la prisión menor, y estando la pena pecuniaria dentro de los límites prevenidos (vid. artículo 63 del Código penal), el motivo segundo carece de practicidad casacional y debe ser desestimado.

#### ARTICULO 487. ABANDONO DE FAMILIA. DOCTRINA GENERAL

(STS de 20 de abril de 1988. Pte. Sr. Vivas Marzal)

1.º El delito de abandono de familia, previsto y penado en el artículo 487 del Código penal, como lo demuestra su incardinación en el Título XII del Libro II del referido Cuerpo legal, constituye una infracción contra la libertad y seguridad y, dentro de esta categoría delictiva, un hecho punible que atenta contra las instituciones familiares, siendo, asimismo, un delito **permanente**, de **omisión** del cumplimiento de ciertos deberes impuestos normativamente, **semipúblico**, pues sólo puede perseguirse previa denuncia de la persona agraviada, o, en su caso, del Ministerio Fiscal, extinguiéndose la acción penal por el perdón expreso o presunto del ofendido, cuyo perdón, previa audiencia del Ministerio Público, necesitara, para ser eficaz, la aprobación del Tribunal competente, y, finalmente, la descripción legal de esta infracción, supone paradigma o ejemplo de las denominadas **leyes penales en blanco** o preceptos punitivos incompletos, puesto que, una gran parte de sus elementos típicos no se hallan en el mencionado artículo 487, el cual ha de integrarse o completarse con el contenido de preceptos extrapenales, tales como los artículos 66, 67 y 68, 154 y 269, entre otros, del Código civil. **Sujeto activo** del delito analizado, lo puede ser quien, siendo imputable, ostente la calidad de cónyuge, la patria potestad, o sea tutor, mientras que, **sujeto pasivo** lo pueden ser cualquiera de los consortes, los hijos o descendientes menores o incapacitados para el trabajo, los ascendientes necesitados —véase párrafo segundo del artículo 487—, y, por último, los pupilos, esto es, las personas sujetas a tutela. La dinámica comisiva, mejor diríase, **dinámica omisiva**, radica en dejar de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes de asistencia de naturaleza económica o no, inherentes al matrimonio, a la patria potestad o a la tutela, deberes que se concretan, precisamente, en los preceptos extrapenales y de índole civil antes

mencionados, siendo indispensable además, para la perfección de la figura estudiada, que el incumplimiento de los deberes familiares obedezca o responda a cualquiera de estas causas generantes: el abandono malicioso del domicilio familiar o la conducta desordenada del cónyuge, del que ostenta la patria potestad o del tutor, habiendo sido, este Tribunal, quien, mediante las sentencias de 14 de febrero de 1974, 9 de mayo de 1975, 7 de febrero, 7 de abril y 30 del mismo mes de 1976, 8 de marzo de 1977, 14 de diciembre de 1978, 20 de marzo de 1979, 5 de diciembre de dicho año, 22 de febrero y 27 de octubre de 1980, 2 de junio de 1982, 23 de noviembre del mismo año, 18 de mayo de 1987 y 5 de abril de 1988, entre otras muchas, no sólo ha concretado lo que debe entenderse por conducta desordenada, sino que ha interpretado la expresión legal, «abandonare maliciosamente» precedida de la conjunción condicional, «si», las cuales equivalen a ausencia definitiva, o, al menos, persistente y prolongada, del lugar de residencia habitual de la familia, ausencia intencional o de propósito, encaminada, directa o indirectamente, como *finalidad próxima o remota*, a exonerarse del cumplimiento de los deberes inherentes al matrimonio a la patria potestad o a la tutela, sin que, para ello, exista causa o razón que lo justifique y legitime.

2.º En el caso enjuiciado, y tal como se describe en la narración histórica de la sentencia de instancia, el acusado, casado desde 1976, y con dos hijas, fruto de la citada unión, en el mes de enero de 1981, cuando las niñas tenían cinco y dos años, respectivamente, se ausentó, de modo definitivo, del domicilio familiar, sin que, desde entonces, haya tenido el menor contacto con su esposa e hijas, a las cuales no sólo no ha ayudado, ni material, ni espiritualmente, sino que no las ha vuelto a ver. Y habiendo sido condenado el acusado como responsable, en concepto de autor, de un delito de abandono de familia, contra la sentencia condenatoria, formaliza un solo motivo de casación, en cuyo desarrollo sostiene de un lado que el abandono del hogar obedeció a desavenencias conyugales y a dificultades económicas y, de otro, que no se ha acreditado que si dejó de cumplir sus deberes familiares lo fuera **puediendo hacerlo**; a lo que puede replicarse, en primer lugar, que las desavenencias conyugales o las dificultades económicas sólo hipotéticamente las admite, la Audiencia de origen, en el primer considerando de su resolución definitiva, y, de todos modos, si podrían explicar la ruptura con la esposa, nunca podrían justificar el desentendimiento, completo y absoluto, de sus deberes paterno-filiales, contraídos respecto a sus hijas, y, en segundo término que la falta de medios económicos o la penuria del acusado, alegadas pero no acreditadas de modo alguno, podrían servir de destipificación de su conducta, respecto a ciertos deberes como los de alimentar a su esposa e hijas, pero no obstante no se oponen al cumplimiento de otros deberes tan esenciales, como lo son el de tenerlas en su compañía, velar por las hijas, instruir las, educarlas y procurarlas una formación integral, para lo cual, más que medios económicos, se precisa simplemente buena voluntad, disposición propicia al cumplimiento de esos deberes y falta de deseo de liberarse de los mismos, ausentándose del domicilio familiar, de modo porfiado y persistente y sin mantener contacto alguno con su consorte e hijas durante un período superior a cinco años. Procediendo, en consecuencia, la desestimación del único motivo del recurso, basado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 487 del Código penal.

**ARTICULO 489 BIS. OMISION DEL DEBER DE SOCORRO. DEBER ESPECIFICO DEL CAUSANTE DEL DAÑO. CONCURSOS**

(STS de 23 de marzo de 1988. Pte. Sr. Bacigalupo)

El deber de socorrer a la víctima de un accidente ocasiona previamente por el omitente, surge del artículo 489 bis, tercer párrafo, del Código penal, en forma autónoma y no se identifica, en su intensidad, con el deber genérico que impone el primer párrafo de este artículo. Por esta razón se explica que ya el texto del último párrafo de esta disposición no condiciona expresamente la existencia del deber al desamparo de la víctima, dado que ante la cercanía en que estará, por regla, el causante del accidente, la víctima no estará nunca, con respecto a éste, desamparada.

Fuera del texto, hay razones lógicas que impiden aceptar la tesis mantenida en la sentencia. En efecto, si se admitiera que el deber de prestar socorro no surge cuando hubiere otras personas próximas al lugar del hecho, como sostiene la sentencia recurrida, se llegaría al resultado de que, en realidad, ninguna de las personas estaría individualmente obligada, toda vez que cada uno podría invocar que él no estaba obligado porque había otros presentes. Esto conduciría a la paradoja de que cuantos más sean los que pueden prestar ayuda, menos serían los obligados a llevarla a cabo.

Todo ello demuestra que **el deber del que ha causado el accidente es un deber específico proveniente de la acción anterior creadora del peligro y que constituye al causante del accidente en garante de las mayores lesiones que se deriven de su omisión** (en el mismo sentido, sentencia de este Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1987). El tipo de omisión contenido en el último párrafo del artículo 489 bis, es, en consecuencia, un tipo de aplicación subsidiaria que entrará en consideración cuando no se haya producido —como consecuencia de la omisión— un resultado mayor más gravemente penado según las reglas de la comisión por omisión.

Por lo tanto, el deber de socorrer que incumbe al que causó el accidente es un deber de especial intensidad que tiene diferencias cualitativas con el simple deber jurídico de solidaridad que afectan a quienes encuentran a una persona en situación de peligro o desamparo que no ha sido producido por ellos.

La diferencia de esta diferente posición del obligado a actuar en el caso del último párrafo previsto por el artículo 489 bis del Código penal, demuestra con claridad que el deber allí impuesto no puede estar neutralizado por la simple existencia de otros obligados a actuar, pues, en verdad, no sería correcto que un deber de mayor intensidad tuviera menos fuerza obligante que el deber jurídico del párrafo 1.º del artículo 489 bis del Código penal.

**Segundo.** Admitido por la existencia de otros obligados por el deber que impone el artículo 489 bis, primer párrafo, del Código penal, no neutraliza el deber de actuar del que causó el accidente, se presenta en esta causa la cuestión de la especie de concurso que se debe reconocer entre el delito de lesiones y daños culposos (arts. 420.3.º, 565 y 563 del Código penal) por el que el recurrente fue condenado y la omisión del deber de socorro (art. 489 bis, 3.º, del Código penal).

La decisión al respecto depende, como es claro, de la unidad o pluralidad

de sesiones que se debe afirmar en el complejo de un comportamiento activo y otro omisivo posterior. El solo enunciado de la cuestión pone de manifiesto que en el presente caso no se dan ni los elementos objetivos ni subjetivos de la unidad de acción. Los primeros por cuanto la imagen exterior del hecho muestra claramente que la concurrencia de un comportamiento activo y otro omisivo posterior comportan dos segmentos exteriormente bien diferenciados del suceso total. Los segundos, es decir, los subjetivos, por que la omisión posterior dolosa no puede haber sido, en principio, objeto de la misma decisión que la acción anterior culposa que produjo el accidente, cuando de los hechos probados —como ocurre en el presente caso— no es posible deducir que el autor se haya representado la eventual producción del accidente, es decir, cuando el primer aspecto del suceso responde a una culpa sin representación.

Consecuentemente, se debe admitir que en el presente caso se da una pluralidad de acciones que realizan en forma independiente tipos diferentes. Ello determina que sea de aplicación el artículo 69 del Código penal.

#### **ARTICULO 490. 2.º. SUBTIPO AGRAVADO POR LA VIOLENCIA. FUERZA EN LAS COSAS**

*(STS de 21 de abril de 1988. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)*

**Segundo.** Que ello es instalable en el tipo agravado previsto en el párrafo segundo del artículo 490 supuestamente vulnerado por aplicación indebida no resulta objetable a la luz de la reiterada doctrina de esta Sala, que tras varias oscilaciones ha venido estableciendo una **doctrina consolidada** que aunque no exenta de reparos corrige la precedente, al entender **equiparable la violencia o intimidación en las personas con la ejercitada «in rebus» siempre que se trate de fuerza material o real y no la prevista en los números 1.º y 4.º del artículo 504 del Código penal** (S., entre muchas, de 8 de mayo de 1973, 29 de enero de 1975, 13 de diciembre de 1979, 12 de junio de 1980, 18 de noviembre de 1981, 9 de junio de 1982, 5 de mayo de 1983, 21 de marzo de 1984, 25 de marzo de 1985, 16 de octubre de 1986 y 6 y 20 de noviembre de 1987). Ciertamente que a la luz del principio de legalidad del que la función de garantía de la tipicidad es simple corolario tal doctrina no parece exenta de crítica, más lo exacto es que constituye respuesta idónea a la interdicción de la impunidad delictiva y, en último término, no supone otra cosa que, como sucede en el similar supuesto del tipo delictivo de coacción, el parificar una intimidación directa con una indiscutiblemente presunta. Que se cortocircuite de tal forma la sucesión de los hechos no vulnera de forma alguna el derecho fundamental previsto con carácter general en los artículos 24 y 25 de la Constitución, ya que es obvio que tan incivil forma de acceso al interior del inmueble conlleva «ex se ipsa» la voluntad contraria del titular. **Procede, consecuentemente, desestimar con todas sus consecuencias legales el único motivo impugnativo.**



**ARTICULOS 500 Y 514. CONSUMACION DEL HURTO Y DEL ROBO.  
DISPONIBILIDAD**

(STS 9 de mayo de 1988. Pte. Sr. Díaz Palos)

1.º La teoría de la **consumación** de hurto (o del robo) es fértil en toda clase de interpretaciones en el Derecho penal. Tomando como base las distintas fases que recorre el proceso fáctico de la sustracción, es decir, la acción de este delito, se han formulado otras tantas teorías sobre el momento consumativo. Prescindiendo de algunas variantes terminológicas que no hace al caso y de la distinta interpretación que se ha dado al término **contractatio** con que los romanos caracterizaron siempre esta acción delictiva, cuatro son las referidas teorías o criterios: la del contacto o tocamiento de la cosa (**contractatio**); el de su aprehensión o asimiento (**apprehensio**); el que exige la remoción de la cosa del lugar en que se encuentra (**ablatio**); y, en fin, la que sólo se satisface con su traslado sacándola de la esfera de custodia del propietario con el consiguiente poder de disposición por el substractor (**illatio**). Eliminado el primer criterio, por su excesiva anticipación, los demás se han tomado en mayor o menor medida por el Derecho comparado: En Italia se exigió el cambio de puesto (**spostamento**) de la cosa, criterio espacial que en el Código vigente se ha sustituido por un criterio personal de que basta que se sustraiga la cosa a la disponibilidad del poseedor. El Derecho angloamericano exige tanto el tomar (**taking**) como el llevar la cosa (**carrying away**). Parece, pues, que ambos criterios: el de extraer la cosa del ámbito de custodia del propietario, como el correlativo poder de disposición de la **res furtiva** por el autor del delito se combinan como más seguros cánones hermenéuticos. En definitiva, es esta también la tesis imperante en España: Si el **tomar** las cosas ajenas como verbo nuclear del tipo delictivo del hurto en el artículo 514 del Código penal es equivalente del **apoderarse** empleado en el robo por el artículo 500, según doctrina jurisprudencial, es claro que además de remover la cosa del lugar que ocupaba, es menester que pase a manos y poder del sujeto activo, es decir, que este llegue a tener la disponibilidad fáctica, aunque no se haga efectivo el lucro perseguido, como lo confirma, desde el plano subjetivo, la sola exigencia del ánimo de lucro, necesario para la consumación jurídica. La consecución del beneficio patrimonial, pertenece ya a la fase económica del agotamiento del delito que queda extramuros del tipo. Si basta, por tanto, el poder de disposición, el delito de hurto (o de robo) queda consumado, aunque tal disponibilidad sea efímera y fugaz. Tal es el criterio de la jurisprudencia adoptado en multitud de sentencias que es innecesario citar en concreto.

2.º En aplicación de la anterior doctrina el único motivo del recurso ha de decaer, cuando postula como infracción de Ley, la falta de aplicación de los artículos 3.º, párrafo segundo, y 51 en relación con los artículos 500, 2.º y 4.º, todos del Código penal por entender que habiendo sido sorprendidos los procesados por la Policía cuando, tras abandonar el local en que tuvo lugar el robo, tal detención y recuperación de los efectos ocurrió cuando los inculpados habían recorrido de 50 a 50 metros de la misma calle en que está ubicado dicho establecimiento, no les dio tiempo material para que pudieran disponer de todo o parte de los bienes ajenos aprehendidos. Sin embargo, tal interpretación no es la de esta Sala. Antes expuesta, pues los dos procesados condenados como autores del

robo no sólo habían extraído ya las cosas de la esfera de custodia de su dueño una vez que abandonaron el local en que se guardaban, sino que durante un espacio y un tiempo, si se quiere mínimos, **pudieron disponer** de algún modo de los aparatos (esconderlos, entregarlos a un tercero como tantas veces ocurre en la **praxis**, hasta ser un modo típico de hacerlos desaparecer, o de otra forma cualquiera de disposición, incluida la propia destrucción.

**ARTICULO 501.1.º. ROBO CON HOMICIDIO DOLOSO. MUERTE EPISÓDICA. CULPABILIDAD. PLURALIDAD DE TITULOS DE IMPUTACION**

*(STS de 20 de mayo de 1988. Pte. Sr. Moyna Ménguez)*

**Segundo.** El tema de la imputación del resultado de muerte en el robo con homicidio episódico a los partícipes suscitado en el motivo segundo de Medina García y único de Flores Carillo— ha seguido un proceso evolutivo en el que pueden diferenciarse varias fases o etapas. **Primeramente**, coincidiendo con la conceptualización del robo con homicidio como delito cualificado por el resultado, se entendía que la muerte era imputable a todos los partícipes, utilizando como argumento una interpretación extensiva del párrafo segundo del artículo 502 del Código penal; **en una segunda etapa**, se siguió atribuyendo el homicidio a todos los partícipes, con base en la manida tesis del acuerdo previo o de la empresa delictiva, «societas scaeleris» que convertía a todos los partícipes en coautores, con independencia de si tomaron o no parte directa en la ejecución del hecho y con independencia de si su participación hubiere sido necesaria para el resultado; **en la fase final de esta evolución, que es la vigente**, la doctrina jurisprudencial (SS. de 26 de enero, 2 de marzo y 19 de mayo de 1987) parte, asimismo, del acuerdo previo, pero las exigencias culpabilísticas que derivan de la nueva redacción del artículo 1 del Código obligan a construir la responsabilidad del partícipe con base o asiento en el **dolo eventual**, es decir, requiriendo que el resultado mortal entre en las previsiones de los sujetos como probable, asumiéndole si llegara a producirse, asunción, ratificación o consenso que dota al dolo eventual del imprescindible contenido volitivo, y este dolo existe —exceptuando el supuesto de exclusión explícita y «a priori» de todo riesgo para la vida o integridad de los asaltados— cuando a través del acuerdo previo para cometer un robo violento conocen los partícipes el porte o empleo de armas o medios peligrosos o por notoriedad son sabedores de los antecedentes de agresividad del autor directo y de su insensibilidad o desdén hacia la vida o integridad física de los demás; consecuentemente, **si los partícipes convinieron en una acción intimidativa para los fines depredatorios que les guiaban desconociendo el porte o posible empleo de armas, se produce respeto de los mismos una ruptura del complejo delictivo de robo con homicidio, y su acción debe residenciarse en el número 5.º del artículo 501 del Texto penal.** En el caso «sub iudice» los acusados Muñoz Moreno y Florez Carrillo «al ver la cadena con medalla de oro que el sujeto llevaba colgada del cuello», y tras de comunicar tal idea a Medina García, «juntos los tres y puestos de acuerdo» exigieron la entrega y, al negarse, golpearon al hermano que le acompañaba, siendo en el curso de esta agresión cuando Muñoz Moreno sacó la navaja y dirigiéndola al tórax de la víctima produjo las heri-

das mortales; no parece, por tanto, desprenderse del relato que el acuerdo ocasional entre los acusados previera la eventualidad del uso de armas o medios peligrosos, pues únicamente cuidaron de que el número de los asaltantes fuera superior al de los asaltados para asegurar el éxito de la acción, siendo la muerte de la víctima del robo una contingencia inopinada para los recurrentes que no puede cargárseles en su haber con apoyo en la «no oposición a la utilización reiterada de la navaja» —no consta que los golpes de navaja estuvieran espaciados— o que hubiera influido de alguna manera o reforzado su presencia la inesperada decisión de Muñoz Moreno; debe apreciarse, en conclusión, la inexistencia del complejo y llevar la conducta de los recurrentes al campo del número quinto del artículo 501 del Código con estimación de los motivos arriba expresados.

#### **ARTICULO 501.2. ROBO CON VIOLACION. DOCTRINA GENERAL. PLURALIDAD DE VIOLACIONES. CONCURSO**

*(STS de 29 de marzo de 1988. Pte. Sr. Moner Muñoz)*

**A) El delito de robo con violación por el que han sido condenados los recurrentes, existe, como dicen las sentencias de esta Sala de 8 de abril y 30 de octubre de 1987, siempre que en el curso de un ataque violento o intimidatorio contra la propiedad surge, como un añadido, el ataque a la libertad sexual que integra el delito de violación, de tal manera que es preciso, para que el delito complejo surja y constituya la unidad tipificada en el artículo 501.2 del Código penal, que el ánimo o tendencia inicial del agente sea el apoderamiento de lo ajeno, con lo que se excluyen los supuestos en los que la idea de robar aparece después de consumada la violación, pero no aquellos otros en que el dolo de yacer y el depredatorio sean simultáneos, o cuando siendo su primer designio el robar, el agente pospone la consumación de la sustracción a la satisfacción de su deseo sexual, en los que ambas infracciones se comprenden en un solo delito. Partiendo del relato histórico de la sentencia impugnada, que ha devenido intangible, una vez perpetrado el robo, aflora la idea manifestada de efectuar las violaciones, por lo que es correcta la incardinación que efectúa la Audiencia Provincial en el delito complejo, de los hechos realizados por los procesados, toda vez que la primera violación, sucede cronológicamente, y acompaña al robo, formando una unidad, tal como aquéllos se produjeron.**

**B) Tampoco puede discutirse que integrando el primero de los atentados sexuales perpetrados el delito complejo de robo con violación, el otro debe ser subsumido en el artículo 429.1.º, y sancionado acumulativamente con el anterior, según una reiterada doctrina jurisprudencial —confróntese sentencias de 12 de febrero de 1985 y 30 de octubre de 1987—, sin que, por tanto, pueda alegarse infracción del artículo 501.2.º y apartado 5.º del propio artículo, este último por inaplicación, toda vez que en el mismo no puede incardinarse la conducta de los recurrentes, y sí en el primero citado, y además, en el de violación del número 1.º del artículo 429 del Código penal: Procede, pues, la desestimación del motivo.**

### ARTICULO 501.5.º. MODALIDADES DEL ROBO INTIMIDATORIO

(STS 3 de mayo de 1988. Pte. Sr. Puerta Luis)

3.º Por lo que se refiere al segundo motivo del recurso, fundado en que, según los recurrentes, en la descripción de las conductas de los mismos recogidas en los números 3.º, 4.º y 5.º del «Antecedente Fáctico Primero» de la sentencia recurrida falta la referencia al elemento intimidatorio, esencial en las figuras de robo con intimidación (artículo 500 y 501.5.º del Código penal), procede igualmente su desestimación por las siguientes razones:

a) En cuanto al hecho tercero, porque en el correspondiente relato se dice que los procesados «exigieron» a la encargada del Bar Rosal —María de los Angeles González Fernández— la entrega de 5.000 pesetas, logrando coger «5.300 pesetas» de la caja registradora «tras amedrentar a los clientes que abandonaron el establecimiento». Es indudable, por tanto, que la inicial exigencia de dinero fue completada con una conducta adecuada para «infundir miedo» o «atemorizar» a las personas presentes, logrando con este medio coger de la caja registradora del bar la suma ya indicada.

b) Respecto al hecho cuarto, porque en el relato fáctico se dice que los procesados dijeron al dueño del bar —Manuel Lusquiños Vidal— que les diera 2.000 pesetas, porque «**acababan de salir de la cárcel**», reiterando su petición «**hasta vencer la resistencia de éste**», que les entregó mil pesetas. Quiero ello decir que **no le convencieron o persuadieron, con razones, para que les entregase el dinero, sino que violentaron su voluntad mediante una vis síquica**, al no mencionarse el empleo de medios materiales violentos.

d) Por lo que se refiere al hecho quinto, porque al relatarse la conducta de los procesados en el «factum» de la sentencia, se dice que la propietaria del bar —María Antonia García Cuervo—, que se hallaba sola en el establecimiento «**accedió**» a dar a los procesados mil pesetas «**ante el temor de que le hicieran algo si se negaba a su solicitud**». Es evidente, pues, que también ella actuó bajo la intimidación producida por la presencia y comportamiento de los procesados, hoy recurrentes.

e) Porque, pese a la concisión de los relatos fácticos de las conductas de los procesados a que se acaba de hacer especial mención, aparece suficientemente expresada la existencia de una conducta intimidante de los procesados frente a las víctimas. No se aprecia en aquellos relatos frases ininteligibles u omisiones esenciales para definir los aspectos fundamentales de las conductas enjuiciadas.

### ARTICULO 503. EXTORSION. DOCTRINA GENERAL. CONCEPTO DE DOCUMENTO

(STS de 16 de febrero de 1988. Pte. Sr. Soto Nieto)

4. El sexto de los motivos del recurso de Ives Jean y Jean Paul Labet y tercero del de Baudet, buscan su apoyo procesal en el número 1.º del artículo 849 de la Ley indebida del artículo 480 del Código penal, y no aplicación del artículo 503, en relación con el 501.4.º del mismo Código, alternativa calificadora

que ya fue contemplada por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones en la instancia y que ha merecido el apoyo del mismo en este estadio casacional, cual expresamente consignó en el acto de la vista; creyendo los recurrentes que habría de tomarse en cuenta en este caso la atenuante de arrepentimiento espontáneo del artículo 9.9.º del Código penal. El delito de extorsión tipificado en el artículo 503 del Código se ofrece como especie propia e independiente, pese a la apariencia de que legalmente pudiera conceptuársele como modalidad de robo, tanto por su ubicación sistemática como por el reenvío que, a efectos sancionadores, se efectúa en el precepto, a las penas señaladas en el capítulo, añadiéndose que el autor será castigado «como culpable de robo». El delito en cuestión ofrece estrecha relación con diversas figuras, señalando la sentencia de 25 de octubre de 1982 que constituye en realidad una especie de delito independiente, figura híbrida entre el robo, la estafa y las amenazas lucrativas, pero diferenciada de las mismas. La esencia de aquél radica en la presión violenta —tanto juega la vis absoluta como la compulsiva— o intimidante ejercitada sobre una persona a fin de que suscriba, otorgue o entregue un documento, es decir, que, a diferencia del robo, la estructura de la conducta típica varía al exigirse una colaboración decisiva (delito de encuentro) del sujeto pasivo a fin de facilitar la confección o entrega del documento incorporador de un valor económico, siendo el propio extorsionado el que, merced al instrumento documental al que se da cuerpo o desplaza, propicia —siempre bajo la presión física o moral a que se le somete— un acto de disposición patrimonial generador de perjuicio. Perjuicio o daño que derivará de la ulterior utilización que del documento obtenido puede hacer el autor —de ahí que se aluda en la norma penal al «ánimo de defraudar»—, pero que **no es necesario que se haya producido efectivamente** para estimar consumada la extorsión, al tratarse de un delito de «resultado cortado». **La consumación de esta figura delictiva** —enseña la sentencia de 16 de octubre de 1986— **se produce tan pronto se obtiene la entrega, la suscripción o el otorgamiento, concurriendo ánimo de lucro y propósito defraudatorio**, por lo cual cualquier episodio posterior pertenece, no al tracto comisivo de la infracción, sino a su fase de agotamiento.

5. Por documento ha de entenderse la plasmación material de una declaración de voluntad o de conocimiento proveniente de sujeto determinado y con un contenido valorable jurídicamente, susceptible de producir efectos en el tráfico jurídico. Al suponer una corporeización del conocimiento o de la voluntad, ha de contar con un soporte perdurable e indeleble, normalmente buscado a través de la escritura; hoy día cabría plantearse, ante los innovadores medios audiovisuales, la extensión del concepto a las materializaciones de una declaración obtenidas en discos, cintas magnetofónicas o vídeos. Refiriéndonos al supuesto enjuiciado, toda la actividad violenta desplegada por los procesados iba encaminada a «retener a los moradores hasta que Paul Shofmer accediera a ordenar telefónicamente una transferencia de 400.000 dólares (cuatrocientos mil dólares) a una cuenta corriente en un Banco Suizo, a nombre a Pierra, que se quedaría con la mitad del dinero, y el resto repartirlo entre los otros tres procesados». Indudablemente que, merced a la incorporación y uso de las nuevas técnicas a las actividades bancarias, se ha iniciado —particularmente en algún sector de la Banca extranjera— la posibilidad de atender operaciones encomendadas telefónicamente, con la adopción de precisas y adecuadas garantías, lo que hace equiparable la gestión telefónica al otorga-

miento de un documento, parangón que se traduce en identificación cuando la solicitud verbal se documenta en la oficina bancaria, máxime si, en trámite ulterior y dilatado, se recabase la confirmación escrita del cliente. Semejante interpretación del artículo 503 del Código penal supone su atemperamiento a los avances técnicos y operativos del momento y, en definitiva, una sintonización con la realidad social y mercantil del tiempo de su aplicación, conforme al mandato del artículo 3.º.1 del Código civil. Es indudable el acierto del legislador al incorporar el elemento sociológico como uno más a manejar en la ardua tarea descifradora del sentido y alcance de la regla legal. En definitiva, hay que concluir que el delito al que resulta adscribible la conducta de los procesados al irrumpir en el domicilio de Paul Shofmer, procediendo a amordazar y atar a sus moradores, es el de extorsión tipificado en el artículo 503, sancionado con las penas establecidas en el artículo 501.4.º, y último párrafo, por expresa remisión de aquél, al haberse producido toma de rehenes para facilitar su ejecución y, en último término, la fuga de los culpables. Con ello revive la cuestión de los caracteres definidores del robo con rehenes —en definitiva, extorsión con toma de rehenes— frente al delito de detención ilegal de los artículos 480 y 481.1.º del Código, delito por el que vienen sancionados los encausados y que expresamente se impugna.

#### **ARTICULO 506.7.ª. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. AGRAVACION POR SU VALOR HISTORICO, CULTURAL O ARTISTICO**

*(STS de 6 de junio de 1978. Pte. Sr. García Miguel)*

**Primero.** El artículo 46 de la Constitución dispone que los poderes públicos garantizaran la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que los integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La Ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.

**Segundo.** El legislador penal correspondiendo a este mandato constitucional —aunque de manera fragmentaria, como no podía ser de otra manera en tanto en cuanto no se lleve a cabo una reforma penal de carácter general que adapte a la normativa constitucional todo el ordenamiento penal— ha introducido algunas normas tendentes a dotar de especial protección penal los atentados que se produzcan contra los bienes que tengan el valor al que alude el precepto constitucional, entre las que se encuentra el **número 7 del artículo 506 del Código penal**, que desde el momento de su aparición ha suscitado comentarios desfavorables por parte de los autores, dado que la falta o ausencia de definición legal de los tipos, y el empleo de una fórmula abierta y elástica ofrece dificultades para determinar el concepto normativo de las cosas a las que proceden atribuir tal valor, lo que puede dar lugar a interpretaciones diversas y contradictorias en perjuicio de la seguridad jurídica, si bien hay quien entiende que el defecto quedó subsanado con posterioridad a la entrada en vigor de la **Ley de 25 de junio de 1985, sobre el Patrimonio Histórico Español**, en cuanto que como cosa de valor histórico, cultural o artístico deben entenderse los bienes inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en la Ley, pero es lo cierto que

aún con posterioridad a la publicación de la mentada ley siguen manteniéndose **posturas encontradas** respecto a si deben entenderse comprendidos en el precepto penal tan sólo aquellos objetos que previamente hayan sido declarados como de valor histórico, artístico o cultural, mediante la correspondiente resolución administrativa o, por el contrario, que **no es necesario el cumplimiento de tal requisito**, siendo esta última posición lo que resulta más aceptable, habida cuenta de las razones siguientes: a) a diferencia de lo que ocurría con los Proyectos de 1980 y 1982 en la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 no se exige tal requisito, debiéndose, sin duda, la supresión, a la consideración de que la declaración administrativa recae, generalmente sobre bienes inmuebles, y el delito de robo viene referido a las cosas muebles; b) porque el artículo 46 de la Constitución no distingue en cuanto que hace referencia expresa a «cualquiera que sea su régimen jurídico y titularidad», lo que supone que el mandato constitucional de dotar de protección penal se extiende a toda clase de bienes que «per sé», o en la realidad, tengan el mencionado valor, sea cual fuere la situación jurídica de los mismos y ya sean de dominio público o privado; c) porque, no obstante la exactitud con que la Ley sobre el Patrimonio Artístico trata de determinar los bienes que deben ser considerados como tales, es lo cierto que tanto su Exposición de Motivos como su articulado, por un lado, son de una generalidad en muchos casos difícilmente conciliable con la precisión exigible en los tipos penales y, por otro, dejan fuera de su ámbito bienes que sin duda deben ser dotados de la correspondiente y especial protección penal atendiendo al espíritu del precepto constitucional.

**Tercero.** En definitiva pues, se ha de llegar a la conclusión de que dado el estado de la normativa vigente, anteriormente referida, debe entenderse que **queda al arbitrio judicial la determinación, en cada caso concreto objeto de enjuiciamiento, de si los bienes u objetos ostentan o no el valor justificativo del tipo agravado**, sin que, como es obvio, ello signifique o impugne, como dice el recurrente, dejar a los gustos, preferencias, etc. de los jueces tal determinación, ya que ello no supondría arbitrio, sino arbitrariedad o la posibilidad de que incurriese en ella, sino que como en todos los casos en que la apreciación de algo se deja legalmente al arbitrio judicial, los Tribunales habrán de atenerse con la mayor prudencia y cautela a aquellos criterios que aparezcan como más objetivos, según el común sentir de la colectividad, y, a ser posible, como manifiestamente notorios e indiscutibles y siempre inspirándose en el espíritu del conjunto normativo regulador de la materia de que se trate.

**Cuarto.** Aplicando al caso de autos todo lo razonado en los fundamentos procedentes se llega a la conclusión de que procede desestimar el único motivo del recurso interpuesto al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 506, circunstancia 7.ª, ya que del resultando de hechos probados aparece que **los objetos sustraídos se hallaban colocados en las vitrinas de un museo** en el que habían sido colocados porque sus especiales peculiaridades les hacían dignos de ser objeto de conservación y exposición pública por tener un especial interés para los estudiosos de la materia, por lo que es indudable que con independencia del valor crematístico que los mismos pudieran tener, no llegaron al lugar en el que se encontraba por azar o mero capricho, sino que acontece con todos los objetos que se exhiben en los museos, después de haber sido exami-

nados y clasificados por los expertos o peritos en la materia y reputados dignos de ser conservados y expuestos al público por su valor histórico y cultural.

#### ARTICULO 514. HURTO. EXTRACCION DE CARBON EN CONCESION MINERA AJENA

(STS de 25 de abril de 1988. Pte. Sr. Moner Muñoz)

**Segundo.** Subsidiariamente a los dos anteriores, y para el supuesto de que no fuesen estimados, se formula el tercer motivo de casación, por infracción de ley, acogido al número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se denuncia violación del artículo 514 del Código penal, por indebida aplicación, pues los hechos que se declaran en la sentencia, cual es la **extracción de carbón por los procesados, en terrenos pertenecientes a una concesión minera** de Hulleras del Norte, Hunosa, su **posterior venta**, previo arranque del yacimiento, no constituyen delito de hurto, al ser aquel un bien de dominio público, y no del Estado, y **faltar el requisito de la ajeneidad**, precisa para ello, pues siendo un bien de dominio público, para perder tal condición debería haber sido extraído por la propia concesionaria, con lo que pasaría a ser de su propiedad, pero no antes, con lo que no cabe hablar de delito de hurto.

El motivo, pese a lo sugestivo de su argumentación, es totalmente rechazable.

La acción típica del delito de hurto, que describe el artículo 514 del Código penal, es tomar una cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño. A los efectos que interesan al recurso, conviene detenerse sobre los conceptos mueble y ajena que menciona el aludido precepto. La cosa que se toma, ha de ser **mueble**, en el sentido de ser susceptible de traslado de un patrimonio a otro. En este aspecto, no coinciden el concepto de cosa mueble con el que se tiene en el ámbito civil. **Son cosas muebles a efectos del delito de hurto y, en general, en todos los delitos de apoderamiento, los inmuebles por destino o incorporación**, sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1983. **Las minas son consideradas como tales por el artículo 334.8.º del Código civil, aunque para ellas la propia dicción del precepto y la consideración del mineral como fruto, hagan que cuando se separe aquél tenga la consideración de bien mobiliario**, sentencia de la Sala 1.ª de 18 de febrero de 1973.

La cosa mueble ha de ser además **ajena**. La ajeneidad de la cosa se caracteriza por dos notas negativas: que no sea propia y que no sea susceptible de ocupación. Falta la ajeneidad de la cosa, en los supuestos de *res derelictae* o cosa abandonada y en las *res nullius*: no es necesario —dice la sentencia de esta Sala de 11 de junio de 1984— que conste quien sea el titular de la cosa apropiada. En definitiva, para determinar cuando una cosa es o no ajena, **habrá de acudirse a la legislación civil**, pues no existe un concepto penal sobre tal término.

Ahora bien, **el que la Constitución Española en su artículo 132 exprese que son bienes de dominio público, estatal los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental**, y así también venga recogido en el artículo 1.º de la vigente Ley de Minas de 21 de julio de 1973 o el artículo 339.2.º del Código civil que configura las minas como de dominio público, mientras no se otorgue su concesión **no quiere decir**, como sostiene el recurrente, **que el carbón extraído**



por terceros, dentro de la concesión de Hunosa, por ser bien de dominio público no es de aquélla, y para perder tal condición, debería ser extraído por la propia concesionaria, con lo que pasaría a ser de su propiedad, y sólo entonces se tipificaría el delito de hurto. Tal argumentación es imposible de acoger. El dominio de los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos son públicos y el Estado asume directamente o podrá ceder su aprovechamiento e investigación —artículo 2 de la Ley de Minas aludida—. La cesión estatal permitirá la disociación entre el dominio, que siempre pertenecerá al Estado, y la titularidad en el aprovechamiento, explotación e investigación que podría pertenecer a terceros, propiedad, sin embargo, cuyos límites están conformados por la actuación administrativa. El aprovechamiento de estos recursos minerales, clasificados en la Sección c) por el artículo 3 de la Ley de Minas, requiere inexcusablemente que medie concesión administrativa —artículo 60—, lo que revela su carácter demanial, ya directa, ya posterior al permiso de exploración, para su explotación. Así, junto al derecho fundamental del concesionario de aprovechar dichos recursos haciendo suyo los minerales extraídos —artículo 62.2—, puede transmitir, arrendar, gravar en todo o parte su derecho, ceder parcialmente los trabajos, renunciar al derecho, etc., concediéndose para una extensión demarcada. Por esta concesión, ha de satisfacerse un canon, pues la explotación tiene un contenido netamente económico, y lo que realiza contrariando la concesión, cae bajo el reproche penal de la infracción delictiva, pues, **precisamente tal concesión impide la posibilidad de que otras personas ajenas a aquélla, puedan ejercitar los derechos mencionados inherentes a la misma, y en tal sentido, no puede por menos hablarse de que la cosa tomada era ajena para el que se apoderó de ella, y, por tanto, su conducta puede ser plenamente incardinada en el tipo delictivo por el que se condenó al recurrente, procediendo, por tanto, la desestimación del motivo y del recurso.**

#### **ARTICULO 528. ESTAFA. ENGAÑO BASTANTE. VALORACION. DESCUENTO DE LETRAS**

*(STS de 27 de mayo de 1988. Pte. Sr. Vivas Marzal)*

1.º Antes y después de la vigente de la Ley Orgánica para la Reforma Parcial y Urgente del Código penal, de 25 de junio de 1983, la espina dorsal, eje o elemento fundamental y primordial del delito de estafa, lo es el engaño, esto es, la patraña, superchería, treta, argucia, mendacidad, falacia, ficción o apariencia de que se vale el infractor para inducir a error al sujeto pasivo, cuyo consentimiento vicia, determinándole a efectuar una prestación o desplazamiento patrimonial, el que, de no mediar la maquinación o maniobra torticera, no hubiera realizado, debiendo, el referido engaño, para ser típicamente relevante, reunir las notas de **antecedente**, y no «subsequens», **causante**, esto es, generante o desencadenante del perjuicio patrimonial sufrido por el ofendido, de tal modo que se detecte la existencia de un nexo causal que vincule engaño y perjuicio, y, finalmente, **bastante**, conviniendo recordar, en relación con esta última nota, que, en otros tiempos, este Tribunal exigía que la suficiencia del ardid empleado para

viciar la voluntad del sujeto pasivo lo fuera en sentido **objetivo**, de tal modo que fuera capaz de inducir a error a un hombre medianamente agudo o perspicaz, habiendo declarado que no había engaño bastante cuando lo sucedido se debió a la estúpida credulidad de la víctima o a su extraordinaria indolencia o abulia para descubrir la verdad, pero, posteriormente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ha preponderado o imperado la exigencia de la suficiencia del medio engañoso empleado con valoración **subjetiva**, es decir, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a las condiciones personales del sujeto pasivo, para el cual puede bastar un anzuelo o cimbela que no sería procedimiento adecuado para defraudar a otra persona más avisada y despierta.

2.º En este caso, la narración histórica de la sentencia de instancia relata la superchería de que se valió el acusado y que no fue otra que la de lograr el descuento de varias letras de cambio, giradas contra entidades francesas, importadoras de frutas y verduras españolas, obteniendo la entrega de más de seis millones de pesetas, que no ha reintegrado a la entidad bancaria querellante, la cual fue inducida a error gracias a la ficción de existencia de un crédito a favor del acusado y en contra de las sociedades extranjeras, **crédito ya cancelado** por haber sido satisfecho, al mentado acusado, directamente, por las deudoras, aparentando, como ya se ha dicho, el infractor, la subsistencia del meritado crédito; siendo el **engaño bastante** para mover la voluntad de la entidad bancaria que descontó las letras de cambio —pese a la perspicacia que se le supone a esas entidades de crédito—, porque, en efecto, le constaba que el acusado, que era cliente del Banco, se dedicaba a la exportación de frutas y verduras y mantenía frecuentes relaciones comerciales con las entidades francesas liberadas, por lo cual, en el orden natural de las cosas, podían ser verdaderas y subsistentes las relaciones comerciales que, aparentemente, servían de cobertura y de génesis a las letras de cambio. Procediendo, en consecuencia, la desestimación del primer motivo del presente recurso, fundamentado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 528 y 529 del Código penal.

**ARTICULOS 528 y 529.7.ª y 8.ª. ESTAFA. DOCTRINA GENERAL.  
AGRAVACION POR EL VALOR. DELITO MASA.**

*(STS de 9 de mayo de 1988. Pte. Sr. Díaz Palos)*

1. El **único motivo** del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entiende infringido por indebida aplicación el artículo 528 del Código penal por entender que en el relato de hechos probados no se configura el engaño, ni por ende el error que lleva al sujeto pasivo al desplazamiento patrimonial pretendido por el sujeto activo; elementos todos configuradores del delito de estafa descrito en el precepto citado.

2. La llamada **estafa comercial o mercantil** o también negocios criminalizados, presupone, como viene declarando esta Sala, la existencia de convenciones de lícita apariencia y se acoge a la buena fe que el tráfico mercantil implica, tanto

por la rapidez de sus operaciones, como por la masificación de las mismas, circunstancias que son las que explota en su beneficio el autor del fraude, pero en el que, lógicamente, se reconocen todas las características del delito en examen: **engaño** o ficción, que puede adoptar múltiples formas, pero que en la modalidad de que se trata se basa fundamentalmente en la apariencia de una empresa o negocio lícito, incluso con sede comercial o establecimientos adecuados a la finalidad u operaciones emprendidas que, por regla general, tienen un comienzo normal o período de captación de clientela a la que, llegado el momento propicio o en el que se ha hecho ya insostenible la aparente normalidad, no se vacila en defraudar hasta llegar por el número de tales perjudicados a constituir una especie típica del delito masa; consecuentemente se da el **acto de disposición** originado por el **error** consecuencia a su vez del engaño, por virtud del cual la cosa apetecida se desplaza o ingresa en el patrimonio del agente o de un tercero; y, finalmente, el **perjuicio** que tal traslación económica origina en el sujeto pasivo (o en un tercero) con el consiguiente **lucro** para la parte injustamente enriquecida; de suerte que concurriendo todos estos elementos propios de la estafa y que en el vigente artículo 528 del Código penal recoge en fórmula sintética desterrando el anterior sistema enunciativo de los posibles engaños, no debe haber inconveniente alguno en subsumir el pretendido acto de comercio en el tipo penal de la estafa que rebasa con mucho el *mero incumplimiento civil* de contrato cuando el ánimo defraudatorio se capta ya al cerrarse cada una de las operaciones pseudo-mercantiles: de suerte que si la eficacia del engaño alcanza a gran número de perjudicados, como es frecuente en esta clase de «operaciones», con la consiguiente magnitud de la defraudación, el **rigor poenalis** debe extremarse, como lo ha hecho con buen acuerdo la reforma de 1983 con la combinada aplicación de los números 7.º y 8.º del artículo 529 del Código penal (*Ad. exemplum*. Sentencias de 25 de marzo y 12 de diciembre de 1986).

3. El anterior pensamiento concordante con la doctrina científica, al caso de autos en el que, atendiendo al *factum*, y ampliaciones fácticas del *iudicium*, se infieren las siguientes consecuencias: Que los dos procesados condenados en la instancia, sin contar con medios económicos planearon una operación de exportación de naranja desde el Levante español a Francia de gran alcance vista su falta de solvencia. Que para mejor garantizarse en su pretendida solvencia crearon una sociedad de dos socios que bien pueden calificarse de «hombres de paja» detrás de los cuales operaban con exclusividad los condenados. Que en una primera fase puede hablarse de un incumplimiento contractual generalizado que logró resolver el arrendador del local con los fondos remesados a los procesados bloqueando la cuenta de los mismos, visto el cariz de conflicto social que originó el impago a todos los agricultores afectados que precisó la intervención de la Policía. Pero en la segunda fase, con arrendador distinto, y a diferencia de lo ocurrido en la primera etapa, en la que si hubo propósito de defraudar éste no afloró a la superficie por la eficaz intervención de un tercero, el **dolo penal** hace inequívoca la aparición en cuanto se hacen indiscriminadas compras de partidas de naranjas a **sabiendas** de no poder pagarlas, dolo que se oculta bajo la apariencia de una organización comercial (**engaño**) que provoca el **error** consiguiente en los agricultores vendedores del producto y cuyo yerro, a su vez, origina su desprendimiento patrimonial con final perjuicio para ellos y consiguiente **lucro** para los insolventes empresarios. Dándose, por tanto, todos los elementos

tipificadores de la estafa que trata de negar infructuosamente el recurrente, es de confirmar la tesis de instancia que califica los hechos de estafa, con la agravación específica de haber perjudicado a múltiples personas o entidades, de modo que si de algo pecó la sentencia provincial fue de excluir la agravación 7.<sup>a</sup> del artículo 530 junto con la ya apreciada, con el argumento de que la total defraudación al repartirse entre numerosas personas no pasa de cuantías relativamente moderadas, lo que es contradictorio con la estimación del apreciado delito continuado en el que, por imperativo del artículo 69 del Código penal, se toma en cuenta a los fines punitivos el «total perjuicio causado», lo que además es típico del llamado delito masa también tenido en cuenta por dicho precepto de modo general y para la estafa de modo particular por la mentada conjunción de agravantes 7.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> del artículo 529 en relación con el párrafo 2.º del artículo 528 del Código penal que por su carácter especial en dicho delito tienen prioridad de aplicación sobre el artículo 69 bis. En consecuencia debe ser desestimado el recurso.

#### **ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. EXCLUSION DE LA COMPENSACION CIVIL**

*(STS de 19 de mayo de 1988. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)*

Se deriva de ello que, con independencia de la no vinculación de las decisiones de la jurisdicción laboral a la penal, según ha destacado el Tribunal Constitucional, porque las ópticas de contemplación del fenómeno social afectante a zonas distintas del ordenamiento jurídico son diversas, **la cantidad apropiada indebidamente es muy superior a la debida** (lo apropiado excede en 190.925 a lo adeudado) **y la conducta delictiva aquí enjuiciada se hizo fundamentalmente, como queda dicho, con simulación y fingimientos, de tal manera que de no descubrirse, ni siquiera hubiera podido producir una compensación de obligaciones** conforme al artículo 1.196 del Código civil, si hubiese habido lugar a ello, sino que además de lo apropiado hubiera titularizado un crédito laboral por la cantidad antes indicada para hacerlo efectivo, como así aconteció, frente a la jurisdicción laboral. Sobre estos presupuestos es claro que se cometió un delito de apropiación indebida, porque concurren en la conducta del sujeto procesado todos los requisitos de la doctrina de la Sala 2.<sup>a</sup> viene exigiendo para su existencia: un recibimiento de dinero en virtud de un contrato que obliga a entregarlo a su titular, puesto que las cantidades apropiadas las recibía en depósito y bajo su condición de Director de un establecimiento hotelero, una efectiva apropiación y un nexo de culpabilidad en orden a la conciencia del acto y al deseo de incorporar esas cantidades a su patrimonio con ánimo de lucro, elemento culpabilístico este último que constituye en el delito que se viene considerando un elemento subjetivo del injusto excluyente por consiguiente de las modalidades culposas.

## SECCION DE BIBLIOGRAFIA

### Revista de libros

**GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio:** «Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad». España-Universidad, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1988.

Acaba de aparecer, editado por Espasa-Calpe, un magnífico libro. Personalmente, no me parece exagerado afirmar (estimo, incluso, que es de justicia señalarlo) que estamos ante el Manual de Criminología, escrito en lengua castellana (traducciones aparte), que no pocos estábamos esperando.

Y estimo que lo es porque:

1.º Es un «Manual» *completo*.

Dentro de sus setecientas cuarenta páginas aborda, en efecto, prácticamente todas las cuestiones que constituyen e inquietan hoy a la Criminología como ciencia, y que el autor concibe como ciencia empírica e interdisciplinaria, que extiende su objeto al delito, delincuente, víctima y control social de la conducta desviada.

Partiendo de este concepto «moderno» de Criminología, visión que está presente a través de toda su obra, ya como alusión implícita, ya como «leit-motiv» explícito, reflexiona en torno al «sistema» de la Criminología y a las relaciones de ésta con el abanico de disciplinas que la sirven de base. Profundiza en las funciones que aquélla ha de desempeñar. Estudia, con perspectiva panorámica, y siempre de forma atinada, el método y técnicas de la investigación criminológica. El autor, también en este campo, está al tanto de la actualidad científica.

Es clara y bien sistematizada su exposición histórica de la Criminología: Sobre su etapa precientífica, sobre la «Escuela Cartográfica» (Estadística Moral); sobre la consolidación de dicha ciencia como disciplina empírica; sobre las escuelas «eclecticas»; sobre las orientaciones biológicas y psicopatológicas del hecho criminal; sobre las explicaciones psicoanalíticas del crimen...

Es casi exhaustivo su desarrollo sobre las corrientes más modernas y actuales como: El modelo biológico-conductual de Eysenck y Traslery; el modelo sociobiológico de Jeffery, la teoría del aprendizaje social de Bandura, las concepciones del desarrollo moral y cognitivo de Piaget y Kohlbert... Sobre las visiones sociológicas del crimen (teorías plurifactoriales, Escuela ecológica de Chicago), corrientes ambientalistas («Defensible Space»); concepciones estructural-funcionalistas, subculturales; teorías del proceso social (del aprendizaje y control social); el enfoque interaccionista del «Labelling Approach»; las diversas teorías del conflicto...

Interesantes son, asimismo, la aportación en torno a la Criminología vigente en los «países socialistas» y su síntesis sobre los problemas y tendencias de la Criminología actual.

2.º Es un Manual magníficamente *documentado*.

Lo que es evidente si consideramos todo el «aparato» de citas y notas integrado en la obra.

Todas las cuestiones tratadas van acompañadas del aval de los principales especialistas o estudiosos del tema. Sobre todo, por lo que respecta a los autores de lengua alemana y del ámbito cultural anglófono, a los que el autor cita, casi siempre, en sus obras originales.

3.º Es un Manual *equilibrado*.

Me refiero a «equilibrio» con respecto al contenido criminológico. Cosa que no es fácil actualmente a causa de la encrucijada de mensajes que gravita, sobre todo, en el Occidente cultural. Se habla, por ello, de «crisis aguda» de la Criminología en focos nacionales e internacionales.

En el último Congreso Internacional de Criminología, organizado por la S.I.C., en la ciudad de Hamburgo, durante los días 4 al 11 del pasado septiembre, ya desde sus comienzos, se hizo notar aquella afirmación, al ponerse al descubierto una cara poco armónica, excesivamente pluridimensional. Antagónica en muchas de sus vertientes. Los expositores procedentes del ámbito democrático-occidental ponían de manifiesto, implícita o explícitamente, que no concordaban en aspectos esenciales de la explicación del acontecimiento criminal. Ni, por supuesto, en qué deba entenderse por Criminología o a qué espacios debe extenderse su objeto.

Y es que sigue existiendo una corriente que encomienda a la Criminología el estudio, simplemente, del delincuente y del delito, comprendiéndolos, prevalentemente, como productos de fallas individuales (delincuente) y como efecto lógicamente consecuente de esas lagunas de personalidad (delito). El «delito», en todo caso, habrá de concebirse como infracción jurídico-penal.

Una segunda orientación apunta al extremo contrario. El individuo, arrojado en una sociedad (como la mayoría de las actuales) radicalmente viciada; estructurada, dinamizada y regulada por y para el beneficio de unos pocos, no delinque. Sus acciones, tenidas por éstos como delictivas, no son más que reacciones de legítima defensa o, incluso, purísimas «rotulaciones de los detentadores del poder» (posturas radicales «marxistas» y posturas radicales de «Labelling Approach»).

En todo caso, para estas teorías, o no existe la delincuencia en esta clase de sociedades o los sujetos activos de la misma son los «explotadores», los «rotuladores», o la «colectividad» formada por ellos. En ningún supuesto, los sujetos pasivos de la discriminación y desigualdad negativa.

Al lado de estas dos concepciones sobre el fenómeno delincencial, otras dos visiones doctrinales intentan comprender, más «centradamente», la dimensión criminológica.

Para una de ellas, el delincuente y, en consecuencia, el paso al acto antisocial, deben ser explicados desde la confluencia de factores biológicos, psicológicos y sociales. Sin determinar, genéricamente, cuáles puedan ser los condicionantes que influyan con más intensidad.

Ha de entenderse por delito, en una sociedad democrática, la infracción penalmente grave.

Junto a ella, la que podríamos denominar «cuarta corriente». El fenómeno criminal ha de explicarse, según ésta, como fenómeno singular y social. Sin desconocer que, dentro de la vertiente «social» deben admitirse algunas «razones» (no aceptables en su radicalidad) de las teorías del «Labelling Approach».

No acepta fácilmente por ello esta concepción criminológica la visión simplemente jurídica del delito. Propugna, en consecuencia, una adecuada incriminación y aboga por la desincriminación de incriminaciones que están lejos de poseer una naturaleza «ontológica», de acuerdo con el contexto cultural, socio-económico y socio-político.

Se esfuerza por evitar un «control social» (tanto formal como informal) que, en vez de limitarse a descubrir la criminalidad e identificar a los sujetos activos de la misma, se dedique a «crear» (por intereses de grupo) pseudodelinquentes y pseudodelitos. O a reaccionar, aunque sea contra verdaderos delinquentes, de forma visceral y no racionalmente.

Como contrapunto de esta relativa atomización de orientaciones criminológicas (relativa, porque tienen un peso específico las dos últimas tendencias) nos encontramos con el monolitismo de la criminología «socialista». Monolitismo puesto de manifiesto también en el citado Congreso Internacional de Hamburgo. Aquí, diversos ponentes, cultivadores de esta forma de hacer «Criminología», sostuvieron, de forma expresa, que, en sus «sociedades», las ciencias penales y criminológicas gozaban de buena salud y, desde luego, de claridad de ideas.

Claridad de ideas que sintetizan en: Concebir el delito como un producto de determinadas estructuras económicas (capitalismo), no como fenómeno individualizado. En reaccionar frente al hecho, considerado como antisocial, con actitud prevalentemente preventiva, es decir, yendo a la erradicación de las causas consideradas como generadoras de aquél: las estructuras económico-sociales no socialistas.

El entender la ciencia criminológica como herramienta de servicio directo del ordenamiento jurídico y jurisprudencia socialistas y como instrumento inmediato de transformación de las estructuras burguesas (o las reliquias de las mismas aún subsistentes) en «ecosistemas» comunistas, «habitat» connatural (según ellos) del ser humano.

Se trata, pues, de una Criminología puesta al servicio de la política criminal oficial.

¿Dentro de este panorama descrito, cuál es la postura del profesor García-Pablos? La de asumir una postura razonable. La de concebir el delito como un fenómeno social, pero sin prescindir, en su explicación, del que en realidad es, al fin y al cabo, el protagonista: el ser humano como ser histórico, concreto, real...

He aquí sus propias palabras:

«El delito es fenómeno social, y como tal fenómeno social debe analizarse. Estimo desacertada esa óptica estrecha que contempla el delito como un «acontecimiento individual», como suceso aislado en la vida de una persona. Ahora bien, un fenómeno social que hace referencia obligada a valores. No es un hecho social «neutro», «aséptico». La delincuencia no puede examinarse como una plaga o epidemia; ni como un «accidente social», ni como síntoma —sin más— de rebelión y disconformidad, propios de una estructura dinámica. El delito —la criminalidad— debe analizarse y afrontarse como problema. A mi modo de ver, con la sola ayuda de las ciencias del dato, no podremos obtener nunca una imagen global e integradora del crimen. Es necesaria una actitud “valorativa” que interprete, oriente y trascienda el dato (...). El importante y oportuno subrayado social y estructural que ha destacado la moderna Criminología debe evitar el simplismo de quienes pretenden explicar el crimen olvidándose del hombre. Porque, en definitiva, ningún fenómeno “espiritual”, “social” y “cultural” —y el “deli-

to" lo es— tiene sentido marginando a su inevitable protagonista, creador y víctima: el ser humano. Pero no ya ese hombre "racional", "ideal" (el de los "clásicos"), sino ese hombre histórico y real, concreto, animal —irracional y absurdo—, también torpe o genial, que es capaz, a menudo, de anteponer el honor a la vida, o su estatus patrimonial al mismo instinto de conservación.»

4.º Digamos, finalmente, que es un «Manual» bien escrito. Lo que no es frecuente en esta clase de obras.

Todo lo expuesto hasta aquí, pues, nos conduce a recomendar la lectura de este magnífico trabajo. De extraordinaria utilidad, sin duda, para las personas que se encuentran integradas dentro del sistema penal o que, desde la esfera privada, cultivan las ciencias relacionadas con la conducta humana.

CÉSAR HERRERO HERRERO  
 Doctor en Derecho y Graduado  
 Superior en Criminología

**HERRERO HERRERO, César: «Seis lecciones de Criminología», Dirección General de la Policía, Gabinete Técnico, Instituto de Estudios de Policía, Madrid, 1988, 181 págs.**

El pasado año 1987 comenzaron a impartirse en el Centro de Estudios Judiciales los cursos de especialización de las Unidades de Policía Judicial previstos en el Real Decreto 769/1987, regulador de la misma. César Herrero fue seleccionado para impartir parte del programa de Criminología diseñado para tales cursos y, fruto de esa experiencia docente, se publican ahora estas «Seis lecciones de Criminología».

El título refleja ya el propósito del autor de reunir en un solo volumen seis textos («Clases de sociedad y delincuencia», «Etiología delictual y orientaciones generales en la lucha contra la delincuencia. Actuación policial», «La ciudad como expresión típica de la sociedad postindustrial. Índice criminológico del hábitat urbano», «Reflexiones sobre los llamados "delitos callejeros"». La respuesta policial», «Delitos contra la propiedad. Visión criminológica» y «Terrorismo. Ubicación criminológica») que fueron en su día objeto de elaboración independiente. Sin embargo, sería erróneo pensar que entre estos seis estudios no existe coherencia expositiva. Muy al contrario, el pensamiento del autor fluye con soltura entre uno y otro, y el conjunto de todos ellos, complementándose, permite conocer, con el necesario detalle, la concepción criminológica global que el mismo desea transmitir a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, con la finalidad de optimizar su actuación.

Puede afirmarse, así, que los seis estudios que integran este libro pretenden ofrecer una imagen real de la sociedad delincuente sobre la que deben actuar las Unidades de Policía Judicial y que, para ello, el autor ha utilizado dos hilos argumentales que pudieran pensarse antagónicos: el análisis de las sociedades en las que se genera la delincuencia, y el origen psicobiológico del estímulo provocador del pacto antisocial.



De esta manera, tras la lectura de este libro, no es difícil concluir que el autor construye su pensamiento criminológico en una conjunción, muy personal, de las corrientes tradicional y crítica: como Schur en su día, entiende que cada sociedad genera un determinado tipo de delincuencia (págs. 11, 47 ó 109, entre otras), pero complementa esta perspectiva etiológica considerando también la influencia de factores biológicos y psicológicos, concluyendo que rara vez un delincuente actúa a impulsos de factores de una sola dirección (pág. 54).

Con el primer criterio, César Herrero expone los distintos modelos sociales (tradicional, industrial y postindustrial) que son marco de la delincuencia y analiza, con particular detalle, la delincuencia urbana, ya que entiende que la ciudad es la expresión típica de la sociedad postindustrial, y ésta, el ámbito en el que surge la delincuencia que hoy preocupa con mayor intensidad al Estado. Los capítulos III y IV del libro se dedican, así, íntegramente, al análisis de estos hábitats como espacios propiciadores del acto delincuente.

Ello no supone, sin embargo, que el autor adopte de plano un criterio sociologista. Por el contrario, combina este tipo de análisis con un enfoque subjetivista, destacando la importancia que la comprensión de la personalidad del delincuente tiene en el origen de los distintos delitos. Por tal causa, hace especial hincapié en el estudio de la agresividad (págs. 88 a 91), los rasgos propios del delincuente contra la propiedad (págs. 105 a 109) o, entre otros aspectos, la perspectiva psicológica de los delinquentes terroristas (págs. 146 a 150).

Con ambos enfoques, el autor diseña un marco conflictivo, destinado a provocar en sus lectores (en origen, en sus oyentes) una reflexión constructiva en torno a la lucha estatal contra el delito. César Herrero renuncia en esta obra (en atención a los destinatarios originales de la misma que, no se olvide, eran miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad) a desarrollar otras vías de solución que indudablemente conoce, y centra su estudio en la respuesta policial al delito (especialmente, págs. 81 a 83, 98 y 99, 119 a 121 y 157 a 160), elaborando un atractivo diseño en el que la eficacia policial se configura como un elemento de prevención general, de contornos no represivos.

De esta manera, este libro, que nace dirigido a un público delimitado (y que puede sufrir previsiblemente los efectos de una defectuosa distribución entre otros lectores), ha de ser también tenido en cuenta por todos aquellos que se encuentren sensibilizados por la lucha policial contra el delito. La experiencia y méritos del autor avalan sobradamente el interés de las propuestas que se contienen en el mismo.

ESTEBAN MESTRE DELGADO  
Profesor Ayudante de Derecho penal  
Universidad de Alcalá de Henares

**PERRON, Walter: «Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht. Ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme». Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988.**

1. La obra que nos ocupa se integra en un amplio y ambicioso proyecto del Instituto Max Planck de Derecho penal de Friburgo (Alemania Federal), en

el que, como ha tenido ocasión de exponer uno de sus directores, el profesor Eser, se pretende investigar la estructura y contenido esencial del hecho punible en Derecho comparado. Para ello se ha adoptado un enfoque sugestivo: En lugar de analizar las categorías fundamentadoras, con su lógica formulación positiva, se ha preferido acudir a las causas que llevan a la exclusión de la responsabilidad, y de modo especial a lo que, en terminología ampliamente difundida entre nosotros, son las causas de justificación y las de exclusión de la culpabilidad. Motivos de tal orientación han sido ante todo la falta de universalidad del modelo dogmático básicamente desarrollado en Alemania, que impide ir poco más allá de una comparación genérica superficial de las no siempre correlativas categorías fundamentadoras del delito en ordenamientos jurídicos de corte anglosajón y aun de procedencia jurídico-continental. Por el contrario, en todos los ordenamientos aparecen determinadas causas que excluyen la pena y que muestran un notable paralelismo, en buena parte derivado de su estrecha conexión con determinados y persistentes datos de la realidad humana y social; ello ofrece la posibilidad de abandonar el terreno de las generalizaciones y entrar, por esa vía indirecta, en el núcleo fundamentador del hecho punible que a todas las causas de exclusión sirve de base. Hay además otra razón digna de mención, a la que habrá que aludir repetidamente: La mayor riqueza valorativa de las causas de exclusión frente a las categorías dogmáticas positivas del concepto de delito que les dan fundamento. Si se acepta tal hecho, no hay duda que el proyecto incomparatista enriquece notablemente sus potencialidades al asumir una aproximación negativa a la naturaleza del hecho punible (pp. 17, 53-54) (1).

El trabajo de Walter Perron desarrolla este proyecto confrontando el sistema de imputación jurídico-penal vigente en Alemania con el de España, de modo prácticamente simultáneo a estudios o congresos en la misma línea llevados a cabo respecto a los ordenamientos angloamericanos, escandinavos, soviético, polaco y surcoreano (2).

El resultado puede calificarse de muy estimulante, a lo que no son ajenas las cualidades intelectuales del autor, entre las que destacaría su capacidad de síntesis, así como su probado conocimiento de la legislación, jurisprudencia y doctrina jurídico-penales españolas (3), una vez que ya ha adquirido una completa familiaridad con la dogmática alemana. Antes de entrar en un análisis particu-

(1) En relación con lo anterior, resultan ilustrativas las afirmaciones de ESER y algún otro participante en la sesión académica del Consejo de Administración del Instituto Max Planck de Friburgo en la que WALTER PERRON presentó las conclusiones de su trabajo. Véase «*Tagungsbericht. Bericht über das Kolloquium 'Rechtfertigung und Entschuldigung in rechtsvergleichender Sicht- unter besonderer Berücksichtigung des spanischen Strafrechts'*», *ZSTW*, 1987, pp. 924-925, 931, 938. Véase asimismo el texto de la conferencia de PERRON en tal ocasión, traducida al castellano por SILVA SÁNCHEZ, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1988, en especial páginas 154-156.

(2) Véanse esta información en «*Tagungsbericht...*», *op. cit.*, pp. 924-925; PERRON, «*Justificación...*», *op. cit.*, pp. 137-138.

(3) Véanse también del autor, «*Der spanische Consejo General del Poder Judicial 'Selbstregierungsorgan der richterlichen Gewalt'*», *Deutsche Richterzeitung*, 1983, pp. 431 y ss.; «*Das Grundsatzurteil des spanischen Verfassungsgerichts vom 11-4-1985 zur strafrechtlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs*», *ZSTW*, 1986, pp. 287 y ss.; «*Literaturbericht. Spanien: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbücher und lehrbuchartige Darstellungen*», *ZSTW*, 1987, pp. 543 y ss., entre otras publicaciones.

larizado y crítico de su trabajo quisiera destacar tres ideas: En primer lugar, que nos encontramos ante el análisis más detenido y profundo de la teoría jurídica del delito española que se haya realizado nunca desde la óptica alemana, sin mengua de otras aproximaciones como las que, en los últimos tiempos, ha realizado Jescheck (4). Esto da una oportunidad excelente para comprobar la imagen que nuestra dogmática puede suscitar en un país tan significado como Alemania y la medida en que pueden compartirse ciertas problemáticas o sus soluciones. En segundo lugar, el destacable esfuerzo de síntesis realizado por Perron resulta especialmente provechoso para el lector español de cara a obtener una panorámica breve y actualizada del presente estado de la teoría jurídica del delito en Alemania. Finalmente, no estamos ante un mero trabajo descriptivo, sino que la aportación personal del autor, tanto en lo que respecta al esquema de la imputación jurídico-penal que ha desarrollado con fines iuscomparatistas, como en lo que afecta a sus conclusiones sobre la reestructuración que estima necesaria en determinadas áreas de la imputación, merece cuidadosa atención.

2. En efecto, el esquema con el que pretende abordar el análisis iuscomparatista no pretende ser tanto original como un laudable intento por encontrar un proceso operativo simple en la progresiva concreción de la imputación jurídico-penal. A tal fin, parte de un primer nivel, constituido por la estructura valorativa que va a servir de fundamento a toda la imputación. Los valores precedentes se concretan con posterioridad en dos categorías, la antijuricidad y la culpabilidad, las cuales no agotan, con todo, los contenidos valorativos iniciales, que sí encuentran acabada expresión en un tercer nivel, constituido por las unidades básicas de imputación, sólo parcialmente integrables en las dos categorías precedentes, y que vienen a ser la tipicidad, las causas de justificación, las causas de exclusión de la culpabilidad, y otro conjunto de unidades básicas que podríamos acoger, desde cierta perspectiva española, en el ámbito de la punibilidad. Además, presta en todo momento especial atención a la configuración formal de los diversos componentes de la imputación (pp. 21-43, 62, 68, 72, 225, 74-78, 116-122, 206-209) (5).

Conviene ya en este momento hacer algunas observaciones: Entre los valores situados al primer nivel, y que van a fundamentar todo el proceso de imputación, Perron alude a los fines de la pena, a los límites de la pena y a la valoración del hecho en sí, reflejo esta última del contenido de la norma violada. En este punto es de destacar cómo el autor no se deja llevar por la tendencia, tan frecuente hoy en día, de absolutizar las valoraciones ligadas a los fines y límites de la pena, en detrimento de las restantes. Muy al contrario, y a pesar de que las referencias ligadas a la pena las coloca en primer lugar y dándoles una gran relevancia, a medida que avanza en su discurso se va consolidando la valoración del hecho que transgrede el contenido de la norma como el punto de vista decisi-

(4) Véase en especial «La nueva configuración de lo injusto en la teoría jurídico-penal alemana en comparación con la doctrina actual española», en *Estudios Penales y Criminológicos*, VIII, Santiago de Compostela, 1985, pp 75 y ss., y «El significado de D. Luis Jiménez de Asúa en el desarrollo de la dogmática española en el campo de la teoría jurídica del delito», en *RFDUC*, Monográfico 11, 1986, pp. 397 y ss. Ambos han sido traducidos por Díez RIPOLLÉS.

(5) Véase igualmente «Tagungsbericht», *cit.*, p. 937; «Justificación...», *op. cit.*, pp. 138-142.

vo, en gran parte independiente de las exigencias basadas en los fines y límites de la pena. Este planteamiento lo refuerza posteriormente al señalar que uno de los defectos más preocupantes de las tesis funcionalistas, que por lo demás comparte ampliamente, es que eliminan o minusvaloran en demasía las referencias del injusto y/o la culpabilidad al contenido de la norma y al hecho que la viola o a la individualidad de la persona que lo realiza. Con ello muestra una actitud equilibrada, digna de encomio (pp. 23-24, 28-30, 34, 42, 46-47, 49, 54-55, 62, 67, 79-80).

Lo anterior no impide que uno de los temas centrales de todo el trabajo pase a ser cómo introducir de una forma convincente en todo el sistema de imputación jurídico-penal las referencias a los fines y límites de la pena. Se reconoce que ellos han sido siempre tenidos en cuenta en ese ámbito borroso de la imputación constituido por lo que en España con frecuencia se llama el elemento de la punibilidad, así como que tales contenidos han sido progresivamente descubiertos en el ámbito de la tipicidad o, si se quiere, del tipo de lo injusto específico, pero lo que se pretende es integrar plenamente esas valoraciones en el núcleo de la teoría del delito, es decir, en la antijuricidad y en la culpabilidad. Como se encarga de mostrar el autor, la culpabilidad parece ir integrando sin mayores problemas estas reflexiones, pero el paso siguiente es hacer lo propio con la antijuricidad, algo que parece más difícil de conseguir: Al menos si se quieren eludir planteamientos excesivamente unilaterales centrados en alguno de los fines o límites de la pena, como lo muestran recientes intentos españoles y alemanes, entre los que Günther merece especial atención. En cualquier caso, la vía más prometedora para lograr tal cosa parece ser el tercer nivel de la imputación, las causas de exclusión, que terminarán luego influyendo sobre las categorías positivas de la teoría jurídica del delito.

*A este respecto, me permito formular algunas matizaciones personales: Así como más arriba he alabado la debida relevancia que el autor ha dado a las valoraciones basadas en el hecho, ahora he de destacar que, a mi juicio, se está produciendo en Perron, como en buena parte de la doctrina jurídico-penal, una rechazable tendencia a resolver todos los problemas de oportunidad o, si se prefiere, político-criminales que poco a poco se van revelando como dignos de consideración en el ámbito dogmático, en el marco de las reflexiones sobre los fines y los límites de la pena. Quizás haya que retornar a las primitivas formulaciones que aspiraban a integrar la política criminal en la dogmática, y aceptar que muchos problemas de oportunidad afectan directamente al contenido de la norma, sin que se dé una especial vinculación a las consideraciones sobre la función de la pena.*

Cabría objetar a estas afirmaciones más que son simple producto de un equívoco o error de comprensión: Los principios limitadores de la pena procederían de ámbitos ajenos a ella y tendrían precisamente la función de limitar los resultados a los que pudiera llegarse atendiendo únicamente a los fines de ella, por lo que permitirían incluir todas las reflexiones político-criminales que nos preocupan; ejemplo de ello sería la amplitud susceptible de otorgarse al principio de proporcionalidad uno de los más conspicuos componentes de los límites de la pena.

Sin embargo, a ello cabe responder de diversas maneras: Ante todo, el principio de proporcionalidad, como por lo demás todos o la mayor parte de los límites de la pena, es básicamente entendido desde la perspectiva del grado en que se

pueden afectar los derechos de la personalidad del ciudadano que ha infringido una norma a tenor de las ventajas sociales que de ello se van a obtener (pp. 46, 78, 63), enfoque desde luego fundamental, pero que no agota la problemática que nos ocupa. Por otro lado, los principios limitadores de la pena se están entendiendo, y ello parece lógico dada su denominación, como referencias valorativas que toman por punto de partida los resultados a los que se llegan desde los fines de la pena, resultados que matizan o incluso frenan en su desarrollo (p. 64); ello parece un ámbito demasiado estrecho para las necesidades político-criminales a las que debe prestar atención la dogmática. En realidad, se han convertido en meros límites de la pena lo que eran los ideales jurídico-penales, que ejercían su influencia desde un principio sobre todo el sistema de imputación.

En relación con lo anterior, y aludiendo a una reciente corriente doctrinal a la que presta repetida atención el autor, quisiera expresar que la progresiva incorporación de contenidos político-criminales a la teoría jurídica del delito, y en concreto a la antijuricidad, no debe hacerse manteniendo incólume el contenido de la norma y la consiguiente valoración del hecho como antijurídico, acudiendo inmediatamente después a una antijuricidad específica penal en la que, a través de las referencias a los fines y límites de la pena, pueda dejar de ser antijurídico, lo que, según el resto del ordenamiento jurídico parece serlo, sino que es el mismo contenido de la norma, la antijuricidad sin más adjetivos, la que debe integrar ciertas reflexiones político-criminales (5 bis), por lo demás no circunscritas a los fines y límites de la pena. Quizás estemos utilizando un concepto de antijuricidad, o si se quiere, una concepción de lo que es la unidad de todo el ordenamiento jurídico, demasiado esquemática y falta de matización. Se trataría de determinar con mayor cuidado y fineza cuál sea, o deba ser, el contenido de lo prohibido.

He de reconocer que el propio autor, aunque sin sacar en mi opinión las debidas consecuencias de ello, comparte en alguna medida este enfoque cuando, en la penúltima página (p. 231), habla de que «en el futuro no parece que vaya a descartarse una configuración más flexible de los criterios de justificación, los cuales podrían también orientarse en la función preventiva de las normas de prohibición mismas y no sólo en la de las sanciones penales»; o cuando aboga por la introducción, o por dar un papel más relevante, en la justificación, a intereses sociales frente a los omnipresentes intereses individuales, algo que ciertamente, como él mismo aprecia (pp. 231, 103-104), constituye una auténtica necesidad en la justificación del delito del aborto (pp. 23, 46, 47, 29, 62-63, 64, 78, 80, 103-104, 162-166, 182, 225, 227, 231, entre muchas otras) (6).

Por lo que se refiere al análisis formal de los diversos componentes de la imputación, adquiere una cierta relevancia, no siempre acompañada del acierto en la interpretación, cuando se toca el tema de las causas supralegales de exclu-

---

(5 bis) Véase recientemente en España postura en misma línea, citando a ROXIN, de Muñoz Conde, «Recensión a Eser-Fletcher», «Rechtfertigung und Entschuldigung», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 35, 1988, pp. 608-609.

(6) Véanse igualmente del mismo autor, «Justificación...», *op. cit.*, *ibidem*: Sobre la problemática de introducción de intereses sociales en la justificación del aborto, véase *mi trabajo*, en prensa, «La reforma del Derecho penal en materia de aborto. Estudio del nuevo artículo 417 bis del Código penal. Análisis jurídico y médico», capítulo II, en *Comentarios a la legislación penal*, Edersa.

sión, o la localización de las eximentes en la Parte General o Especial del Código, sin olvidar la sugestiva referencia a la distinción entre los elementos referentes a la acción o al autor (p. 39), pero en general Perron tropieza con la escasa atención de la doctrina y jurisprudencia a este tema, lo que le impide profundizar en demasía, pese a lo prometedora de esta aproximación, como ha sabido detectar el autor.

3. Todos los puntos anteriormente mencionados se van explicitando en la exposición y análisis crítico del actual sistema de imputación jurídico-penal alemán, que realiza con minuciosidad y penetración. Merece destacarse en primer lugar la descripción de cómo las valoraciones basadas en los fines y límites de la pena van penetrando paulatinamente en los diferentes componentes del sistema de imputación. Ilustrativas resultan al respecto sus alusiones a que tales puntos de referencia han pretendido en primer lugar hacerse fuertes en los elementos no nucleares de la imputación: Si ya es conocido el arraigo de ellos en ese sector vago del delito que en España se caracteriza como la punibilidad, y cuyo principal defecto, a mi juicio, reside en que no se ha conseguido crear una categoría valorativa suficientemente convincente que los abarque, no lo es tanto la incesante asunción de materiales por parte de la tipicidad, que no ha cesado desde M. E. Mayer, y que en estos momentos, en opinión del autor, ya no se limita a asumir el contenido de la antijuricidad correspondiente al injusto específico de la conducta, sino que, yendo más allá, se encarga de incorporar contenidos vinculados a los fines y límites de la pena, en la medida en que la categoría genérica de la antijuricidad se muestra reacia a integrarlos de modo directo en su seno.

Pero sin duda los avances más reveladores serán los que eventualmente se produzcan en el núcleo de la teoría del delito, es decir, en la antijuricidad y culpabilidad, y a ello se aplican de modo intenso las teorías funcionalistas. La fortaleza de la culpabilidad ya ha sido rendida, de un modo especialmente claro en el ámbito de las causas de exculpación, pero también en el marco de las causas de inimputabilidad. Los intentos de realizar la misma tarea en la antijuricidad tropiezan con muchas mayores dificultades.

En último término, para el autor sólo se podrá ceder definitivamente a la presión ejercida por tales puntos de referencia cuando se alcancen unos niveles de acuerdo notablemente más amplios sobre cuáles sean los fines y límites de la pena a perseguir y las consecuencias que de tal propósito deben derivarse. El proceso actual, en cualquier caso, implica un serio cuestionamiento del actual sistema de imputación, en especial porque refuerza notablemente la tendencia ya existente a desdibujar los límites de las diferentes categorías, y más si se ven desde las causas de exclusión de la responsabilidad (pp. 54-55, 62-68, 70, 80, 112-114, 225, 227) (7).

En efecto, sólo la contraposición entre causas de justificación e inculpabilidad es capaz de mostrar una cierta consistencia, basada ante todo en su pretensión de realizar dos explícitas, positivas y diferenciadas valoraciones jurídicas de la conducta, sea manifestando la concordancia con los contenidos del Derecho, sea constatando la ausencia de un comportamiento personal defectuoso por parte del autor. Las restantes causas de exclusión se mueven en un ámbito poco preciso

---

(7) Véase asimismo, PERRON, «Justificación...», *op. cit.*, p. 140.

y de escasa sustantividad, asumiendo contenidos asimismo reconducibles a las causas anteriores, u ocupándose, sin poseer la exclusividad, de aspectos parciales de las reflexiones ligadas a los fines y límites de la pena: Un análisis atento permite observar la estrecha vinculación entre las causas de exclusión del tipo y las causas de justificación por un lado, y las causas de inculpabilidad y las exigencias de la punibilidad por otro.

Se detiene el autor en la primera de estas conexiones, y resalta lo problemático que resulta distinguir entre atipicidad y justificación, como se muestra, entre otros lugares, en el consentimiento, la adecuación social y el riesgo permitido, problematicidad que se acentuará si se aceptan las pretensiones de algunos autores de introducir decididamente reflexiones sobre fines y límites de la pena en la justificación. Todo ello le lleva a concluir que la distinción es más de orden sistemático que valorativo: En la justificación se pretende enfatizar la coincidencia de la acción con las normas jurídicas, mientras que en la atipicidad no se daría tal pretensión.

Especialmente ilustrativo es el estudio que realiza el autor sobre las diferentes consecuencias prácticas que, según la causa de exclusión en la que nos movemos, se derivan para el autor, la víctima o los partícipes, o a tenor de los diversos procedimientos de resolución de las hipótesis de ausencia de los elementos objetivos, subjetivos, o parte de unos u otros: Mientras la contraposición justificación-inculpabilidad encuentra palpable reflejo, sobre todo en relación con la posición de la víctima, el error sobre los elementos objetivos y algunos supuestos de participación, aunque con menor intensidad de la que el divergente punto de partida conceptual hacía esperar, la distinción entre atipicidad y justificación, o entre inculpabilidad y no punibilidad apenas se percibe, de forma que todo se reduce a la dicotomía justificación-inculpabilidad (pp. 53-54, 62, 68, 72-73, 80, 84-89, 91-93, 110-111, 124, 126-128, 131-133, 225, 228).

Pero es que la distinción entre antijuricidad y culpabilidad también se tambalea en muchos momentos. Ante todo, porque se acepta de modo cada vez más generalizado la necesidad de proceder a una objetivación o normativización de los elementos de la culpabilidad, dada la imposibilidad de afirmar de modo general o de verificar en el supuesto aislado la presencia del libre albedrío: Esto hace que antijuricidad y culpabilidad ya no se distingan cualitativamente, a tenor de su relación con la persona del autor, sino que sólo haya una diferencia cuantitativa en función del grado de objetivación.

La auténtica vía de difuminación entre las categorías de antijuricidad y culpabilidad circula, sin embargo, a través de la relación entre las causas de justificación y las de exculpación. Estas, en especial en Alemania, se han ido paulatinamente desvinculando de las restantes causas de exclusión de la culpabilidad, singularmente de las de inimputabilidad. Para ello se ha considerado a las últimas como expresión de los presupuestos positivos de la culpabilidad, por más que a través de una formulación negativa y debiéndose de conformar con aludir a criterios de normalidad. Por el contrario, las causas de exculpación han pasado a configurarse como expresión de determinadas situaciones conflictivas productoras de una notable presión motivacional: El limitado e inconexo ámbito de hipótesis que abarcan, que ha impedido consolidar al menos en los delitos dolosos la vigencia general de un principio valorativo que les sirviera de cobertura (la inexigibilidad de obediencia al Derecho), unido a la similitud de los conflictos a los que atien-

den con parte de las incluidas en las causas de justificación, ha hecho que obtenga progresivo predicamento la concepción de las causas de exculpación como hipótesis de disminución sustantiva no sólo de la culpabilidad, sino también del injusto, además de puerto de acogida de reflexiones basadas en los fines y límites de la pena.

A partir de tal situación le resulta fácil a Perron concebir las causas de exculpación como situaciones de conflicto similares a las de la justificación, pero en las que no prima el interés perseguido por el autor, y establecer una concepción expansiva de la antijuricidad que se introduce en las causas de exculpación por la vía de resaltar las referencias subjetivas de la conducta. Tal actitud se ve reforzada con la constatación de que las diferencias en las consecuencias prácticas derivadas de moverse en la justificación o en la exculpación, aun existiendo, son mucho menores de lo que cabía suponer; incluso en ciertas hipótesis de concurrencia incompleta de los elementos de la justificación se abre la posibilidad de pasar, sin solución de continuidad, a la exculpación.

Tan intensa aproximación entre justificación y exculpación sólo se vería hoy por hoy frenada por el interés en no crear la impresión de que el legislador no se toma en serio sus propias normas, lo que explicaría la habitual interpretación restrictiva de las causas de exculpación (pp. 60-61, 71, 89, 90-93, 109-114, 116, 120, 123-133, 224).

De la precedente exposición del autor parece desprenderse que la progresiva incorporación de las reflexiones basadas en los fines y límites de la pena en las diferentes categorías del delito acentuaría una evolución ya existente y tendente a difuminar cada vez más las diferencias entre las unidades básicas de la imputación. Tal dirección habría encontrado su inicio y apoyo definitivo con la objetivación o normativización de diferentes aspectos de la culpabilidad.

En mi opinión está aún por demostrar que el incremento de los componentes normativos y, entre ellos, de las reflexiones sobre los fines y límites de la pena deba producir necesariamente tales efectos en el sistema de imputación. La normativización puede entenderse igualmente como un instrumento que permite precisar mejor que hasta ahora las peculiaridades valorativas de cada una de las categorías dogmáticas, que ven así potenciados sus puntos de partida axiológicos.

Si ello pudiera no estar sucediendo en estos momentos, incluso dando la impresión de todo lo contrario, ello se podría deber a que se han echado en saco roto las propuestas originales de inclusión de contenidos político-criminales en la teoría jurídica del delito, que ponían especial cuidado en asignar componentes normativos excluyentes a cada una de las categorías del delito. El afán por introducir masivamente tales contenidos en la teoría jurídica del delito ha hecho olvidar que no se pueden incluir indistintamente todos ellos en todas las unidades básicas de imputación, si no se quiere destruir toda la capacidad expresiva del sistema.

El problema, como en algún momento señala el autor cuya obra analizamos, no es el de conseguir la integración en la imputación de más o menos contenidos político-criminales, sino el de dilucidar cuáles queremos introducir y, sobre todo, *dónde* queremos insertarlos. Si esta última labor se realiza debidamente, asignando localizaciones exclusivas a los diferentes contenidos normativos, el sistema de imputación no caminará hacia su nivelación, sino, por el contrario, hacia un enriquecimiento notable de sus diferentes elementos integrantes, que habrán mejorado



notablemente su capacidad discriminatoria en el análisis del comportamiento humano.

4. El actual estado del sistema de imputación jurídico-penal español, en su triple vertiente legislativa, jurisprudencial y doctrinal, suscita impresiones contrapuestas desde la perspectiva alemana del autor. Le llama especialmente la atención el escaso diálogo e intercambio de opiniones que se registra entre la doctrina científica y la jurisprudencia, lo que se refleja en un deficiente estudio doctrinal de las corrientes jurisprudenciales en las diversas materias dogmáticas y en una ausencia de cualesquiera referencias doctrinales en las decisiones de los tribunales. Tal estado de cosas, que estima que parece cambiar en los últimos años, marca un agudo contraste con la situación alemana, a la que presenta como el resultado de una estrecha interacción entre legislación, jurisprudencia y doctrina.

Por lo demás, la jurisprudencia se ha mostrado muy remisa a asumir los conceptos dogmáticos elaborados por la ciencia penal y, a medida que, tardíamente, los va aceptando, no se logra desvanecer la impresión de que no es más que una aceptación nominalista, superficial, mientras que los argumentos que condicionan las decisiones se mueven con parámetros valorativos no siempre coincidentes con los propios de las diferentes unidades de imputación de la doctrina. Los progresos dogmáticos posteriores a Mezger siguen encontrando difícil encaje en los tribunales, por más que en los últimos tiempos se aprecian signos de cambio.

En cuanto a la doctrina científica, la considera como un claro ejemplo de cómo la construcción jurídico-dogmática alemana es traspasable a otros ordenamientos jurídicos, ya que viene reflejando punto por punto desde hace décadas cada una de las fases que se registran en la ciencia penal alemana, observándose únicamente desarrollos originales en el marco de las teorías funcionalistas. Por otra parte, demuestra un significativo grado de influencia sobre el legislador lo que, unido al buen nivel alcanzado y al proceso de reforma aún no concluido en España, lleva a pensar que sus potencialidades son grandes.

La legislación, y en concreto el Código penal español, muestra unas características similares a las poseídas por el Código penal alemán hasta 1975, es decir, una marcada ausencia de referencias expresas a las correspondientes categorías dogmáticas de la teoría jurídica del delito, algo que los proyectos de reforma no parecen querer modificar sustancialmente. Ello hace que las construcciones científicas tengan un mayor margen de maniobra, pero también que éstas se vean frenadas dada la inexistencia de un texto legal que, al menos en cuanto a sus conceptos básicos, las revalide inequívocamente (pp. 51-52, 61, 151-152, 156-157, 159-165, 170-173, 182, 199, 219, 226, 229-230).

En líneas generales, y como ya he señalado antes, el análisis del autor muestra un gran conocimiento de la situación española. Cabría hacer, no obstante, algunas observaciones: Se aprecia una marcada tendencia a establecer un excesivo paralelismo entre la evolución alemana y la española, que se limitaría a reflejar la anterior. Sin negar la estrechísima relación existente y las lógicas consecuencias que derivan del superior desarrollo de la dogmática alemana, parece injusta la conclusión de que la dogmática española sólo ha adquirido tintes originales en el marco de las teorías funcionalistas, como parece insinuar el autor. Con ello se pasa por alto la existencia de construcciones dogmáticas con peso propio ligadas, entre otros orígenes, a acertadas síntesis entre las influencias alemana e italiana, a la peculiar recepción del finalismo en España o a la actualización de

los enfoques causales o neoclásicos, reconocido por algún autor alemán (8), y sin citar reflexiones sobre aspectos aislados de la teoría jurídica del delito.

La alusión a la escasa proclividad hasta hace poco de la jurisprudencia a asumir sinceramente los avances en el desarrollo dogmático no puede menos que compartirse, teniendo más valor en cuanto provenientes de un observador imparcial (9).

Todo análisis de un sistema extranjero se presta, pese a todo, a errores de interpretación, y en este sentido, a mi juicio, hay algunos puntos de la situación española que el autor ha interpretado discutiblemente: Entre ellos cabe citar el considerar que la mayoritaria aceptación doctrinal, tras la reforma de 1983, del error sobre los presupuestos de una causa de justificación como un error de prohibición a tenor del art. 6 bis a) p. 3 se debe a los resultados notablemente atenuadores de la pena a que da lugar (pp. 186-188, 214, 219), el creer que la distinción entre enajenación mental y trastorno mental transitorio es sustancialmente de tipo cronológico (pp. 201-202), el dar a entender que el Tribunal Supremo parte de una teoría subjetiva de autor (p. 212), la apresurada afirmación, aun refiriéndola sólo a la jurisprudencia, de que se adopta un estricto enfoque formal de modo que se niega la presencia de causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad en la Parte Especial del Código penal (pp. 178, 208-209, 221, 228), o la excesiva vinculación a la problemática alemana que le impide enfocar debidamente el análisis de los avatares que dan lugar a la actual exigencia española de estado de necesidad o de sus diversas tentativas de interpretación (pp. 191-194). Quizás el mismo defecto explique la ausencia de toda referencia a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (arts. 9 y 10), procedente en tanto en cuanto destacados autores tienden a integrar su estudio en el de la teoría jurídica del delito y a precisar sus vinculaciones al injusto o a la culpabilidad, rehuendo tratarlas como meros criterios de determinación de la pena (10).

Pero puede resultar especialmente interesante comprobar si el autor piensa que la problemática alemana que más arriba hemos visto es asimismo la española y, eventualmente, en qué grado y con qué peculiaridades.

Registra el autor cómo también en el sistema de imputación jurídico-penal español se van introduciendo ininterrumpidamente valoraciones basadas en los fines y límites de la pena, y cómo la ciencia penal española ha estimado con frecuencia conveniente crear una categoría independiente, nunca bien fundamentada y precisada, que sería la de la punibilidad, en la que se encuadrarían buena parte de los componentes político-criminales que no hallarían cabida en las restantes categorías del delito. Por otra parte, existen notables esfuerzos de elaboración funcionalista de la teoría jurídica del delito, que lograrían introducir esas reflexiones en sectores más nucleares: El funcionalismo español le parece al autor original y coherente, por más que en ningún momento se plantearía modificar,

(8) Véase *Jescheck, op. cit.*

(9) Véanse afirmaciones de CEREZO MIR, en «Tagungsbericht...», *op. cit.*, p. 926, quien, compartiendo el diagnóstico de PERRON, resalta la aceptación jurisprudencial de algunas propuestas doctrinales.

(10) Se refiere con acierto a algunos de los aspectos acabados de mencionar, CEREZO MIR, «Tagungsbericht...», *op. cit.*, pp. 926-929.

a diferencia de algunos autores alemanes, la estructura del sistema de imputación tradicional, sino simplemente fundamentar de modo distinto las actuales categorías. Estima que su eco es por el momento limitado, a lo que no sería ajena su excesiva y unilateral vinculación a planteamientos de prevención general de difícil comprobación empírica (pp. 160, 165-166, 173, 182, 219, 226).

La distinción entre las causas de exclusión del tipo y las de justificación le parece mucho menos cuestionada en España que en Alemania, lo que atribuye a la persistencia de diferencias en el tratamiento del error, así como, en un análisis en mi opinión erróneo, a la escasa discusión que ha suscitado la teoría de los elementos negativos del tipo y a la tendencia a discriminar entre unas u otras causas de exclusión según estén en la Parte Especial o General del Código penal. Esto último le lleva a hablar de una distinción puramente formal (pp. 175-177, 218-219, 228) (11). El desarrollo de los postulados dogmáticos, sea para profundizar en sus virtualidades, sea para poner de manifiesto sus insuficiencias e incongruencias, se ve notablemente frenado por la actitud jurisprudencial negadora de las eximentes por analogía, que impide sacar las debidas consecuencias de las categorías de antijuricidad y culpabilidad, a lo que se une la actitud, también jurisprudencial, profundamente restrictiva en la aplicación de las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad (pp. 150, 153, 171, 188-190, 192, 199, 203, 209, 219-221) (12).

Pese a todo lo anterior, se aprecian asimismo en España, a juicio del autor, esa aproximación entre las diferentes causas de exclusión a la que aludíamos más arriba. A estos efectos realiza también un análisis de las diferentes consecuencias prácticas que se derivan en nuestro ordenamiento jurídico de partir de una u otra causa de exclusión: En líneas generales, la situación es idéntica a la alemana, si bien se aprecia una mayor consistencia de la distinción atipicidad-justificación por las razones ya dichas mientras que, en contrapartida, y por los motivos que enseguida veremos, se produce en la práctica una acentuada coincidencia entre los resultados a los que llevan los supuestos de justificación y exculpación (pp. 209-218, 227-229). En todo caso, cabe decir que se aprecia en su análisis cierta tendencia a borrar o simplificar las diferencias entre las causas de exclusión más allá de lo que resulta una interpretación aceptable, como muestra su referencia a la autoría mediata como instrumento dogmático con el que pretendidamente se estarían difuminando las diferencias de trato a los partícipes derivadas de la presencia de una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad en el autor (13).

De gran interés resulta el análisis de la relación entre las causas de justificación y de exculpación, lo que tiene previamente que ver con el escaso eco alcanzado en España por la pretensión de asignar a las causas de exculpación un sustrato conceptual significativamente distinto e independiente del de las restantes causas denominadas de exclusión de la culpabilidad, vía por la que los autores españoles no habrían llegado tan lejos como los alemanes (pp. 168, 179-181, 200, 214, 219).

---

(11) Criticó ya antes este enfoque de PERRON, *Cerezo Mir*, «Tagungsbericht...», *op. cit.*, p. 927.

(12) Véase asimismo lo que dice en «Justificación...», *op. cit.*, pp. 148, 154.

(13) Véase también esa crítica en CEREZO MIR, «Tagungsbericht...», *op. cit.*, p. 928.

En efecto, la interpretación extremadamente restrictiva de todas las eximentes por la jurisprudencia más la poca atención prestada a las causas de exculpación habría hecho que éstas no se aplicaran, y que la confrontación justificación-exculpación hubiera sido sustituida por la existente entre eximentes completas e incompletas. Así, las últimas vendrían a desempeñar, en relación con la causa de justificación correspondiente, el papel de las causas de exculpación alemanas: Estaríamos ante un segundo nivel de valoración de las conductas en el que se habría producido plenamente la vinculación entre justificación y exculpación, ya que ésta se identificaría con la apreciación incompleta de la respectiva causa de justificación.

Esta situación, que se considera una peculiaridad española, aunque se aprecian también situaciones próximas de menor claridad en otros ordenamientos jurídicos (14), podría implicar un avance sustancial en la reformulación del sistema de imputación jurídico-penal: La opción alemana favorable a autonomizar las causas de exculpación tiene el defecto de suponer una complicación dogmática adicional y, sobre todo, de causar una debilitación de la prevención y motivación por la norma excesivas, sin que, por otra parte, deje de ser una renuncia a la pena en último término estrechamente ligada a las tradicionales causas de exclusión de la culpabilidad. Por el contrario, la solución de las eximentes incompletas, así como el «Absehen von Strafe» alemán, constituyen alternativas prometedoras, pues se logra atender al conflicto sin que ello obligue a renunciar al reproche como en la actual exculpación (pp. 205-206, 212-213, 215-216, 217, 222, 229, 231-232) (15).

La exposición anterior resulta sugerente, como se demostró al centrar toda la discusión en la sesión académica del Consejo de Administración del Instituto Max Planck, en la que Perron presentó sus conclusiones (16). Sin negarle por mi parte tal cualidad, estimo que deben hacerse las siguientes observaciones: Se aprecia ante todo un cierto sesgo en el análisis debido a la óptica alemana adoptada; la regulación del StGB hace que el autor vea la eximente de miedo insuperable como una hipótesis superponible a los supuestos de excesos en la legítima defensa, sin una entidad y problemática propias, a lo que coadyuva sin duda el rigor jurisprudencial en su aplicación. En segundo lugar, la solución de las eximentes incompletas no sólo se está aplicando a casos que pueden ser conceptualmente de exculpación, sino que asimismo se aplica regularmente en auténticos casos incompletos de justificación, así como en las hipótesis de imputabilidad disminuida.

En cualquier caso, el análisis del autor nos confronta una vez más con una actitud jurisprudencial especialmente cicatera en la aplicación de las eximentes, a la que resulta difícil encontrar un sentido más allá de la obstinación jurisprudencial en no asumir sinceramente los conceptos dogmáticos. Nos recuerda a su vez la utilidad, por nadie negada, de la presencia de las exenciones incompletas

---

(14) Véanse las referencias hechas por diversos autores en «Tagungsbericht...», *op. cit.*, pp. 930, 932-933, 936, 937.

(15) Véase asimismo PERRON, «Justificación...», *op. cit.*, pp. 148, 151, 155.

(16) Véase «Tagungsbericht...», *op. cit.*

en nuestro ordenamiento, sólo oscurecida por la poco fundada diferenciación entre elementos esenciales e inesenciales (17).

Queda concluir reiterando de nuevo la inteligente y detenida aportación realizada por el autor a la comparación de las dogmáticas alemana y española, con el mérito adicional de haberla insertado en la moderna discusión sobre la futura configuración del sistema de imputación jurídico-penal.

JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS  
Catedrático de Derecho penal.  
Universidad de Málaga

---

(17) Realiza un análisis crítico de tal interpretación de las eximentes incompletas CEREZO MIR, «Tagungsbericht...», *op. cit.*, p. 928.



## Revista de revistas

### «JURISTISCHE ARBEITSBLÄTTER»

Con la presente reseña se pretende ofrecer al lector una información sobre todos los artículos y colaboraciones referentes a Derecho Penal aparecidos en la revista jurídica alemana «Juristische Arbeitsblätter» en los años 1985 a 1987. En lo relativo a este período me limitaré a recoger el título de los artículos, su traducción y ubicación (año, cuadernillo y página) en la revista. En la próxima colaboración con el Anuario comenzaré ya con el año 1988, haciendo un comentario del contenido de los trabajos más interesantes, aparte de seguir ofreciendo una mención exhaustiva de lo publicado.

#### I. BEITRÄGE (Colaboraciones)

##### 1. AÑO 1985

**SEIER, Jürgen:** «Probleme des Umweltstrafrechts —dargestellt anhand von dss Fallbeispielen» (Problemas de Derecho penal del medio ambiente —exuestos a base de ejemplos prácticos—), 1, pp. 23-30.

**HERZBERG, R. D.:** «Beteiligung an einer Selbstötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt» (Participación en un suicidio o autopuesta en peligro mortal como delito de homicidio), 3, pp. 131-138; 4, pp. 177-185; 5, pp. 265-272; 6, pp. 336-345.

**WUNDERLICH, F.:** «Rechtsfolgen der Jugendstraftat» (Consecuencias jurídicas del delito juvenil), 4, pp. 185-191.

**SEIER, Jürgen:** «Der Schutz vor Ladendiebstahl durch Sicherungsetiketten —Zugleich eine Anmerkung zu OLG Stuttgart, NStZ 1985, 76» (La protección contra el hurto en tiendas mediante etiquetas de seguridad —al mismo tiempo,

un comentario a la resolución de 29-10-1984 del OLG de Stuttgart—), 7, pp. 387-392.

**SOLBACH, Günter:** «Haftbeschwerdeentscheidung als Aufgabe der strafrechtlichen Assessor Klausur» (Providencia del recurso contra el auto de prisión como tema en la prueba escrita («clausura») del Derecho penal del segundo examen de Estado para funcionario), 7, pp. 392-395.

**KÜPPER, Georg:** «Grundprobleme der Beleidigungsdelikte, §§ 185 ss. StGB» (Problemas básicos de los delitos de injurias, párrafos 185 y siguientes del StGB), 8-9, pp. 453-462.

**JANISZEWSKI, Udo:** «Eindringen durch Unterlassen?» (¿Allanamiento por omisión?), 11, p. 572.

**SUHR, Christian:** «Zur Strafbarkeit von verdeckt operierenden Polizeibeamten» (De la punibilidad de los funcionarios de policía que proceden clandestinamente), 12, pp. 629-634.

## 2. AÑO 1986

**Van LOOK, Frank:** «Aufbau und Problemschwerpunkte strafrechtlicher Revisionsgutachten» (Estructura y problemas centrales del dictamen de recurso de casación jurídicopenal), 2, pp. 82-85.

**HERZBERG, Rolf D.:** «Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage» (Actuación con desconocimiento de una situación de justificación), 4, pp. 190-201.

**KLEB-BRAUN, Gabriele:** «Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus "Volljuristischer" Sicht /1» (Abuso de tarjetas codificadas y casos relativos a libretas de ahorro desde una perspectiva «jurídica global»), 5, pp. 249-260.

**ROHRER, Guido:** «Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente» (Sobre la inexistencia de elementos subjetivos de justificación), 7, pp. 363-369.

**HERZBERG, Rolf Dietrich:** «Subjektive Rechtfertigungselemente?» (¿Elementos subjetivos de justificación?), 11, pp. 541-543.



## 3. AÑO 1987

**PRITTWITZ, Cornelius:** «Sitzblockaden — ziviler Ungehorsam und strafbare Nötigung?» (Bloqueo mediante «sentadas»: ¿desobediencia civil o coacción penal?), 1, pp. 17-28.

**LÖFFELER, Peter:** «“In dubio pro reo” — einheitliche Antwort auf alle Zweifelsfragen?» («In dubio pro reo»: ¿respuesta uniforme a todas las cuestiones dudosas?), 2, p. 7784.

**SOLBACH, Günter:** «Rechtsbeschwerdeentscheidung als Aufgabe der strafrechtlichen Assesorklausur» (Providencia del recurso contra el auto de prisión como tema jurisdiccional de la «clausura» para funcionarios), 3, pp. 134-139.

**BLOY, René:** «Der Diebstahl als Aneignungsdelikt» (El hurto como delito de apropiación), 4, pp. 187-191.

**NEUMANN, Ulf:** «Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des “Opfers”» (La punibilidad de la participación en el suicidio como problema de la propia responsabilidad de la «víctima»), 5, pp. 244-256.

**SOLBACH, Günter/SOLBACH, Thomas:** «Zur Frage der Strafbarkeit einer Venenpunktion zum Zwecke einer “routinemäßigen” Untersuchung auf “AIDS”» (De la cuestión de la punibilidad de una punción venosa con el fin de un reconocimiento rutinario sobre el SIDA), 6, pp. 298-300.

**BLOY, René:** «Anstiftung durch Unterlassen?» (¿Inducción por omisión?), 10, pp. 490-497.

## II. AUFSÄTZE IN ZEITSCHRIFTEN. ÜBERSICHT: STRAFRECHT [Revista de artículos sobre Derecho penal (\*)]

## 1. AÑO 1985

(Berichtszeitraum: August bis Oktober 1984)

(Período: agosto a octubre de 1984)

---

(\*) La JA recoge en este apartado pequeñas reseñas sobre artículos publicados en otras revistas jurídicas, ordenados cronológicamente por períodos en los que se publicaron.

**SPANNHORST, B.:**

- MAIWALD: «Zur Problematik der “besonders schweren Fälle” im Strafrecht» (De la problemática de los «casos especialmente graves» en Derecho penal), (NStA 1984, pp. 433-440), 2, pp. 92-93.
- MAATZ: «Zur Anrechnung von in anderer Sache erlittener Untersuchungshaft nach § 51 StGB —ein Beitrag zum Begriff der Verfahrenseinheit» (Del abono de prisión preventiva sufrida en otra causa según el § 51 StGB —una contribución al concepto de unidad del proceso—) (MDR 1984, pp. 712-716), 2, p. 93.
- SCHLÜCHTER: «Zur unvollkommenen Kongruenz zwischen Kredit- und Scheckkartenmißbrauch» (De la imperfecta congruencia entre abuso de tarjetas de crédito y cheques) (JuS 1984, pp. 675-680), 2, pp. 93-94.
- KÖHLER: «Zur Strafbarkeit des Mordes bei “außergewöhnlichen Umständen» (De la punibilidad del asesinato con «circunstancias extraordinarias») (JuS 1984, pp. 762-770), 2, p. 94.
- AMELUNG/WEIDEMANN: «Förderung einer Selbstschädigung im Maßregelvollzug» (Fomento de un autodaño en la ejecución de medidas) (JuS 1984, pp. 595-601), 1, p. 94.
- WEIDER: «Die Strafmilderung für den Aufklärungshelfen nach § 31 Nr 1 BtMG» (La atenuación de la pena para los colaboradores en el esclarecimiento de los hechos según el § 31 Nr 1 BtMG) (NStZ 1984, pp. 391-399), 2, p. 95.
- DAHS: «Zum Persönlichkeitsschutz des “Verletzten” als Zeuge im Strafprozeß» (De la salvaguardia de la personalidad del «lesionado» como testigo en el proceso penal) (NJW 1984, pp. 1921-1927), 2, p. 95.
- DÖRR: «Rechtsschutz gegen vollzogene Durchsuchungen und Beschlagnahmen im Strafermittlungsverfahren» (Protección jurídica contra registros e incautaciones efectuados en la instrucción del sumario penal) (NJW 1984, pp. 2258-2262), 2, p. 95.
- SIEG: «Verwertungsverbot für Aussagen eines Beschuldigten im Ermittlungsverfahren ohne Belehrung nach § 136 I 2 StPO?» (¿Prohibición de utilización de declaraciones de un acusado en la instrucción del sumario sin consejo según el § 136, I, 2, StPO?) (MDR 1984, pp. 725-726), 2, pp. 95-96.
- ULSENHEIMER: «Zur Rücknahme des Eröffnungsbeschlusses bei Wegfall des Tatverdachts» (De la cancelación del auto de apertura en caso de desaparición de los indicios objetivos de criminalidad) (NStZ 1984, pp. 440-445), 2, p. 96.
- RÜPING/ARLOTH: «Steuergeheimnis und Strafverfahren» (Secreto fiscal y proceso penal) (DB 1984, pp. 1795-1797), 2, p. 96.

(Berichtszeitraum: November 1984 bis Januar 1985)

(Período: noviembre de 1984 a enero de 1985)

**BEHM, A./ROTH, G.:**

- PUPPE: «Der halbherzige Rücktritt. Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46» (El desistimiento semiespontáneo. A la vez un comentario al BGHSt 31, 46) (NStZ 1984, pp. 488-491), 5, p. 282.
- HERZBERG: «Der Anfang des Versuchs bei mittelbarer Täterschaft» (El comienzo de la tentativa en el supuesto de autoría mediata) (JuS 1985, pp. 1-9), 5, pp. 282-283.
- KRÜMPELMANN: «Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten» (Acerca de la crítica de la teoría de la comparación del riesgo en los delitos de resultado imprudentes) (GA 1984, pp. 491-510), 5, p. 283.
- BINDOKAT: «Verursachung durch Fahrlässigkeit» (Causación por imprudencia) (JuS 1985, pp. 32-35), 5, p. 283.
- SCHROTH: «Notwehr bei Auseinandersetzungen in engen persönlichen Beziehungen» (Legítima defensa en caso de disputas en estrechas relaciones personales) (NjW 1984, pp. 2562-2564), 5, p. 283.
- TIMPE: «Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 351 StGB) und zum Notwehrerzeß, § 33 StGB» (Casos fundamentales acerca del estado de necesidad disculpante y del exceso en la legítima defensa) (JuS 1984, pp. 859-865; 1985, pp. 35-39), 5, p. 283.
- PAEFFGEN: «Die Ausweitung des “Rausch”-Begriffs (§ 323 a StGB) — Ein unaufhaltsamer Prozeß?» (La ampliación del concepto «embriaguez», § 323 a StGB —¿Un proceso incontenible?—) (NStZ 1985, pp. 8-13), 5, p. 283.
- LIEBEN: «Gleichstellung von “versuchtem” und “vollendetem” Regelbeispiel? — Zur Strafrahmenwahl bei den §§ 242, 243 StGB» (¿Equiparación del ejemplo típico «intentado» y «consumado»? — Acerca de la elección del marco penal en los §§ 242 y 243 StGB—) (NStZ 1984, pp. 538-541), 5, p. 284.
- GIEHRING: «Pazifistisch radikale Kritik als Volksverhetzung?» (¿Crítica radical pacifista como instigación popular?) (StrVert 1985, pp. 30-36), 5, p. 284.
- REBMANN: «Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung» (La intervención del funcionario de policía que actúa clandestinamente en el ámbito de la persecución penal) (NJW 1985, pp. 1-6), 5, p. 284.
- KELLER: «Polizeiliche Observation und strafprozessuale Wahrheitsfindung»

- (Observancia policial y esclarecimiento procesal de la verdad) (StrVert 1984, pp. 521-527), 5, p. 284.
- DINGELDEY: «Der Schutz der strafprozessualen Aussagefreiheit durch Verwertungsverbote bei außerstrafrechtlichen Aussage- und Mitwirkungspflichten» (La protección de la libertad de prestar declaración en el proceso penal, mediante la prohibición de utilizar declaraciones derivadas de los deberes de cooperación y declaración extrapenales) (NstZ 1984, pp. 529-534), 5, pp. 284-285.
  - VOGT/KURTH: «Der Streit um die Frankfurter Schöffenwahl» (La discusión sobre la elección de jurado de Frankfurt) (NJW 1985, p. 103), 5, p. 285.
  - WEISS/MEYER: «Das "Schöffenwahlurteil" des BGH» (La sentencia del BGH sobre la elección de jurado) (NJW 1984, p. 2804), 5, p. 285.

**(Berichtszeitraum: Oktober 1984 bis April 1985)**

**(Período: octubre de 1984 a abril de 1985)**

**TESKE, Doris:**

- GROß: «Zum Entwurf eines... Strafrechtsänderungsgesetzes» (Acerca del Proyecto de una... Ley para la reforma del Derecho penal) (StrVert 1985, 81 ff.), 7, pp. 398-399.
- SCHALL: «Die Sanktionsalternative der gemeinnützigen Arbeit als Surrogat der Geldstrafe» (La sanción alternativa del trabajo de utilidad general como sucedáneo de la pena de multa) (NStZ 1985, 104 ff.), 7, p. 399.
- MÜLLER, Hans E.: «Zum Strafzumessungsrecht» (Acerca del Derecho de medición de la pena), 7, p. 400.
- BRUNS: «Gedanken zum Thema "Strafzumessung und relative Gerechtigkeit"» (Ideas sobre el tema «Determinación de la pena y justicia relativa»), 7, p. 400.
- BARNSTORF: «Unwirksamkeit des Strafantrags» (Ineficacia de la querrela penal) (NStZ 1985, 67 ff.), 7, p. 400.
- GROPP: «Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rechtsprechung» (Participación en el suicidio y eutanasia en la jurisprudencia) (NStZ 1985, 97 ff.), 7, pp. 400-401.
- SCHMITT: «Ärztliche Entscheidungen zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht» (Decisiones médicas entre vida y muerte desde un punto de vista jurídico-penal) (JZ 1985, 365 ff.), 7, p. 401.
- SOMMER: «Lücken im Strafrechtsschutz des § 240 StGB?» (¿Lagunas en la protección penal del § 240 StGB?) (NJW 1985, p. 769), 7, p. 401.
- OSTENDORF/MEYER-SEITZ: «Die strafrechtlichen Grenzen des polizeilichen Lockspitzeinsatzes» (Las fronteras jurídico-penales en la intervención policial como agente provocador) (StrVert 1985, 7 ff.), 7, pp. 401-402.

**(Berichtszeitraum: Mai bis Juli 1985)**

**(Período: mayo a julio de 1985)**

**LANGER, Stefan:**

- BENFER: «Zum Begriff “Rechtmäßigkeit der Amtshandlung” in § 113 III StGB» (Acerca del concepto «legitimidad de la actuación oficial» en el § 113 III StGB) (NStZ 1985, pp. 255-256), 10, p. 528.
- CALLIES: «Der strafrechtliche, Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit» (El tipo jurídico-penal de coacción y el mandato constitucional de precisión típica) (NJW 1985, pp. 1506-1513), 10, p. 528.
- BROHM: «Demonstrationsfreiheit und Sitzblockaden» (Libertad de manifestación y «sentadas» que bloquean el paso) (JZ 1985, pp. 501-511), 10, pp. 528-529.
- RENGIER: «“Dreieckerpressung” gleich “Dreiecksbetrug”?» («Chantaje triangular» igual «estafa triangular») (JZ 1985, pp. 565-569), 10, pp. 529-530.
- FRIEDRICH: «Strafbarkeit des Endabnehmers von Raubkopien?» (¿Punibilidad del último comprador de copias robadas?) (MDR 1985, pp. 366-368), 10, p. 530.
- MEYER-GÖBNER: «Verfahrensverbindungen im Strafprozeß ohne gesetzliche Grundlage?» (Ligaduras de procedimiento en el proceso penal sin fundamento legal?) (DRiZ 1985, pp. 241-247), 10, pp. 530-531.

## 2. AÑO 1986

**(Berichtszeitraum: August bis Oktober 1985)**

**(Período: agosto a octubre de 1985)**

**KLEIN, Walter:**

- EBERT: «Der Schutzzweck von Geschwindigkeitsvorschriften als Problem objektiver Erfolgzurechnung» (El fin de protección de preceptos relativos a velocidad como problema de imputación objetiva del resultado) (JR 1985, 356 ff.) 1, p. 34.
- GÖSSEL: «Probleme notwendiger Teilnahme bei Betrug, Steuerhinterziehung und Subventionsbetrug» (Problemas de participación necesaria en caso de estafa, defraudación fiscal y estafa de subvenciones) (wistra 1985, 125 ff.), 1, p. 35.
- NIERWTBERG: «Leistungen nach dem BAföG als Bemessungsgrundlage für die Tagessatzhöhe bei Studenten» (Prestaciones según la BAföG como fundamento de medición para la cuantía del día multa en caso de estudiantes) (JR 1985, 316 ff.), 1, p. 35.
- RÜPIG: «Beendigung der Tat und Beginn der Verjährung» (Terminación del hecho y comienzo de la participación) (GA 1985, 437 ff.), 1, p. 35.

- BAUER: «Nochmals (Kein) Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort bei Verlassen der Unfallstelle als letzter» (De nuevo: no existe abandono prohibido del lugar del accidente por parte del último en abandonar dicho lugar) (NSTZ 1985, 301 ff.), 1, pp. 35-36.
- GÜNTHER: «Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente» (Elementos de justificación de disminución del injusto en el asesinato) (JR 1985, 268 ff.), 1, p. 36.
- KUTZER: «Strafrechtliche Überlegungen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten und zur Zulässigkeit der Sterbehilfe» (Consideraciones jurídico-penales acerca del derecho de autodeterminación del paciente y de la admisibilidad de la eutanasia) (MDR 1985, 710 ff.), 1, p. 36.
- RENGIER: «Genügt die "bloÙe" Bedrohung mit (Schuß) Waffen zum "Sichbemächtigen" im Sinne der §§ 239 a, 239 b StGB?» [¿Es suficiente la mera amenaza con armas de fuego para «apresar» en el sentido de los §§ 239 a) y 239 b) StGB?] (GA 1985, 314 ff.), 1, p. 36.
- RUPP: «Zur strafrechtlichen Verantwortung des "bösgläubigen" Softwareerwerbers» (De la responsabilidad jurídico-penal de quien adquiere «software» de mala fe) (wistra 1985, 137 ff.), 1, p. 36.
- HUFF: «Die strafbarkeit im Zusammenhang mit Geldautomaten» (La punibilidad en relación con las máquinas automáticas de dinero) (NSTZ 1985, 438 ff.), 1, pp. 36-37.
- KUSCH: «Die Strafbarkeit von Vollzugsbediensteten bei fehlgeschlagenen Lockerungen» (La punibilidad del personal encargado de ejecución de penas en el caso de relajación en las mismas que las hace fracasar) (NSTZ 1985, 385), 1, p. 37.

**(Berichtszeitraum: November 1985 bis Januar 1986)**

**(Período: noviembre de 1985 a enero de 1986)**

**SPANNHORST, B.:**

- PUPPE: «Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt» (Acerca de la distinción entre tentativa acabada e inacabada en caso de desistimiento) (NSTZ 1986, pp. 14-18), 4, p. 207.
- LOOS: «Zur Einschränkung der Notwehr in Garantenbeziehungen» (De la restricción de la legítima defensa en relaciones de garante) (JuS 1985, pp. 859-863), 4, p. 207.
- LIMBACH: «Zur Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe» (Acerca de la punibilidad de la violación en el matrimonio) (ZRP 1985, pp. 289-291), 4, pp. 207-208.

- STERNBERG-LIEBEN: «Strafbarkeit des Arztes bei Verstoß gegen ein Patienten-Testament» (Punibilidad del médico en caso de infracción contra un testamento del paciente) (NJW 1985, pp. 2734-2739), 4, p. 208.
- CHARALAMBAKIS: «Die Nichtbezahlung beim Selbstbedienungstanken —Eine kritische Diskussionsübersicht» (El impago en el autoservicio de carburante —Una panorámica crítica de la discusión—) (MDR 1985, pp. 975-978), 4, p. 208.
- FABRY: «Der besonders schwere Fall der versuchten Tat» (El caso especialmente grave del delito intentado) (NJW 1986, pp. 15-20), 4, pp. 208-209.
- TRUNK: «Der Vermögensschaden nach § 253 StGB beim Rückverkauf des gestohlenen Gutes an den Eigentümer» (El daño patrimonial según el § 253 en caso de reventa del bien robado al propietario) (JuS 1985, pp. 944-947), 4, p. 209.
- BRINGEWAT: «Der Kreditkartenmißbrauch —eine Vermögensstraftat» (El abuso de tarjetas de crédito —un delito patrimonial—) (NStZ 1985, pp. 535-537), 4, p. 209.
- LABSCH: «Der Kreditkartenmißbrauch und das Untreuestrafrecht» (El abuso de tarjetas de crédito y el Derecho penal sobre la gestión desleal) (NJW 1986, pp. 104-110), 4, pp. 209-210.
- WEIDER: «Die neue Rechtsprechung zum Aufklärungsgehilfen nach § 31 BtMG» (La nueva jurisprudencia sobre la ayuda al esclarecimiento de los hechos según el § 31 BtMG) (NStZ 1985, pp. 481-185), 4, 210.

**(Berichtszeitraum: Februar bis April 1986)**

**(Período: febrero a abril de 1986)**

**JORDAN, A.-D.:**

- DAHS, Hans: «Zur strafrechtlichen Haftung des Gewässerschutzbeauftragten nach § 324 StGB» (Acerca de la responsabilidad penal del encargado de la protección de las aguas según el § 324 StGB) (NStZ 1986, p. 97), 7 p. 369.
- DEARING, Albin: «Sitzblockade und Gewaltbegriff —ein Vergleich der deutschen und der österreichischen Judikatur zur Nötigung» («Sentadas» que bloquean el paso y concepto de violencia —una comparación de la jurisprudencia alemana y austriaca sobre coacción—) (StrVert 1986, p. 125), 7, pp. 369-370).
- DÖLLING, Dieter: «Suizid und unterlassene Hilfeleistung» (Suicidio y omisión de socorro) (NJW 1986, p. 1011), 7, p. 370.
- FÜNFSINN, Helmut: «Die Rechtsfolgenlösung zur Umgehung der lebenslangen Freiheitsstrafe bei Mord» (La solución de las consecuencias jurídicas para

la evitación de la pena perpetua privativa de libertad en caso de asesinato) (Jura 1986, p. 136), 7, p. 370.

- HEINE, Günter: «Aspekte des Umweltstrafrechts im internationalen Vergleich» (Aspectos del Derecho penal del medio ambiente desde un punto de vista comparativo internacional) (GA 1986, p. 67), 7, p. 370.
- HERZBERG, Rolf D.: «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit —ein Problem des objektives Tatbestandes» (La delimitación entre dolo e imprudencia consciente —un problema del tipo objetivo—) (Jus 1986, p. 249), 7, p. 370.
- JUNG, Heike: «Der Kronzeuge —Garant der Wahrheitsfindung oder Instrument der Überführung?» [El testigo principal («testigo de la verdad») —¿garante del esclarecimiento de la verdad o instrumento de la condenación?—] (ZRP 1986, p. 38), 7, p. 370.
- KÜHL, Kristian: «Landfriedensbruch durch Vermummung und Schutzbewaffnung?» (¿Alteración del orden público por disfraz y armamento para protección?) (NJW 1986, p. 874), 7, pp. 370-371.
- MONTENBRUCK, Axel: «Zur “Beteiligung an einer Schlägerei”» (Acerca de la «participación en una riña tumultuaria») (JR 1986, p. 138), 7, p. 371.
- OFFERMANN, Susanne: «Nachruf auf einen Meinungsstreit —zur strafrechtlichen Erfassung des Scheck— und Kreditkartenmißbrauchs» (Adiós a una divergencia de opiniones —acerca del abuso de cheques y tarjetas de crédito—) (wistra 1986, p. 50), 7, p. 371.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard: «Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?» (¿Qué ha pasado con la teoría final de acción?) (JZ 1986, p. 109), 7, p. 371.
- WEIGEND, Thomas: «Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen» (Sobre el fundamento de la impunidad en caso de consentimiento de la víctima) (ZStW 98/1986, p. 44), 7, p. 371.

**(Berichtszeitraum: Mai bis Juli 1986)**

**(Período: mayo a julio de 1986)**

**TESTE, D.:**

- OSTENDORF: «Die Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach § 3 JGG —Der erste Einsteig in die Diversion» (El examen de la responsabilidad jurídico-penal según el § 3 JGG. El primer paso para una opinión discrepante) (JZ 1986, p. 664), 10, pp. 498-499.



- VOGLER: «Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat» (Tentativa y desistimiento en caso de participación de varios en el delito) (ZStW 1986, p. 331), 10, 499.
- BINDOKAT: «Fahrlässige Beihilfe» (Complicidad imprudente) (JZ 1986, p. 421), 10, p. 499.
- OTTO: «Strafrechtlicher Ehrenschatz und Kunstfreiheit der Literatur» (Tutela jurídico-penal del honor y libertad artística literaria) (NJW 1986, p. 1206), 10, p. 499.
- WALTER: «Ehrenschatz gegenüber Parteivorbringen im Zivilprozeß» (JZ 1986, p. 614) (...), 10, p. 500.
- WOLTER: «Verfassungskonforme Restriktion und Reform des Nötigungstatbestandes» (Protección del honor frente a alegaciones de parte en el proceso civil) (NStZ 1986, p. 241), 10, p. 500.
- HERZBERG: «Der Fall Hackethal: Strafbare Tötung auf Verlangen?» (El caso «Hackethal»: ¿homicidio consentido punible?) (NJW 1986, p. 1635), 10, 500.
- ACHENBACH: «Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität» (La segunda ley para la represión de la criminalidad económica) (NJW 1986, p. 1835), 10, p. 500.
- MÖHRENSCHLAGER: «Das neue Computerstrafrecht» (El nuevo Derecho penal relativo a «Computer») (wistra 1986, p. 128), 10, 500.
- TIEDEMANN: «Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmershaftung» (La responsabilidad penal del representante y del empresario) (NJW 1986, p. 1842), 10, p. 500.
- WELP: «Abhörverbote zum Schutz der Strafverteidigung» (Prohibición de «escuchas» para la protección de la defensa penal) (NStZ 1986, p. 294), 10, p. 500.

### 3. AÑO 1987

(Berichtszeitraum: August bis Oktober 1986)

(Periodo: agosto a octubre de 1986)

#### SPANNHORST, B.:

- HERZBERG: «Beendeter oder unbeendeter Versuch: Kritisches zur neuen Unterscheidung des BGH» (Tentativa acabada o inacabada: críticamente a la nueva distinción del BGH) (NJW 1986, pp. 2466-2471), 1, p. 37.

- SCHILD: «“Eindringen” (§ 123 I StGB) bei individuellem Betretungsverbot» («Allanamiento») en caso de prohibición individual de entrada) (NSTZ 1986, pp. 346-351), 1, p. 37.
- SEIB: «Zur Einführung eines strafbefreienden Rücktritts bei § 142 StGB durch Nachmeldung binnen 24 Stunden —Die Rechtsüberzeugung zur Strafbarkeit der Verkehrsunfallflucht und ihr Verhältnis zu straflosen Selbstbegünstigungshandlungen» (Acerca de la introducción de un desistimiento liberador de pena en el § 142 por notificación posterior en el plazo de 24 horas —la convicción jurídica para la impunidad de la huida del lugar del accidente y su relación con acciones impunes de autoencubrimiento) (JR 1986, pp. 397-401), 1, pp. 37-38.
- ARZT: «Recht auf eigenen Tod?» (¿Derecho a la propia muerte?) (JR 1986, pp. 309-314), 1, p. 38.
- ESER: «Freiheit zum Sterben —Kein Recht auf Tötung» (Libertad para morir —ningún derecho a la muerte—) (JZ 1986, pp. 786-795), 1, p. 38.
- SCHMITT: «Das Recht auf den eigenen Tod» (El derecho a la propia muerte) (MDR 1986, pp. 617-621), 1, p. 38.
- SCHREIBER: «Das Recht auf den eigenen Tod —zur gesetzlichen Neuregelungen der Sterbehilfe» (El derecho a la propia muerte; acerca de las nuevas regulaciones legales de la eutanasia) (NSTZ 1986, pp. 337-345), 1, p. 38.
- MITSCH: «Die Verwendung einer Codekarte durch einen Nichtberechtigten als Diebstahl» (La utilización de una tarjeta codificada por un ilegitimado como hurto) (JuS 1986, pp. 767-772), 1, pp. 38-39.
- DÖLLING: «Diebstahl in einen besonders schweren Fall bei Ausschaltung einer Alarmanlage in einem Kaufhaus?» (¿Hurto como caso especialmente grave en el supuesto de desconexión de un sistema de alarma en un gran almacén?) (JuS 1986, pp. 688-693), 1, p. 39.

**(Berichtszeitraum: Februar bis April 1987)**

**(Período: febrero a abril de 1987)**

**TESKE, D.:**

- KÜPER: «Grundsatzfragen der “Differenzierung” zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung» (Cuestiones fundamentales de la «diferenciación» entre justificación y exculpación) (JuS 1987, 81 ff.), 7, pp. 372-373.
- STRUENSEE: «Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts» (El tipo subjetivo del delito imprudente) (JZ 1987, 53 ff.), , p. 373.

- HERZBERG: «Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme» (Autoría, coautoría y accesoriadad de la participación) (ZStW 99/1987, pp. 49 y ss.), 7, p.373.
- CERNY: «§ 264 a StGB —Kapitalanlagebetrug, Gesetzlicher Anlegerschutz mit Lücken» (§ 264 a StGB: estafa de inversión de fondos, lagunas en la protección legal del inversor) (MDR 1987, pp. 271 y ss.), 7, pp. 373-374.
- WEBER: «Probleme der strafrechtlichen Erfassung des Euroscheck- und Euroscheckkartenmißbrauchs nach dem Inkrafttreten des 2 WiKG» (Problemas de la comprensión jurídico-penal del abuso de eurocheques y de tarjetas de eurocheque tras la entrada en vigor de la 2 WIKG) (JZ 1987, pp. 215 y ss.), 7, p. 374.
- HUFF: «Die mißbräuchliche Benutzung von Geldautomaten» (La utilización abusiva de máquinas automáticas de dinero) (NJW 1987, pp. 815 y ss.), 7, p. 374.

**(Berichtszeitraum: Mai bis Juli 1987)**

**(Período: mayo a julio de 1987)**

**SPANNHORST, Burkhard:**

- BLOY: «Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung» (Estructuras de imputación del desistimiento de la tentativa acabada y cooperación de un tercero en la evitación de la consumación del hecho) (JuS 1987, pp. 528-535), 10, pp. 498.
- HERZBERG: «Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und der vorsätzlichen Straftat» (La “falta de cuidado” en la estructura del delito imprudente) (JZ 1987, pp. 536-541), 10, p. 498.
- STRUENSEE: «“Objektives” Risiko und subjektiver Tatbestand» (Riesgo “objetivo” y tipo subjetivo) (JZ 1987, pp. 541-543), 10, p. 498.
- MONTENBRUCK: «Zur Aufgabe der besonders schweren Fälle» (Acerca de la función de los casos especialmente graves) (NSTz 1987, pp. 311-314), 10, pp. 498-499.
- HERZBERG: «Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen AIDS» (La amenaza penal como arma en la lucha contra el SIDA?) (NJW 1987, pp. 1461-1466) 10, p. 499.
- BRANDTS/SCHLEHOFER: «Die täuschungsbedingte Selbstötung im Lichte der Einwilligungstheorie» (El suicidio supuestamente engañoso a la luz de la teoría del consentimiento) (JZ 1987, pp. 442-448), 10, p. 499.

- JUNGWIRTH: «Diebstahlsvarianten in Zusammenhang mit Geldausgabeautomaten» (*Variantes de hurto en relación con máquinas automáticas de dinero*) (MDR 1987, pp. 537-543), 10, pp. 499-500.
- OTTO: «Zum Bankautomatenmißbrauch nach Inkrafttreten des 2 WiKG» (*Acercas del abuso de cajeros automáticos bancarios después de la entrada en vigor de la segunda WiKG*) (JR 1987, pp. 221-225), 10, p. 500.
- ZIMMERMANN: «Straßenverkehrsgefährdung durch Rücksichtslosigkeit — Ein ungelöstes Problem» (*Puesta en peligro del tráfico viario por falta de consideración — un problema no resuelto*) (MDR 1987, pp. 364-366), 10, p. 500.

### III. ERLÄUTERTE ENTSCHEIDUNGEN (Comentarios de sentencias)

#### 1. AÑO 1985

##### SONNEN, B.-R.:

- «Sitzen auf der Fahrbahn als Gewalt» («Sentadas» en la vía pública como violencia), 1, pp. 56-57.
- «Verwendung von Kennzeichen nationalsozialistischer Organisationen» (Uso de distintivos de organizaciones nacional-socialistas), 2, pp. 115-116.
- «Fahrlässiger Falscheid» (Falso juramento imprudente), 3, pp. 171-173.
- «Schwerer räuberischer Diebstahl und schwere räuberische Erpressung» (*Hurto agravado y chantaje violento agravado*), 4, pp. 243-245.
- «Jugendstrafe als Erziehungsstrafe und Grundrecht der Würde des Menschen» (*Pena para menores como pena educativa y derecho fundamental de la dignidad humana*), 5, pp. 309-311.
- «Objektive und Subjektive Voraussetzungen der Beihilfe durch Unterlassen» (*Presupuestos objetivos y subjetivos de la participación por omisión*), 6, pp. 364-366.
- «Gebrauch eines verfälschten Führerscheins» (*Utilización de un permiso de conducir falsificado*), 7, pp. 420-422.
- «Ehrverletzung durch politisches Straßentheater» (*Lesión del honor mediante un teatro político al aire libre*), 8-9, pp. 489-491.
- «Abheden von Geldbeträgen mit einer entwendeten Geldautomatenkarte» (*Retirada de dinero con una tarjeta de cajero automático robada*), 11, pp. 605-607.

- «Betrug durch Abschluß mehrerer Unfallversicherungen» (Estafa mediante conclusión de varios seguros de accidente), 12, pp. 663-664.

**SEIER, J.:**

- «Raubmord und Verdeckungsabsicht» (Robo con homicidio e intención de encubrirlo), 1, pp. 57-58.
- «Diebstahl und gewaltsame Restitution» (Hurto y restitución violenta), 11, pp. 600-601.

**BRANDTS, Ricarda:**

- «Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen» (Impago de contribuciones a la Seguridad Social), 2, pp. 117-119.
- «Probleme aus dem Umweltstrafrecht» (Problemas de Derecho penal del medio ambiente), 5, pp. 306-309.
- «Zum Mordmerkmal des Tötens "mit gemeingefährlichen Mitteln"» (Acerca de la circunstancia cualificativa de asesinato de «matar con medios peligrosos»), 8-9, pp. 491-492.

**BRANDTS, R./SEIER, J.:**

- «Die Abgrenzung zwischen Raub und raubähnlichen Sonderdelikten» (La delimitación entre robo y especiales delitos semejantes al robo), 3, pp. 174-175.
- «Hehlerei durch den Bandenchef» (Encubrimiento por el jefe de la banda), 6, pp. 367-368.

**OFFERMANN, Susanne:**

- «Mißbräuchliche Verwendung von Kreditkarten» (Utilización abusiva de tarjetas de crédito), 11, pp. 601-605.

**2. AÑO 1986**

**OFFERMANN, Susanne:**

- «Hausfriedensbruch bei "Tag der offenen Tür"» (Allanamiento de morada en el «día de puertas abiertas»), 1, pp. 51-54.

**SONNEN, Bernd-Rüdiger:**

- «Urkundenfälschung durch Gebrauch eines fremden Namens» (Falsificación de documento mediante el empleo de un nombre ajeno), 1, pp. 54-56.
- «Anforderungen an einen strafbefreienden Rücktritt vom versuchten Totschlag» (Exigencias a un desistimiento liberador de pena en la tentativa de homicidio), 3, pp. 164-166.
- «Voraussetzungen der Rechtsbeugung durch einen Staatsanwalt» (Presupuestos de la prevaricación por abogado), 5, pp. 285-286.
- «Feststellungen zum bedingten Vorsatz bei Mittäterschaft» (Verificaciones sobre el dolo eventual en la coautoría), 7, pp. 391-393.
- «Dauer der Unterbringung von Straftätern in einem psychiatrischen Krankenhaus und Pflichtverteidigung» (Duración del internamiento de los reos en un hospital psiquiátrico y defensa de oficio), 7, pp. 393-398.
- «Anforderungen an die Sozialprognose bei der Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung» (Exigencias de prognosis social para la cancelación condicional del resto de la pena), 8-9, pp. 457-458.
- «Garantenstellung gegenüber einem allein schuldigen Unfallopfer» (Posición de garante frente a una víctima sola, culpable de accidente), 10, pp. 515-516.
- «Absolute Fahruntüchtigkeit von Radfahrern» (Absoluta ineptitud para la conducción de ciclistas), 11, pp. 565-566.
- «Überschreitung der Notwehr» (Exceso en la legítima defensa), 12, pp. 625-626.

**SEIER, Jürgen:**

- «Der Verteidigungswille bei der Notwehrhandlung» (La voluntad de defensa en la acción de legítima defensa), 1, pp. 50-51.
- «Vorgetäushtes Beisichführen einer Schußwaffe» (Porte simulado de un arma de fuego), 3, pp. 166-167.

**LÖFFELER, Peter:**

- «Spezifischer Zusammenhang zwischen Grunddelikt und Erfolgsqualifizierung beim Tatbestand der Geiselnahme mit Todesfolge» (Conexión específica entre delito base y cualificación por el resultado en el tipo de toma de rehenes con resultado de muerte), 5, pp. 286-288.

- «Bankrott und Untreue durch Beiseiteschaffen firmeneigener Vermögenswerte» (Quiebra y gestión desleal haciendo desaparecer valores patrimoniales de titularidad propia), 12, pp. 626-627.

### 3. AÑO 1987

#### SONNEN, B-R.:

- «Die Absicht, die unmittelbaren Vorteile der Vortat zu sichern, als Voraussetzung der sachlichen Begünstigung» (La intención de asegurar las ventajas inmediatas del acto anterior, como presupuesto del encubrimiento real), 1, pp. 51-53.
- «Kettenbriefaktion als unerlaubtes Glücksspiel» (Campaña de cartas en cadena como juego de azar ilícito), 2, pp. 108-111.
- «Voraussetzungen der Körperverletzung im Amt durch Unterlassen» (Presupuestos de la lesión de funcionario por omisión), 4, pp. 210-212.
- «Vermögensschaden beim Betrug trotz vereinbarten Rücktrittsrechts» (Daños patrimoniales en caso de estafa a pesar del derecho convenido de resolución), 4, pp. 212-214.
- «Rücktritt vom Versuch der Beteiligung» (Desistimiento de la tentativa de participación), 5, p. 280.
- «Garantenstellung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer Wohngemeinschaft und aus vorangegangenen Tun» (Posición de garante sobre la base de pertenencia a una comunidad de morada y por hacer precedente), 6, pp. 334-336.
- «Versuchte und vollendete Anstiftung zu Raub- und Körperverletzungsdelikten» (Inducción intentada y consumada a los delitos de robo y lesiones), 7, pp. 394-396.
- «Ärztliche Aufklärungspflicht bei AIDS-Test-Blutentnahme» (Deber médico de aclaración en caso de extracción de sangre para el test del SIDA), 8-9, pp. 461-463.

#### LÖFFELER, Peter:

- «Betrug durch überflüssige Mehrleistungen, obwohl der in Rechnung gestellte Gesamtbetrag dem Wert der erbrachten Gesamtleistung entspricht» (Estafa por prestaciones adicionales superfluas, aunque el importe total sentado en cuenta corresponda al valor de la prestación total rendida), 2, pp. 106-108.

**SOLBACH, Günter:**

- «Öffentliche Aufforderung zu Straftaten» (Apología pública del delito), 10, pp. 525-528.
- «Abgrenzung von Beihilfe zum Selbstmord zur Tötung auf Verlangen; "Begehen durch Unterlassen"; Garantenstellung; Unterlassene Hilfeleistung» (Delimitación entre auxilio al suicidio y homicidio consentido; comisión por omisión; posición de garante; omisión del deber de socorro), 11, pp. 579-588.

#### **IV. JA/ÜBUNGSBLÄTTER** (Casos prácticos)

**1. AÑO 1985****MÜLLER, Frank:**

- «Schicksalsschläge mit Wertungswidersprüchen» (Golpes del destino con conflictos de valoración), 1, pp. 7-12.
- «Warmherzige Hilfe» (Ayuda calurosa), 4, pp. 58-64.

**THOMAS, Hans-Friedrich C.:**

- «Tötung durch Überlassen von Heroin» (Homicidio por entrega de heroína), 2, pp. 17-22.

**KLIMKE, Olaf:**

- «Rechtsanwalt in Not» (Abogado en apuros), 7, pp. 106-110.

**KRÜGER, Rolf/MÜLLER, Franck:**

- «Typische Klausurprobleme beim Diebstahl/1» (Típicos problemas de examen referidos al robo/1), 8-9, pp. 119-122.
- «Typische Klausurprobleme beim Diebstahl/2» (Típicos problemas de examen referidos al robo/2), 11, pp. 163-165.

**2. AÑO 1986****HEINRICH, Manfred:**

- «Das vergiftete Bier» (La cerveza envenenada), 12, pp. 204-211.



**3. AÑO 1987**

**KRÜGER, Rolf:**

- «Typische Klausurprobleme beim Betrug» (Típicos problemas de examen referidos a la estafa), 2, pp. 17-21.
- «Typische Klausurprobleme beim Raub» (Típicos problemas de examen referidos al robo), 8-9, pp. 113-121.

**KRÜGER, Rolf/MÜLLER, Frank:**

- «Die ausgeräucherte Schwiegermutter» (La suegra ahumada), 3, pp. 43-48.

**PFEIFFER, Heinz-Wilhelm:**

- «Der leere Geldschrank» (La vacía caja de caudales), 7, pp. 105-112.

**MÜLLER, Frank:**

- «Verrücktes Pfandmobiliar» (Extravagante mobiliario empeñado), 10, pp. 147-151.

**MARSCHOLLECK, Günter:**

- «Folgen eines mißlungenen Schwangerschaftsabbruchs» (Consecuencias de un aborto fallido), 11, pp. 161-163.

JAVIER DE VICENTE REMESAL  
*Profesor Titular de Derecho penal*  
*Universidad de León*



# NOTICIARIO

## NUEVOS CATEDRATICOS DE DERECHO PENAL

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, han obtenido la Cátedra de Derecho Penal don Carlos Martínez Pérez, en la Universidad de Santiago de Compostela, y don Agustín Jorge Barreiro, en la Universidad de Barcelona (Facultad de Derecho de Lérida).

---

## II JORNADAS PENITENCIARIAS VASCO-NAVARRAS

Los días 3, 4 y 5 de abril 1989 se celebrarán, en San Sebastián, las II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras, organizadas por el Instituto Vasco de Criminología.

Se expondrán, en seis mesas redondas y dos conferencias, los temas siguientes:

- Cuestiones generales.
- Régimen Penitenciario.
- Tratamiento.
- Mujer y cárcel.
- Aportación especial de los Institutos de Criminología.
- Coordinación Penitenciaria (Autonomías y Consejo de Europa).

Se pueden remitir comunicaciones libres (así como las inscripciones) al Instituto Vasco de Criminología, Paseo Manuel de Lardizábal y Uribe, s/n., 20009 San Sebastián.

### Inscripciones

• Tarifa base .....	12.000
— Personal del Departamento de Justicia del Gobierno vasco .....	6.000
— Personal de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias .....	6.000
— Personal de la Administración de Justicia .....	6.000
• Estudiantes Universitarios .....	3.000

### FASCICULO III (septiembre-diciembre)

#### SECCION DOCTRINAL

<i>Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto</i> , por Santiago Mir Puig .....	661
<i>La prevención especial como límite de la pena</i> , por Enrique Cury Urzúa .....	685
<i>Otra vez sobre nuevas técnicas genéticas y Derecho penal</i> , por Antonio Cuerda Riezu .....	703
<i>Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva</i> , por Elena Larrauri .....	715
<i>Tratamiento de los presos provisionales</i> , por Armida Bergamini Miotto .....	777
<i>La realización arbitraria del propio derecho</i> , por Vicente Sebastián Ferris Albenca .....	809

#### CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Proyecto alternativo de ley reguladora de la ayuda a morir. Introducción, texto y fundamentos (presentado por un grupo de juristas y médicos alemanes)</i> , traducción de Borja Mapelli Caffarena .....	833
---	-----

#### SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i> .....	877
----------------------------	-----

#### CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

<i>Persecución de malos tratos ocasionados a personas desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en los procesos matrimoniales</i> ..	977
<i>Separación de las funciones de instrucción y enjuiciamiento</i> .....	981

#### SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , sección dirigida por Santiago Mir Puig: <i>Sobre la relación entre parricidio y asesinato</i> , por Santiago Mir Puig .....	987
<i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García .....	1001
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares Samaniego .....	1051

#### SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i> .....	1079
<i>Revista de revistas</i> .....	1097

#### NOTICIARIO

<i>Nuevos catedráticos de Derecho penal</i> .....	1117
<i>II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras</i> .....	1117
<i>Índice general del Tomo XLI</i> .....	1119

# INDICE

Págs.

## SECCION DOCTRINAL

<i>Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto</i> , por Santiago Mir Puig .....	661
<i>La prevención especial como límite de la pena</i> , por Enrique Cury Urzúa .....	685
<i>Otra vez sobre nuevas técnicas genéticas y Derecho penal</i> , por Antonio Cuerda Riezu .....	703
<i>Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva</i> , por Elena Larrauri .....	715
<i>Tratamiento de los presos provisionales</i> , por Armida Bergamini Miotto .....	777
<i>La realización arbitraria del propio derecho</i> , por Vicente Sebastián Ferris Albenca .....	809

## CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Proyecto alternativo de ley reguladora de la ayuda a morir. Introducción, texto y fundamentos (presentado por un grupo de juristas y médicos alemanes)</i> , traducción de Borja Mapelli Caffarena .....	833
---	-----

## SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i> .....	877
----------------------------	-----

## CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

<i>Persecución de malos tratos ocasionados a personas desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en los procesos matrimoniales</i> ..	977
<i>Separación de las funciones de instrucción y enjuiciamiento</i> .....	981

## SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , sección dirigida por Santiago Mir Puig: <i>Sobre la relación entre parricidio y asesinato</i> , por Santiago Mir Puig .....	987
<i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García .....	1001
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares Samaniego .....	1051

## SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i> .....	1079
<i>Revista de revistas</i> .....	1097

## NOTICIARIO

<i>Nuevos catedráticos de Derecho penal</i> .....	1117
<i>II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras</i> .....	1117
<i>Índice general del Tomo XII</i> .....	1119

