

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLII
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMLXXXIX

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

CARLOS GARCIA VALDES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR G.ª

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Secretario:

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Extremadura

Vicesecretario:

ESTEBAN MESTRE DELGADO

Profesor Titular 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 BOLX REIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alicante

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Barcelona

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado Jubilado de la Sala 2.ª del
Tribunal Supremo

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Zaragoza

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FERNANDO DIAZ PALOS

Ex-Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

MANUEL GARCIA MIGUEL

Ex-Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ

Ex-Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Sevilla

HORACIO OLIVA GARCIA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Presidente de la Sala Segunda
del Tribunal Supremo

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Nacional de Educación a Distancia

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

TOMAS SALVADOR VIVES ANTON

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados



MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica
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 XLII
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMLXXXIX

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

N.I.P.O.: 051-89-014-8
I.S.S.N.: 0210-3001
Depósito Legal: M. 126-1958.

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

EN EL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE DON LUIS JIMENEZ DE ASUA

ENRIQUE BACIGALUPO

Catedrático de Derecho Penal. Magistrado del Tribunal Supremo.

I

Estas líneas, dedicadas a la conmemoración del centenario de don Luis Jiménez de Asúa, no tienen la pretensión de ser un estudio biográfico sobre una de las mayores figuras de la ciencia del Derecho español del siglo XX. Son, como se verá, más que otra cosa, un testimonio personal, es decir, la comunicación de lo visto y oído en la última etapa de Jiménez de Asúa, transcurrida en su exilio, especialmente en la Universidad de Buenos Aires. Es posible, por ello, que, al tener como fuente única la memoria, aparezcan en lo que sigue errores respecto de las fechas. En todo caso, estimo que, como testimonio, acaso sean interesantes para la historia de las personas del Derecho Penal español, porque permitirían conocer detalles de la vida académica, fuera de España, de uno de sus actores principales. Estos trazos, de todos modos, sólo harán referencia al científico, dejando a quienes están más capacitados que yo la tarea de escribir sobre el político.

II

Jiménez de Asúa llegó a Buenos Aires en agosto de 1939 y allí murió el 16 de noviembre de 1970. En esos años no fue un simple espectador de la vida argentina. Su sola presencia, como republicano y socialista español, importaba ya una toma de posición en una sociedad que vivió con notable intensidad los sucesos de la guerra de España, básicamente por el elevadísimo número de españoles que vivía y vive en Argentina. A su llegada, por tanto, Jiménez de Asúa tenía amigos y enemigos predeterminados. Cuando al principio de los años

20 había hecho sus primeras visitas científicas a la Universidad de Buenos Aires, sus presentadores y apologetas habían sido Juan P. Ramos y Jorge Eduardo Coll. Uno y otro estaban enrolados después de 1930 en corrientes claramente antidemocráticas y, por tanto, ninguno de ellos estaba en 1939 del lado de un socialista español, cuyos méritos científicos eran vistos como algo totalmente secundario. Con acierto recuerda Horacio Sanguinetti, recientemente, que «los profesores que gobernaban la Facultad de Derecho de Buenos Aires a partir de 1923 (...) pertenecieron a una corriente antidemocrática y no resultaron inocentes de los males que el país sufrió». Y el propio Jiménez de Asúa recordaba que, precisamente Jorge Eduardo Coll, a la sazón Ministro de Justicia de un gobierno surgido de vergonzosas elecciones fraudulentas, al reencontrarlo a su llegada a Buenos Aires, le había formulado serios reproches por sus actitudes políticas durante la República Española, sin brindarle ninguna ayuda.

En forma indirecta, Jiménez de Asúa, que había protagonizado una fuerte polémica, de contenido no sólo científico, con Enrico Ferri en un conocido periódico argentino en 1927, se había convertido en esos años en una figura de significación en la vida académica de aquella Facultad de Derecho, dominada por los personajes más combatientes del pensamiento antidemocrático que alimentó la llamada «década infame». Ya antes de 1930, los representantes estudiantiles —como lo recuerda Sanguinetti— se había enfrentado con el Decano Ramón Castillo (más tarde Presidente de la Nación de un gobierno fraudulento), al solicitar, sin éxito, que la Facultad de Derecho expresara su solidaridad con Unamuno, Fernando de los Ríos y Jiménez de Asúa, solicitando para ellos, lo mismo que para Ortega y Gasset, cátedras en la Universidad de Buenos Aires, como es lógico también sin lograrlo.

En el clima que vivía la Argentina de 1939, la Universidad de Buenos Aires, que desde hacía tiempo perseguía a profesores liberales y moderados como Mario Sáenz, Alfredo Palacios y José Peco, privándolos de sus cátedras por razones puramente ideológicas, no era, evidentemente, el lugar más adecuado para un hombre definido y militante en su posición democrática. Ello explica que fuera la Universidad de La Plata la que, en 1940, lo designara profesor extraordinario y director del Instituto de Derecho Penal. Este cargo era desempeñado entonces por José Peco, quien renunció al mismo para que pudiera ocuparlo Jiménez de Asúa.

En La Plata, Jiménez de Asúa desarrolló una significativa tarea; tuvo tres asistentes que fueron más tarde destacados catedráticos: Jorge Frías Caballero, Samuel Dayen y Carlos Gallino Yanzi. Frías Caballero es, probablemente, entre los discípulos de La Plata, el que heredó de una manera más clara las dotes de orador brillante de su maestro y, acaso, el que se ha mantenido más apegado a sus concepciones neokantianas. Bajo la dirección de Jiménez de Asúa, Frías Caballero escribió en esos años la magnífica monografía sobre el «Proceso eje-

cutivo del Delito», que contiene un extenso y elaborado prólogo del primero. En la mañana del 17 de noviembre de 1970, lo recuerdo como una de las personas que lloraba de manera más conmovedora cuando se iba a cerrar el ataúd de Jiménez de Asúa.

En los seis años de actividad en aquella Universidad, Jiménez de Asúa consolidó de una manera casi definitiva su pensamiento dogmático en su obra «La Ley y el Delito» (1.^a ed., Caracas, 1945); comenzó sus trabajos sistemáticos sobre psicoanálisis criminal, que se fueron publicando a partir de 1940 (5.^a ed., 1959), y realizó ingentes investigaciones de Derecho Penal comparado, culminados en la publicación de su estudio «Códigos Penales Iberoamericanos», editado en Caracas en el mismo año.

Esta primera etapa de labor académica en América terminó cuando en 1943 un grupo de profesores de la Universidad de La Plata, encabezados por José Peco, abandonó las aulas en protesta contra las medidas universitarias del gobierno militar. Jiménez de Asúa se solidarizó con los profesores que dimitían y solicitó la rescisión de su contrato, explicando que, al irse sus amigos de la Universidad, él no podía permanecer en ella.

Es evidente que Jiménez de Asúa vivió esta etapa —lo mismo que las posteriores— pensando en el regreso a España al término de la guerra europea. Testimonio de ello es la última página del extenso estudio de legislación comparada que precede a los «Códigos Penales Iberoamericanos», en los que el 15 de enero de 1946, «cincuenta y cinco horas antes de abandonar Buenos Aires», se despide para regresar a Europa, dedicando su trabajo «a cuantos en nuestra lengua, rotunda y admirable, se afanan en los mismos objetivos que yo y quieren también, como todo hombre libre, que los preceptos de nuestro Derecho sean garantía de regímenes límpidamente democráticos». Al publicar estas palabras, Jiménez de Asúa no sabía que estaba frente a una de sus grandes desilusiones. Hasta ese momento —como lo recordaba frecuentemente— había creído que el triunfo de los aliados tendría consecuencias inmediatas respecto de la democratización de España. A partir de entonces comprobaría con dolor que sus esperanzas, y la de muchos otros españoles, no iban camino de transformarse en realidad.

III

Desde 1943 a 1955, Jiménez de Asúa permaneció fuera de la Universidad Argentina. Vivía en Buenos Aires, pero realizaba viajes frecuentes por casi todos los países americanos dictando conferencias y cursos. Es en estos años en los que comienza la redacción de su Tratado de Derecho Penal. En 1950 aparecen los dos primeros volúmenes, el tercero vio la luz en 1951, el cuarto se publicó en 1953

y el quinto en 1956. De la inmensa actividad científica de esos años dan cuenta también el «Derecho Penal Soviético» (1947), así como seis tomos de «El Criminalista», en los que se recogen las conferencias, crónicas, estudios bibliográficos y artículos varios.

El golpe de Estado que derrocó a Perón en 1955 tuvo consecuencias muy significativas para la Universidad argentina. A pesar de in-calificables injusticias, como la expulsión de Carlos Cossio de la Universidad de Buenos Aires o la de Isidoro Debenedetti de la del Litoral, es lo cierto que las universidades argentinas vivieron entonces un momento de singular esplendor entre 1955 y 1966. El clima que se gestó luego de la caída de Perón fue propicio para el retorno a las aulas de Jiménez de Asúa, que aceptó un contrato en la Universidad del Litoral como Director del Instituto de Ciencia Penal y Criminología de esa Universidad. La Dirección del Instituto de Santa Fe le permitía continuar con la redacción de su tratado como actividad fundamental, dado que sólo le imponía una tarea docente de una semana por mes. A pesar de los años que llevaba en Argentina, y de lo incierto que era por entonces su retorno a España, Jiménez de Asúa no quiso ocupar una cátedra ordinaria, pues lo encontraba incompatible con su idea de volver a España en cuanto ello le fuera posible. Testimonio de esta actitud era su exigencia de incluir en sus contratos universitarios una cláusula por la que éstos eran unilateralmente rescindibles en el momento en que se produjera el regreso.

Ello no significó, sin embargo, que Jiménez de Asúa no tomara parte en el movimiento de ideas renovadoras de las universidades argentinas de aquellos tiempos. Su carácter no le hubiera permitido adoptar la posición de un espectador silencioso. En 1957 publicó en Santa Fe sus «Problemas de la Universidad argentina» y «El método de casos en la enseñanza del Derecho Penal». En ambos expresó su visión de la Universidad y su concepción de la enseñanza universitaria. Estos dos trabajos traslucen la fuerte impresión que le debió haber causado casi medio siglo antes la Universidad alemana, ya que, en líneas generales, Jiménez de Asúa proponía un modelo de Universidad claramente orientado por su experiencia como doctorando en Berlín, en el Kriminalistisches Institut dirigido por Franz V. Liszt. Jiménez de Asúa sugería, por tanto, una organización de la universidad radicalmente opuesta a la que concebían la gran mayoría de los profesores de Derecho de la Universidad de Buenos Aires después de 1955 y, sobre todo, un procedimiento de designación de profesores por oposición que no era del agrado de los docentes mediocres que dominaban la Facultad de Derecho. Esto explica el gran atractivo que sus puntos de vista tuvieron entre los estudiantes, tanto como las turbulencias que generó su presencia en la Facultad, cuando en 1957, Risieri Frondizi, entonces Rector de la Universidad, le pidió que aceptara la dirección del Instituto de Derecho Penal y Criminología.

A partir de 1955, la vida en la Universidad de Buenos Aires se

caracterizó, al menos desde mi punto de vista, por el enfrentamiento de los profesores y estudiantes que tenían la convicción de que, caído Perón, la Universidad debía ser reorganizada democráticamente y los que entendían que simplemente se debía retornar a los años anteriores al peronismo. Esta contraposición, especialmente crítica en la Facultad de Derecho, reproducía un conflicto también experimentado por la sociedad argentina, que no se debe perder de vista cuando se quieren entender los hechos ocurridos en la Universidad de Buenos Aires en la que Jiménez de Asúa ejerció el último período de su magisterio universitario.

La primera aproximación de Jiménez de Asúa a la Facultad de Derecho de Buenos Aires, después de 1955, había sido, sobre todo, obra de los estudiantes reformistas. En el curso de 1957, el Centro de Derecho y Ciencias Sociales lo invitó a dictar un seminario sobre «Derecho Penal Internacional», que se celebró con una nutrida concurrencia en el Instituto de Extensión Universitaria. Ese mismo año inauguró con una conferencia el primer curso que se dictó en la Facultad siguiendo su método de enseñanza sobre la base de casos en la cátedra del Profesor Enrique Ramos Mejía. Estas ideas generaban lógicos recelos en los profesores más tradicionales de la Facultad, dado que, en verdad, ponían en tela de juicio la concepción de la enseñanza práctica organizada en el viejo y anquilosado Instituto de Enseñanza Práctica, creado por Héctor Lafaille y dirigido entonces por Mario Oderigo.

Por tanto, la Facultad, o mejor dicho, la mayoría de sus profesores, no recibieron la idea del Rector con total simpatía. Si se eliminan los factores puramente anecdóticos, no se puede ocultar que la Universidad de Buenos Aires vivía en esos años, como se dijo, un significativo proceso de renovación científica, que era en gran parte producto del retorno al país de científicos formados en universidades europeas y norteamericanas. Esta renovación, sin embargo, no había logrado penetrar en la Facultad de Derecho, donde se notaba que los profesores no había utilizado los años del peronismo en estudiar en Europa o en Estados Unidos. Los únicos intentos renovadores en aquella Facultad fueron el de Ambrosio Gioja en el Instituto de Filosofía del Derecho y el mucho menos profundo de Luis María Boffi Boggero en una de las cátedras de Derecho civil. Es lógico que, en una Universidad en la que la sociología, la psicología, la física, la química y la teoría de la ciencia adquirían una resonancia que nunca había tenido, la Facultad de Derecho, dominada por civilistas que, salvo excepciones, vivían anclados en el estudio exegético de las fuentes francesas del Código civil, haya sentido amenazada su somnolencia y optado por la resistencia y el boicot. La presencia de Gioja y Boffi Boggero era problemática y la de Jiménez de Asúa no tardó en serlo, pues se la entendía, evidentemente, como un refuerzo para los reformistas, alentados por el Rector Risieri Frondizi.

IV

La labor desarrollada por Jiménez de Asúa en el Instituto de Derecho Penal y Criminología fue ingente: organizó seminarios de investigación en forma permanente, instituyó un Curso de Especialización en Ciencias Penales y comenzó la publicación de los Estudios de Derecho Penal y Criminología (Tomo I, 1961; Tomo II, 1963; Tomo III, 1966), que recogían gran parte del trabajo cotidiano del Instituto. En 1960 organizó las Jornadas de Derecho Penal a las que asistieron Quintano Ripollés, Maurach, Bettiol, Marc Ancel, Novoa Monreal, entre otros penalistas ilustres de América y Europa.

Jiménez de Asúa concurría todas las tardes al Instituto, con excepción de los jueves, y sus seminarios fueron el punto de encuentro no sólo de sus discípulos, sino también de los jóvenes asistentes que se desempeñaban en otras cátedras. De ellos son de recordar aquí los que constituyeron el grupo más asiduo: Norberto Spolansky y Gladys Romero, que, junto con el autor de esta nota, fueron los Jefes de Investigaciones del Instituto, Eugenio Raúl Zaffaroni, Andrés Dalessio, Enrique Paixao, Leopoldo Schiffrin, Esteban Righi, David Baigún, Ulrich Rentsch, Carlos Tozzini y Juan José Avila. Debido a su participación docente en el curso de Especialización, tomaba parte con frecuencia en las animadas discusiones del Instituto Manuel de Rivacoba y Rivacoba, que por entonces era Profesor de Derecho Penal e Introducción al Derecho en Santa Fe. Quien compare los nombres que se acaban de citar con el de los profesores de Derecho Penal de la actual Universidad de Buenos Aires, comprobará que en aquel Instituto dirigido por Jiménez de Asúa se formó prácticamente la actual generación de profesores argentinos de esta materia.

Estos años tuvieron, asimismo, una gran significación en el pensamiento científico de Jiménez de Asúa. En su profundo estudio sobre «La orientación moderna de las nociones de autor de la infracción y de la participación en la infracción», aparecido en francés y en castellano al mismo tiempo (1957), comenzó una paulatina reducción de las distancias que lo separaban de la evolución moderna representada por la dogmática de la teoría de la acción finalista. Esta tendencia de su pensamiento se prolongó luego en relación a la teoría del error, que fue una constante materia de discusión en el Instituto mientras Jiménez de Asúa redactaba el Tomo VI de su Tratado (aparecido en 1962), en el que, sin renunciar a sus puntos de vista, admitió algunas consecuencias semejantes a las de la teoría de la culpabilidad (confr. *Tratado de Derecho Penal*, VI, pp. 583 y ss.). Este clima de discusión explica, a mi juicio, que los jóvenes que entonces se formaban a su lado hayan dado un paso más y se hayan incorporado a la teoría de la acción finalista. El propio Jiménez de Asúa hizo referencia a este proceso interno de su escuela en más de una oportunidad. En 1965 decía no ser un adepto incondicional del sistema de Welzel, pero

agregaba, «tampoco soy en la actualidad un detractor, como hube de serlo hace quince años» (confr. Prólogo a «La noción de autor en el Código Penal», de E. Bacigalupo, Buenos Aires, 1965).

En 1959, cuando Jiménez de Asúa cumplió 70 años, los estudiantes le rindieron un homenaje extraordinariamente emotivo. Actos como éste no formaban parte de la rutina de la Universidad de Buenos Aires. Más aún, es el único que yo recuerdo en el que se haya homenajeado de esta forma a un Profesor de Derecho. El acto tuvo lugar en la gran aula 1 de la Facultad el 19 de junio de 1959. Ante un numeroso público hablaron en honor del Maestro: el presidente del Centro de Estudiantes, Alberto Ciria (hoy Profesor de Ciencia Política en British Columbia, Canadá), Mario Hernández, en representación de la Agrupación Reformista de Derecho (asesinado por el régimen militar en 1976), y el autor de esta nota, por el Movimiento Universitario Reformista. Don Claudio Sánchez Albornoz cerró el homenaje con palabras que emocionaron hasta las lágrimas a los asistentes, sobre todo cuando recordó al «viejo caserón de la calle San Bernardo».

Jiménez de Asúa valoró muy especialmente su paso por la Universidad de Buenos Aires, pues ello le permitió, como lo recordó en la última página que escribió de su Tratado (confr. Tomo VII, pág. 985) «hacer escuela».

Pero no faltaron los sinsabores; para el Maestro y para la escuela. En 1963, al vencer el plazo de su contrato, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, bajo la presidencia del Decano Marco Aurelio Risolía, Profesor de Derecho civil, decidió, en forma sorpresiva, no renovar la designación como Profesor de dedicación exclusiva de Jiménez de Asúa, que en ese momento se encontraba en Venezuela. La actitud del Consejo Directivo generó una seria protesta de parte de los más variados sectores: estudiantes, abogados, profesores (incluso Sebastián Soler, José Peco, Francisco Laplaza y otros profesores de Derecho Penal, suscribieron un documento recomendando la revisión de esta decisión). Alfredo Palacios presidió la recepción que discípulos, colegas y amigos le tributaron en el aeropuerto de Ezeiza a su regreso de Venezuela; el arribo fue transmitido por televisión.

Al cabo de largas discusiones, el Consejo modificó su decisión. La protesta formal de rectificación fue presentada por el Profesor de Derecho Constitucional, Alberto Padilla. Por mayoría se aprobó una prórroga de la contratación por dos años. Pero la decisión del Consejo Directivo no carecía de cierta mezquindad, pues, de una u otra manera, la mayoría, que apoyó la renovación del contrato por dos años, dejó entrever que al, vencimiento de ese plazo, no habría más renovaciones, alegando como fundamento para ello que Jiménez de Asúa estaría entonces en condiciones de jubilarse. De la deuda científica y humana que la Facultad había contraído con Jiménez de Asúa sólo hablaron el representante de la minoría de los graduados

(reformistas), el Profesor Jorge Difrieri y los estudiantes de la mayoría (reformistas). Hasta el final, los más intolerantes de la Facultad de Derecho continuaron viendo en Jiménez de Asúa y en Gioja a los impulsores de un modelo de Universidad, orientada primordialmente a la investigación, que no estaban dispuestos a aceptar y, lo que es peor, tampoco a discutir.

Para evitar anunciadas maniobras que excluyeran a Jiménez de Asúa de la Facultad, poco antes del vencimiento de esta prórroga se le tributó, al cumplir setenta y cinco años, el 19 de junio de 1964, un nuevo homenaje. La Comisión que lo organizó estaba presidida por Alfredo Palacios e integrada por el Vicepresidente de la Nación, don Carlos Perette, por el exrector Risieri Frondizi, por los profesores Ambrosio Gioja, Florentino Sanguinetti, Claudio Sánchez Albornoz y otros. En este homenaje tomaron parte todas las fracciones de estudiantes democráticos de la Facultad de Derecho. Nadie se animó en el Consejo Directivo de la Facultad en el momento de su tratamiento a cuestionar la renovación de la designación de Jiménez de Asúa. La propuesta, realizada por el Profesor Julio Dassen, se aprobó sin discusión por mayoría.

De todos modos, Jiménez de Asúa no agotó el tiempo de su nueva designación. En 1966 se produjo un nuevo golpe de Estado que afectó muy seriamente a la Universidad de Buenos Aires. Las fuerzas de la policía, al mando del General Fonseca, irrumpieron en la Facultad de Ciencias Exactas, considerada la más peligrosa para el nuevo régimen militar, y en la llamada «noche de los bastones largos» golpearon y maltrataron a profesores y estudiantes de una manera brutal. Más de 1.000 docentes universitarios entendieron que ese hecho y las nuevas condiciones implícitas de censura les impedían continuar en la Universidad y optaron por abandonar sus cargos docentes. En la Facultad de Derecho fueron muy pocos: Jiménez de Asúa, Guillermo Ahumada, Boffi Boggero, Héctor Masnatta, Manuel Antonio Laquis y acaso alguno más. Ambrosio Gioja, que había sido partidario de no abandonar las posiciones académicas, fue más tarde injustamente perseguido por el Decano Juan Carlos Luqui. Los jefes de investigaciones del Instituto de Derecho Penal también presentaron su dimisión junto con el Director. El sucesor de Jiménez de Asúa en la dirección del Instituto de Derecho Penal y Criminología fue el Profesor Francisco Laplaza, quien lo transformó en algo parecido a un gabinete de policía científica, confusamente lombrosiano, interrumpiendo los cursos de especialización y los seminarios que había concebido Jiménez de Asúa. Su labor destructiva no fue, por otra parte, sólo académica. Laplaza, que fue Fiscal de la Cámara Federal de Capital durante el último gobierno militar, desarrolló además una intensa campaña de difamación personal, que afectó también a algunos de los discípulos de Jiménez de Asúa de una manera muy directa.

V

Alejado nuevamente de la Universidad, Jiménez de Asúa mantuvo organizadamente, sin embargo, la actividad científica de su grupo de discípulos. En su casa de la calle Pueyrredón, a pocos metros de la Facultad de Derecho, continuaron los seminarios de investigación con reuniones semanales. En ellas siguieron los debates sobre las condiciones de punibilidad y las excusas absolutorias que ya habían comenzado en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, antes de la dimisión.

Su actividad docente se prolongó también en el Instituto de Estudios Jurídicos y Sociales Superiores, fundado generosamente por la Asociación de Abogados de Buenos Aires para dar cobijo a los profesores y docentes que se habían sentido obligados a dejar la Universidad.

Con el objeto de estimular las publicaciones de sus discípulos, Jiménez de Asúa fundó la «Revista de Derecho Penal y Criminología», que sólo dirigió por corto tiempo.

El ritmo de su actividad científica, como se ve, no disminuyó mientras se lo permitió su salud. En estos últimos años de su vida, que van desde 1967 a 1970, en el que murió, Jiménez de Asúa pensó, probablemente más de lo que escribió, sobre sus convicciones científicas, filosóficas y políticas a las que fue fiel hasta el último instante de su vida. En sus seminarios recordó y analizó con especial cuidado la obra de Franz v. Liszt y de Radbruch, estableciendo con frecuencia sus paralelos y sus diferencias con estos dos grandes pensadores a los que tanta influencia reconoció sobre su propio pensamiento. Reflexionó a menudo sobre el positivismo y sobre el dilema de todo científico penal que se encuentra ante la opción de la defensa de las garantías de la libertad contra el Estado, que él eligió, y la tentación de la reforma de la sociedad desde las ciencias penales, con el riesgo consiguiente de pérdida de la conciencia jurídica y de la libertad. En estas reflexiones se percibía su especial y personal concepción humanista del socialismo que profesaba. Al prologar la biografía de don Julián Besteiro escrita por Andrés Saborit (Buenos Aires, 1967), dijo que «se puede ser socialista por nacimiento, se puede ser socialista sin conocer el marxismo y hasta reemplazándolo por un Humanismo, a la manera de Fernando de los Ríos». Y poco después, al escribir su último homenaje a Franz v. Liszt, puso de manifiesto que el liberalismo de éste era, a su modo de ver, más cercano al socialismo que al propio liberalismo de su tiempo (confr. ZStW 81-1969-698 y s.).

Este camino hacia su interior quedó truncado cuando el 16 de noviembre de 1970, luego de una enfermedad relativamente breve, Jiménez de Asúa cerró sus ojos para siempre. Es arriesgado querer darle ahora, en el centenario de su nacimiento, respuesta definitiva a preguntas que él mismo no formuló en palabras, pero que dejó explícita en toda su obra y su vida.

Contando con la indulgencia del lector, sin embargo, quisiera expresar brevemente, para concluir, los rasgos de su personalidad que a mi modo de ver mejor lo definían.

Jiménez de Asúa fue, ante todo, un científico apegado a los ideales de la Institución Libre de Enseñanza, caracterizado por una constante apertura hacia el futuro y hacia lo nuevo, con una inmensa confianza en el progreso humano. Como jurista fue un neokantiano riguroso que vivió intensamente la cultura europea del siglo XX, especialmente la alemana, y que, al mismo tiempo, tuvo una notable capacidad para comprender a Iberoamérica, en la que transcurrió un tiempo muy importante de su vida. Y, por último, algo que me impresionó profundamente durante los doce años de diálogo cotidiano que tuve con él: su incansable amor por España y por lo español. En la lejanía de los recuerdos, conservo aún el de una tarde de primavera en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires en la que, luego de un seminario, se discutía sobre cuál era la ciudad más bonita del mundo. Jiménez de Asúa escribía algo sobre su mesa de trabajo y estaba totalmente ajeno a la frívola discusión, cuando alguien, convirtiéndolo en árbitro, le preguntó: «Don Luis, ¿cuál es la ciudad más bonita del mundo?» No dudó ni necesitó hacer la menor reflexión: «Madrid», dijo, desconectando apenas la mirada del papel, y continuó con su escritura.

Madrid, 19 de junio de 1989

Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid

I

La cuestión del objeto de la teoría general del delito se ha hecho crecientemente controvertible en la ciencia penal del presente. Ha quedado atrás el criterio de que el Derecho positivo es la materia exclusiva de la reflexión juridicopenal. La afirmación de Gustav Radbruch de que cada época está llamada a reescribir su propia ciencia del Derecho (1) se encuentra en mayor medida justificada en el Derecho penal, donde la tensión entre los valores del Derecho hace que en determinados períodos se anteponga como paradigma metódico la seguridad jurídica, lo que supone en sus manifestaciones radicales la vinculación unilateral al Derecho positivo, mientras que en otras fases opere éste más flexiblemente como marco, reclamado por el principio *nullum crimen sine lege*, dentro del cual los conceptos se deciden en sentido teleológico o ulteriormente valorativo.

En la actualidad, la seguridad jurídica, encarnada en el principio *nullum crimen sine lege*, o el postulado de tipicidad, constituye el límite constitucional dentro del que ha de comprobarse la peligrosidad de la acción para el bien jurídico y, en último término, ha de decidirse mediante valoración si la acción u omisión peligrosa se halla comprendida en el ámbito de prohibición de la norma. El concepto pasa, en consecuencia, por peldaños diferentes. En primer lugar, presenta un lado lógico formal, puesto que la acción u omisión ha de encontrarse claramente descrita en el tipo para que pueda estimarse juridicopenalmente relevante. La elaboración conceptual discurre después por un crisol teleológico. Sólo cuando ambos planos han sido con-

(1) Vid. *Filosofía del Derecho*, 4.^a ed., p. 161.

trastados, se suscita la cuestión de la definitiva valoración jurídica, es decir, se afirma, en su caso, que el hecho corresponde sustancialmente al sentido de la prohibición o mandato base del tipo. Lo que tratamos de destacar es que la reconducción del hecho al concepto, o al tipo, depende en último término de una valoración, es decir, de un juicio global sobre la antinormatividad de la acción u omisión. Esto pasa inadvertido con frecuencia. La síntesis valorativa por la que se afirma, por ejemplo, que el disparo a corta distancia, dirigido a producir la muerte de la víctima, está comprendido en el tipo del homicidio, presupone los siguientes momentos conceptuales. En primer lugar, que el hecho está descrito legislativamente en la figura de delito. En segundo término, que la acción originaria peligrosa ha cristalizado en la producción de la muerte de la víctima, es decir, la afirmación de la conexión de riesgo entre esa acción base y el resultado. Por último, lo que desde la perspectiva jurídica es decisivo, implica que el comportamiento está comprendido, precisamente, en el ámbito o radio de la prohibición de matar. Esta apreciación normativa, es decir, valorativa, corona metódicamente la actividad jurídica. Hruschka ha puesto de relieve el riesgo inherente a la supresión de alguno de los planos expuestos, es decir, el peligro de una penetración anticipada del momento axiológico en la determinación del concepto. Esto supondría, en nuestro criterio, que las decisiones juridicopenciales son producto de un pensamiento intuitivo, es decir, de una aprehensión emocional de la realidad jurídica, que no debe estar al comienzo, sino encontrarse al final, como Hruschka penetrantemente señala, del razonamiento jurídico (2). Procede advertir también que de prescindirse del momento formal, es decir, de la descripción precisa del comportamiento punible, se abriría paso al pensamiento analógico, cuyas huellas históricas no han desaparecido. Por el contrario, existen indicios de una reaparición subrepticia de tal perversión del Derecho penal en el escenario jurídico. La relajación o supresión del momento teleológico es, por su parte, igualmente incompatible con el Estado de Derecho. Dentro de él tiene el Derecho penal la función única de prohibir acciones peligrosas para bienes jurídicos firmemente delimitados. La prohibición de acciones u omisiones no peligrosas, por razones meramente éticas o políticas, constituye un abuso patológico del *ius puniendi* estatal. La consecuencia de ello es que la definitiva desvaloración o estigmatización del comportamiento como jurídicamente prohibido ha de apoyarse en la reconstrucción previa de la base lógica, lingüística, y en la determinación racional, crítica, de la antisocialidad o peligrosidad objetiva de la acción. Sólo con base en estos presupuestos es posible hablar valorativamente de una acción típica, o sea, juridicopenalmente prohibida.

(2) Vid. HRUSCHKA, J., *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1983, pp. XII y XVII.

La teoría general del delito responde en la actualidad a tal planteamiento del problema. Ha de ser escrita en nuestra época como una síntesis equilibrada de los diversos valores del Derecho.

Las declaraciones sobre su objeto —y sobre su orientación general— presentan múltiples variaciones en la literatura. Las ediciones sucesivas del Tratado de Jescheck, en el que confluye equilibradamente la evolución dogmática de la postguerra, presentan matizaciones sucesivas que impiden hablar de una toma de posición definitiva. En las primeras ediciones se indicaba que el sistema positivo sólo permite una reconstrucción fragmentaria del concepto y los elementos del delito, pues en la época de la promulgación del Código Penal, es decir, en 1871, la dogmática se encontraba en sus comienzos. Este punto de vista es modificado en la tercera edición, traducida al castellano por Mir Puig y Muñoz Conde, donde se sostiene que la teoría jurídica del delito se deduce de la ley, habida cuenta de que la reforma ofrece una clara base y estructura para elaborar el concepto y los elementos del delito. Este criterio es modificado en la edición cuarta de 1988, en la que se dice que la teoría general del delito ha de deducirse de la ley, o en todo caso, ser compatible con ella (3).

En otros escritores toma el debate distinta orientación. Para Maurach-Zipf, en la actualidad ha de renunciarse a un sistema lógicamente cerrado y ha de dispensarse significación mayor a la orientación hacia el problema y la penetración de puntos de vista politicocriminales en la elaboración del sistema penal. Debe, en todo caso, preservarse el objetivo de evitar en lo posible contradicciones intrasistemáticas. Este punto de vista responde a la transformación de la función del juez, en quien no sólo ha de verse un servidor de la ley, sino el titular de una función que permite la cooperación entre legislación y aplicación del Derecho (4). Hruschka va todavía más lejos. Destaca categóricamente que el Derecho positivo no es el objeto de la ciencia del Derecho penal: el sustrato de las doctrinas de la parte general no son las fortuitas regulaciones legales existentes en cualquier paraje del globo terráqueo, ayer diversas a las de hoy, hoy distintas a las de mañana. En la parte general se trata menos, a su juicio, de regulaciones positivas que de materias de la regulación, menos de las respuestas legales a los problemas que de los problemas mismos (5). En la literatura penal española plantea formalmente Mir Puig el problema del objeto de la teoría general del delito. Entiende que el Derecho penal positivo constituye el punto de partida, pero conforma solamente un marco, prefijado por el sentido literal de los

(3) JESCHECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. T., 4 Aufl., 1988, p. 176: *Die allgemeine Verbrechenlehre muss aus dem Gesetz abzuleiten oder doch jedenfalls mit ihm zu vereinbaren sein.*

(4) MAURACH, R., y ZIPF, H., *Strafrecht*, Allg. T., 6 Aufl., 1983, p. 41.

(5) HRUSCHKA, J., *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1983, pp. XII y ss.

preceptos, que la elaboración dogmática no puede desbordar, pero dentro del que existe un margen de libertad doctrinal de acuerdo con las premisas valorativas de cada momento histórico. Esto permite explicar, a juicio de Mir Puig, la correlación entre la historia general de las ideas y la evolución de la teoría del delito (6).

Lo que parece firme hoy es que la vinculación de la construcción juridicopenal a la base legislativa positiva se ha debilitado. Las propuestas metódicas de la dirección tecnicojurídica, con su aspiración a la neutralidad valorativa, pertenecen al pasado. El sistema conceptual del Derecho penal no se limita a reflejar lo positivamente dado, articulándolo en un cuadro lógico, cerrado, de conceptos. Esto impediría la diversidad de las teorías del delito. Más bien incorpora la investigación criterios teleológicos que por su propia naturaleza no poseen fijeza, sino que se encuentran dotados de elasticidad. En último término, depende la decisión de los problemas particulares, y la orientación de la teoría como totalidad, de posiciones o premisas valorativas que comprometen la racionalidad de la construcción. Esta limitación no debe permanecer oculta, sino ser ahora puesta a la luz en cada uno de sus momentos característicos.

II

El lenguaje legislativo, mediante el que se circunscribe el marco de los tipos, presenta generalmente un considerable nivel de equivocidad. Suele admitirse que el tipo es un tipo cerrado, claro, preciso, que proporciona al Juez la imagen del hecho punible y concreta la aspiración constitucional a la seguridad y fijeza del Derecho. De acuerdo con ello, en la parte especial está garantizada la exclusión de la analogía y de la discrecionalidad judicial. Los tipos penales son tipos de garantía (*Garantietatbestände*), cuya exactitud e inequívocidad queda sólo comprometida por fenómenos excepcionales, como los elementos típicos normativos, las leyes penales en blanco o los denominados tipos abiertos. En general, cumple el tipo según la opinión dominante la función descriptiva postulada por el principio *nullum crimen sine lege*.

Esta imagen de la parte especial sólo relativamente coincide con la realidad. El ámbito de los tipos es siempre borroso. Depende de la elasticidad del lenguaje, elasticidad destacada por la hermenéutica contemporánea, de la flexibilidad propia del momento teleológico y de la carente racionalidad final de las decisiones valorativas.

En primer término, hay que destacar que el lenguaje natural, a diferencia de los lenguajes formales científicos, posee una característica ambivalencia, no logrando definir nunca con total exactitud los

(6) MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, 2.^a ed., 1985, p. 88.

hechos que constituyen su referente. La advertencia de Erik Wolf de que los elementos de los tipos no son en último término descriptivos, sino normativos, es decir, dependen de una valoración judicial final, resulta confirmada por las teorías actuales del lenguaje y del delito. Por ejemplo, el lenguaje legislativo no logra nunca decidir unívocamente si el hecho debe ser reconducido al tipo del hurto o del robo con violencia o intimidación, al de la estafa o al cuadro de un negocio anulable jurídicocivil.

Esta ambigüedad de la figura de delito, es decir, de la parte especial, se puede contrastar en los tipos centrales, es decir, en delitos paradigmáticos, pertenecientes al núcleo del Derecho penal.

A) En el tipo del homicidio simple, parece proporcionarse una imagen exacta e incuestionable del hecho prohibido. La realidad es, por el contrario, que cada elemento de la fórmula legal se halla afectado por una inseguridad considerable.

Es equívoco, en primer lugar, el resultado típico. La doctrina tradicional identifica la muerte de la víctima con la paralización completa de la actividad circulatoria y respiratoria, con consiguiente detención del curso de todas las células del organismo. Este punto de vista ha sido sustituido hoy por la noción moderna de muerte, en la que se reclama únicamente la cesación total de la actividad cerebral, revelada probatoriamente en la presencia de un trazado encefalográfico isoelectrico, compatible con el mantenimiento instrumental de la respiración y la circulación. La noción, en consecuencia, se ha relativizado. El concepto clásico se orientaba a la prevención de la muerte aparente. Era reconducible, pues, al principio de seguridad. La visión moderna ha sido promovida por las necesidades en materia de trasplantes de órganos, es decir, por el criterio de adecuación a fin. La utilización de uno u otro punto de vista puede llevar a consecuencias prácticas diferentes. Un criterio puede obligar a admitir la inexistencia de consumación donde el otro haga preceptivo apreciarla. La elección de una u otra concepción, dado que el problema no se encuentra categóricamente cerrado, depende del principio metódico que se elija, es decir, de que se conceda prioridad a la certeza o a necesidades prácticas que el Derecho no debe desconocer (7).

Esta equívocidad es mayor aún respecto al objeto material. La cuestión del objeto del acto en el homicidio es uno de los problemas más controvertidos de la parte especial, cuya significación metódica o filosoficojurídica generalmente pasa inadvertida. Un primer criterio orienta la decisión en el sentido de la seguridad jurídica. Exige la

(7) Sobre el problema, vid. TORIO LÓPEZ, A., *Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos*, en «Estudios penales y criminológicos», IV, 1981, pp. 195 y ss. Ver ahora BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho penal, parte especial, delitos contra las personas*, 1986, pp. 25 y ss.; COBO DEL ROSAL, M., y CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal, parte especial*, 2.^a ed., coordinador T. S. Vives Antón, 1988, pp. 489 y ss.

total separación del claustro materno. Mientras ésta no se ha producido no cabe hablar de homicidio, es decir, ha de apreñarse delito de aborto. Los autores apoyan este punto de vista en características típicas, formales, es decir, en el dato de que el infanticidio —una modalidad privilegiada del homicidio— requiere que la acción se dirija contra un recién nacido (8). El precio que ha de pagar esta solución es que las acciones imprudentes de los profesionales sanitarios, determinantes de la muerte del feto, o las lesiones dolosas o culposas durante el transcurso del parto son atípicas, pues el sistema penal no conoce el delito general de aborto culposo ni de lesiones prenatales, dolosas o culposas. La protección del bien jurídico es, en consecuencia, excesivamente limitada y fragmentaria, aunque la seguridad jurídica obtenga un grado considerable de realización.

Según otro punto de vista, el objeto material del homicidio se halla presente desde el comienzo del parto. El ser humano requiere una protección amplia, como decía Mezger, en el difícil tránsito de la vida intrauterina a la extrauterina. La necesidad de protección del bien jurídico aconseja anticipar la función de los tipos del homicidio y de las lesiones a un momento algo anterior a la separación del claustro materno. Lógicamente, es punible según este criterio como homicidio culposo la muerte del ser naciente mediante acciones discrepantes de la *lex artis*. No existe entonces inconveniente para que las lesiones dolosas o culposas prenatales se reconduzcan a los tipos generales que protegen la salud e integridad del ser humano.

Es claro, sin embargo, que esta solución establece una cesura normativa en el proceso biológico, lo que puede dar lugar a inseguridad en la aplicación del tipo del aborto o del homicidio. No posee la claridad del criterio antes expuesto. Los argumentos de carácter teleológico que cabe esgrimir en favor de ella están contrapesados por las deficiencias que presenta desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Está aquí presente un conflicto de valores, cuya decisión no es ya racional. La solución ideal consistiría en coordinar satisfactoriamente ambos planos axiológicos. Dado que esto no puede conseguirse plenamente, es una última decisión valorativa la que lleva a elegir uno u otro punto de vista (9).

(8) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal, parte especial*, 11.^a ed., 1988, pp. 59 y 80; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, 5.^a ed., 1983, p. 40.

(9) GIMBERNAT ORDEIG, E., vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, 1, 2.^a ed., pp. 504 y ss., delimita el objeto material del aborto y el homicidio atendiendo a que sea o no exteriormente perceptible. Entiende que cuando se ha establecido una relación visual con el objeto material —aunque sea sólo de una parte de su cuerpo— la conducta aparece como más reprobable que cuando se causa la muerte de quien se sabe en el claustro materno, pero sin que tal relación visual se haya producido. El autor advierte que este punto de vista carece de viabilidad formal en el Derecho positivo. Es, pensamos, un criterio político criminal, cuya *ratio essendi* o fundamento es que «si el autor mata a quien percibe directamente... se preci-

La imprecisión y elasticidad del resultado y del objeto material son aún más profundas, según la dogmática contemporánea, en lo que concierne a la acción típica en el homicidio. La intelección del núcleo del tipo, es decir, de las características «matar a otro», se orienta en la literatura de múltiples formas. Los partidarios de la teoría de la equivalencia identifican la acción con cualquier condición que haya determinado la muerte de la víctima. Las restricciones pertinentes, según la formulación originaria de este punto de vista, sólo podrían conseguirse, como Von Buri proponía, en el ámbito del elemento subjetivo del delito. El criterio de la equivalencia de las condiciones posee gran exactitud. Pero es teleológica y valorativamente inaceptable, pues conduce a que se consideren comprendidas en la norma prohibitiva acciones carentes de peligrosidad. El caso del sobrino que induce al tío a ir al bosque en la tarde de tormenta, pone de relieve que el tipo del homicidio no puede referirse a cualquier condición del resultado, sino a una acción peligrosa para la vida humana; peligrosidad que no está presente en el ejemplo. También el célebre supuesto de la causación del aborto mediante conjuros, donde el resultado es extravagantemente condicionado por la acción básica, muestra que este criterio está necesitado de delimitación racional.

Esta delimitación desestabiliza, sin embargo, la seguridad creada por la doctrina de la equivalencia. En éste sentido, la teoría de la adecuación conduce a estimar que la acción típica es sólo la que conforme a la experiencia posee idoneidad o virtualidad para producir el resultado típico, es decir, la acción que calculable o pronosticablemente lleva a la causación de ese resultado. El pensamiento de la adecuación es, pues, teleológico. Requiere la conexión objetivo final entre la acción y el resultado. Por no citar otros criterios, la teoría de la relevancia, antecedente material directo de la doctrina de la imputación objetiva, considera insuficiente en los delitos materiales que la acción haya condicionado el resultado. Es necesario además que corresponda al sentido del tipo, lo que sólo puede determinarse mediante interpretación. Es pues, una teoría jurídica, valorativa, normativa. Por último, el criterio contemporáneo de la imputación objetiva, en el que cristaliza la evolución, reclama un doble presupuesto de la responsabilidad. No sólo la causación, sino también la imputación objetiva. La tipicidad depende, según este punto de vista, de un com-

sa una mayor energía criminal que cuando tal perceptibilidad se encuentre ausente...». La caracterización metódica de este argumento parece problemática. Hay que decir que el desvalor de resultado no es diverso en uno y otro caso. La cuestión de si el fundamento de la apreciación de homicidio es el desvalor de acción depende, naturalmente, de cómo se conciba este desvalor. El argumento de Gimbernat, al hacer depender la decisión de una supuesta energía criminal, hace penetrar en el problema puntos de vista criminológicos, que de relacionarlos con la literatura italiana, conectarían con el concepto de *spinta criminale* de G. D. Romagnosi o con la idea de *capacità criminale* del sujeto como fundamento de la reacción jurídica.

plejo cuadro de presupuestos, teleológicos y normativos. Solamente corresponde al sentido del tipo la acción peligrosa, jurídicopenalmente prohibida, cuya peligrosidad se haya materializado transitivamente (conexión de riesgo) en el resultado sobrevenido. La tipicidad de la acción depende, pues, de que satisfaga diversas exigencias. En primer lugar de una referencia teleológica: ha de tratarse de una acción que cree o aumente el riesgo para la vida. En segundo lugar ha de determinarse, mediante valoración, que la acción está comprendida en el ámbito o radio de prohibición del tipo. Las perplejidades que con frecuencia surgen en el nivel teleológico muestran la necesidad —por otra parte general— de una estimación global valorativa, donde se decide la antinormatividad final del comportamiento, en nuestro caso su pertenencia al tipo del homicidio.

Este cuadro profuso de posibilidades no habla de una certeza o taxatividad de la figura de delito. Más bien advierte sobre su condición flexible y elástica. No solamente aquellos tipos que se denominan «abiertos» exigen ser complementados por vía jurisdiccional. En la teoría contemporánea del delito, el trabajo coordinado de legislación, ciencia dogmática del Derecho y jurisdicción es inherente a la actividad jurídica. Al destacar esta situación no se debilita el principio *nullum crimen sine lege*. Sólo se pone teóricamente de relieve una situación real, es decir, se define la naturaleza de los procedimientos jurídicos, con lo que puede conseguirse, por otra parte, un mejor control crítico de la actividad de los jueces.

En este sentido, el proceso comienza con el análisis del lenguaje. En este primer momento se establece el límite primario a la penetración del emotivismo en la decisión de casos. El lenguaje establece una primera barrera contra él. Después se lucha contra el intuicionismo y la aprehensión emocional de la realidad, exigiendo un elemento material, es decir, la efectiva peligrosidad de la acción. Este requerimiento hace posible una dogmática realista, si no materialista, cuyas raíces se encuentran en la obra de Ihering, en la contribución de su discípulo Franz von Liszt, y con matiz metódico diverso, en la dirección teleológico valorativa y los esfuerzos contemporáneos para circunscribir el injusto penal como comportamiento peligroso, antisocial, atentatorio contra bienes jurídicos. En nuestro medio, donde el criterio de moralidad conspira ocultamente contra el principio de juridicidad, este momento objetivo final de los conceptos debe resaltarse con suficiencia. En último término, debe teóricamente reconocerse, sin embargo, que el destino del concepto —y la decisión del caso— depende de una apreciación valorativa. Esto sucede en todos los campos jurídicos.

B) La situación delatada respecto al delito de homicidio es igualmente visible en otras figuras de delito. En el de violación, la violencia o amenaza son realidades graduables, que pueden tener más o

menos intensidad. La existencia del delito depende de que el comportamiento peligroso sea idóneo para quebrantar la autodeterminación sexual de la mujer. Es éste un juicio sobre la dirección objetivo final de la acción. Las formas severas de fuerza o amenaza se encuentran comprendidas en el fin de protección y, ulteriormente, en el ámbito de prohibición de la norma. La acción cuya peligrosidad para la autonomía sexual de la mujer es prácticamente nula o insignificante, pese a ser subsumible formalmente en el tipo, no está comprendida sustancialmente en él. Entre ambos extremos ha de determinarse el grado de violencia o la naturaleza de la amenaza jurídicopenalmente relevante. La vieja doctrina acudía al *topos* desacreditado, incompatible con la dignidad de la mujer, de la *vis grata puellis*, evocado en sentencia reciente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (10). En realidad, la decisión sobre la tipicidad es un problema teleológico valorativo. Teleológico, en el sentido de que sólo la acción peligrosa para la libertad sexual de la mujer puede estar comprendida en el tipo. Y valorativo, pues como ponen de relieve nítidamente los supuestos límite, afirmar que la acción está o no comprendida en la prohibición normativa se determina únicamente mediante una decisión no arbitraria, pero sí discrecional, cuyas pautas regulativas son los principios superiores del Derecho (11).

C) La indeterminación final de la figura de delito es igualmente observable en la concreción del límite entre los delitos de hurto y robo con violencia o intimidación. Tampoco aquí logra el tenor formal, es decir, el lenguaje legislativo, trazar de forma inequívoca la línea de demarcación entre ambas figuras. La interpretación lingüísti-

(10) Vid. S. 6-4-1988.

(11) Una sentencia reciente de la Audiencia Provincial de Bilbao ha procedido a un cambio de criterio valorativo en la comprensión del elemento nuclear de la violación, es decir, del concepto *yacer*. Esta característica no posee vinculatoriedad lingüística definitiva y es reorientable, si no manipulable, conforme a la escala de valores del intérprete. La consideración semántica arroja un balance ambiguo sobre si además de la cópula heterosexual comprende las demás formas de acceso con la mujer. La ruptura con la interpretación histórico-comparada que la Sala realiza, expresa la adopción de un criterio fundamentalmente valorativo. Los cambios de jurisprudencia son inteligibles generalmente, ante todo en fases de tránsito de un modelo político-jurídico a otro, como mutaciones del orden de valores sobre el que reposan las normas jurídicas particulares. En la jurisprudencia norteamericana, se abandona progresivamente también el llamado *test* de resistencia de la mujer, determinándose la presencia de violación con base en el comportamiento del varón. Este cambio de acento responde a la incorporación de la idea de la dignidad femenina a la práctica jurídica. El riesgo que acecha en toda época de cambio es que se produzca un deslizamiento desde la interpretación extensiva a la analogía prohibida. En nuestro espacio jurídico, tal riesgo es que se confunda la interpretación de las normas «según... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas...» (art. 3.1.º Cc.), con lo que evocadoramente cabría designar como «sano sentimiento popular». (En prensa este trabajo la L.O. 3/1989, de 21 de junio, ha dado nueva redacción al tipo de la violación del artículo 429 del Código Penal, precisamente en el sentido de ampliar la acción típica a otras formas de acceso carnal distintas del yacimiento.)

ca precisa del complemento de la interpretación racional, finalista, de la doctrina y la jurisprudencia. Las formulaciones legales del hurto y del robo no realizan la aspiración a la seguridad jurídica que los tipos deben concretar. Es ilusorio sostener que puede «deducirse» del Derecho positivo el perfil de cada figura de delito.

El problema de si el acto de apoderamiento de la cosa es hurto o robo —como cuando el autor arrebató el objeto que la víctima porta consigo o el aderezo que lleva sobre sí— presenta una estructura que la jurisprudencia todavía no ha conseguido evidenciar. La solución no se *deduce* del tenor formal, legislativo, de tales figuras de delito. Sólo puede ser buscada, por el contrario, acudiendo a puntos de vista teleológicos. El robo con violencia o intimidación es un delito pluriofensivo, que exige un ataque plural a los bienes jurídicos, es decir, a la libertad de actuación o decisión y a la propiedad. La determinación de si la libertad ha sido comprometida es un juicio de imputación objetiva. Requiere caracterizar la acción como peligrosa para este bien jurídico y, ulteriormente, comprobar que tal peligrosidad efectivamente se ha traducido en el menoscabo de la esfera de libertad del ofendido. Este *test*, extraño ordinariamente a la práctica, posee carácter teleológico. Pero la decisión de los casos límite es en último término valorativa. En el robo la fuerza no debe ser insignificante, pero tampoco requiere un grado considerable de intensidad. Cuándo la balanza se desequilibra y no cabe estimar ya hurto, sino robo con violencia, no sólo depende, lamentablemente, de apreciaciones racionales —por ejemplo, de la determinación física, científica, del grado de la fuerza—, sino de la apreciación concreta, valorativa, jurisdiccional. Lo que ha de exigirse es que hayan sido críticamente ponderados el plano lógico-lingüístico y empírico-teleológico anteriores a la valoración.

D) El método aquí elegido podría extenderse a toda figura de delito. Otro campo práctico importante es el de las falsificaciones documentales, en las que una comprensión puramente lógica, lingüística, de los tipos, debe de estimarse fracasada. El delito de falsedad, como es sabido, exige algo más que la discrepancia entre forma documental y realidad. La falsedad formal, es decir, la «mutación de verdad» inocua, según ha reconocido el pensamiento clásico, es atípica y, en consecuencia, impune (*falsitas quae nemini nocet non punitur; falsitas non punitur quae non solum non nocuit, sed nec erat apta nocere*).

El *test* sobre la irrelevancia de la falsedad es fundamentalmente un juicio teleológico, equivalente a que la acción no es objetivamente imputable al injusto, y valorativamente no se encuentra comprendida en el campo de prohibición de la norma.

El mismo planteamiento puede efectuarse en el delito de cohecho. La aceptación de regalos por el funcionario público es generalmente

punible. El radio de la norma debe delimitarse, sin embargo, racionalmente, a fin de no llegar a exageraciones que comprometan la seriedad del sistema penal y de la administración de justicia. En casos de una invitación insignificante, de la aceptación de un cigarrillo, etc., sólo un formalismo paroxístico podría evocar los tipos del cohecho. La acción carece de virtualidad corruptora. Es menester, dice Cuello Calón, que los regalos admitidos sean de cierto valor intrínseco; la ofrenda de objetos sin valor, y, en general, los de tipo honorífico, por lo común no integrarán el delito (12). Rodríguez Devesa sigue también esta línea teleológica. Indica que por regalos hay que entender objetos de valor material (económico) más o menos grande, pero suficientemente para descartar toda idea de mera afección (13). Destaca también que un retrato dedicado, unas flores u otro obsequio semejante no son regalos en el sentido del Derecho positivo, so pena de extender en términos inadmisibles la esfera punitiva. Es evidente que de esta forma se ha desbordado la interpretación lingüística, es decir, se acude a un criterio teleológico —falta de peligrosidad de la acción para la función pública— y valorativo —la acción no discrepa de la norma jurídica base de los tipos—. La doctrina siempre ha tratado de establecer un límite en este espacio. La ciencia penal francesa introduce en el tipo del cohecho un *topos* regulativo que es en el fondo un criterio teleológico: los regalos insignificantes no deben estimarse punibles (*Les petits cadeaux entretiennent l'amitié*). También la teoría finalista del delito ejemplificaba la doctrina de la adecuación social con el supuesto de las atenciones navideñas a los empleados del servicio postal. En algunas ciudades reciben presentes los agentes de tráfico en la fecha final del año. Sólo un formalismo paranoide podría ver en estas atenciones una admisión de ventajas juridicopenalmente prohibidas. La posibilidad de una valoración menos inflexible fue tomada positivamente en cuenta por el artículo 479 del Proyecto de Código Penal de 1980, que tipificaba la aceptación de regalos por los funcionarios en consideración a su cargo si *excedieren en su valor de las atenciones admitidas por los usos sociales* (una disparatada y sorprendente aplicación de la teoría de la adecuación social que desapareció en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983).

Todos estos supuestos revelan que el límite del concepto, es decir, del tipo del cohecho no puede «deducirse» sin más de la ley. La concordancia del hecho con el tenor formal del tipo determina la tipicidad formal, pero no la material. Para ésta es preciso contrastar si la acción puede desestabilizar la probidad del funcionario o poner

(12) Vid. *Derecho penal*, T. II, parte especial, adaptado por César Camargo Hernández, 12.^a ed., p. 397.

(13) Vid. *Derecho penal español*, 11.^a ed., revisada por Alfonso Serrano Gómez, pp. 1172.

en peligro la imparcialidad del ejercicio de funciones públicas. Es éste el plano teleológico. Mas la decisión última ha de conseguirse, sin embargo, en un nivel todavía más alto, es decir, en un plano valorativo. El ejemplo aludido por Rodríguez Devesa del (la) funcionario que recibe flores muestra el sentido de la referencia, reiterativa en el presente trabajo, de que el perfil de los conceptos es, en último término, valorativo. Si la funcionaria A recibe de un administrado un valioso ramo de flores, en atención a la celeridad con que ha sido atendido, se decidirá valorativamente con toda probabilidad, que la acción es atípica. Es más dudoso que la solución sea idéntica si la funcionaria B, en situación correlativa, admite, por ejemplo, un reloj de pulsera o una pluma estilográfica. En el caso de que la funcionaria C vaya más allá y acepte dinero equivalente por igual acto profesional, generalmente será afirmada la presencia del delito. Las implicaciones metódicas de los diversos casos son problemáticas. Lo que quizá estimule a afirmar la tipicidad no es un criterio teleológico —las flores pueden desestabilizar también la imparcialidad del funcionario hacia el futuro—, sino un criterio valorativo. El dinero posee una significación axiológica distinta. Es un instrumento genuino de corrupción. Este punto de vista valorativo puede ser decisivo para afirmar la existencia del delito. La cuestión de si con ello penetra subrepticamente en el delito de cohecho una característica del ánimo —la llamada vileza del móvil—, es decir, el problema de si se transita de esta forma a un Derecho penal de la *Gesinnung* puede sólo ser sugerido, no considerado en los detalles.

La discusión de las figuras examinadas no confirma, en consecuencia, la idea de que los conceptos juridicopenales pueden lógicamente deducirse de la ley. Demuestra, por el contrario, que el ideal de taxatividad y exactitud de la figura de delito se enfrenta con límites significativos en la realidad jurídica. El principio *nullum crimen sine lege* posee significación dialéctica. Está en relación con la tensión de los valores del Derecho. Es un postulado que el legislador tiene crecientemente que realizar mediante la formación crítica de los tipos. La propia naturaleza del Derecho muestra, sin embargo, que se circunscribe siempre por la adecuación a fin y las representaciones valorativas de la teoría y la jurisprudencia.

III

La teoría general del delito se halla vinculada en medida menor aún al Derecho positivo. Puede afirmarse que en alto grado se ha desenvuelto *extra legem* o por vía consuetudinaria. El sistema vigente carece con frecuencia de referencias a los problemas (por ejemplo, respecto a la punibilidad de la comisión por omisión) o proporciona puntos de apoyo accidentales o escasamente significativos (por ejem-

plo, relación de causalidad) para la formación del concepto. En otros casos, el concepto existe en el Derecho positivo, pero no es una noción cerrada, lógicamente definitiva. El trabajo teórico puede reorientarlo, atribuyendo nueva fisonomía a la figura legislativa originaria (por ejemplo, teorías de la codelincuencia y de la tentativa).

El desenvolvimiento de la teoría jurídica del delito pone de relieve el punto de vista de Hruschka de que la ciencia del Derecho trata de *problemas* a los que proporciona en cada momento histórico respuestas abiertas. La legislación suele caminar tras la teoría, como muestra la historia de la codificación en Italia, Suiza, Alemania, Austria o Portugal en las últimas décadas. La construcción de los sistemas penales se basa, pues, en el conocimiento científico, y en países de cultura jurídica razonable, en los dictámenes de expertos. Es la legislación penal la que se deduce de la teoría jurídica del delito. No sucede al revés, como se sostuvo por el positivismo jurídico. Esto se ve con claridad en la evolución de los dogmas más característicos de la parte general.

La teoría de la relación de causalidad se ha desenvuelto *extra legem*. El sistema penal alemán, a diferencia del Código Penal italiano de 1930, ha carecido siempre de disposiciones sobre esta materia. Las teorías de la causalidad —equivalencia de las condiciones, adecuación, relevancia típica, teorías individualizadoras de la causa eficiente, preponderante, etc.— han surgido de los contrastes entre corrientes metódicas, culturales o científicas diferentes. Se ha señalado antes que tales contrastes terminan por definir el ámbito de los tipos.

La admisibilidad de una u otra teoría es producto de múltiples factores. La teoría de la equivalencia está orientada fundamentalmente a la seguridad jurídica. Es teleológicamente indiferente. Presupone una imagen científica natural del hombre, cuya compatibilidad con la dignidad humana sería problemática de no corregirse con puntos de vista culturales, es decir, de no circunscribirse en función de la capacidad humana para pronosticar la conexión entre la acción y sus consecuencias, o sea, para aprehender la tendencia objetivo-final de la acción hacia la causación del resultado.

El sentido profundo de la doctrina de la adecuación es, en nuestro criterio, introducir una imagen antropológica diversa como presupuesto de la antijuricidad. El hombre no se presupone por ella como ser meramente causal, a quien puede imputársele todo resultado condicionado por él, sino un ser capaz de comprender —y, por tanto, de no comprender— las conexiones causales reales. Es un ser con capacidad limitada, no un adivino, como ha destacado Gimbernat Ordeig (14). Carece de sentido hacerle responder de consecuencias no pronosticables o imprevisibles. La causación material no fundamenta

(14) . Vid. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966.

por sí sola la responsabilidad por el hecho. Esta responsabilidad objetiva —anterior a la imputación personal subjetiva— presupone, además de la causación material (*quaestio facti*), la previsibilidad objetivo-general del resultado obtenido (*quaestio finalis*), es decir, no sólo la conexión objetivo-causal, sino objetivo-final entre acción y resultado típico.

La introducción de este momento teleológico en la definición de la responsabilidad —hecha abstracción de su posición en el sistema, es decir, de considerarlo como límite causal o como elemento tácito intratípico— hace perder estabilidad al concepto. Este no proporciona ya una imagen lógico-formal, descriptiva, agotadora, coherente con la seguridad jurídica, o sea, una descripción rigurosa del hecho punible, como en mayor medida sucedía con la doctrina de la equivalencia, sino una imagen teleológica, menos compacta, es decir, más fluida y elástica, y, en consecuencia, menos conforme con la certeza del Derecho. La penetración de la dirección teleológica en la ciencia penal implica una reorientación de la dialéctica entre los valores del Derecho. La decisión final en favor de uno u otro valor de ninguna manera está prefigurada por el Derecho positivo. Rodríguez Devesa ha concedido máxima significación al principio liberal de la seguridad jurídica. La lucha en favor del principio *nullum crimen sine lege*, llevada adelante sin concesiones, es definitiva de su contribución a la historia de la ciencia penal española.

La teoría de la omisión, en particular, de la comisión por omisión, se ha desenvuelto por completo al margen de los sistemas penales positivos. La equiparación de la comisión por omisión al hacer activo es el reflejo de exigencias jurídicas, es decir, una cuestión normativa, teleológica y, ulteriormente, valorativa. El Derecho asimila realidades estructuralmente diferentes, opuestas en la esfera del ser.

La causalidad real, material, inexistente en el delito de comisión por omisión, es suplida por una causalidad meramente hipotética —es decir, por algo que no es causalidad—, o sea, por el juicio de que la acción omitida, preceptuada, hubiera impedido el resultado típico. Penetra así subrepticamente en los presupuestos de la pena un dato artificioso, prácticamente equívoco, inseguro, pues en la experiencia difícilmente podrá afirmarse con seguridad que tal acción inejecutada hubiera verdaderamente impedido la producción del resultado. La práctica se toma las cosas a la ligera cuando condena sin vacilación por homicidio culposo cometido por omisión al médico que imprudente o negligentemente no estableció el tratamiento que hubiese impedido la muerte del paciente. Pero al proceder comúnmente así, se deja de verificar cómo se hubiera desarrollado el curso causal de no haberse omitido la acción, es decir, deja de comprobarse si el homicidio se hubiese impedido con seguridad, o, en su caso, se hubiera evitado con probabilidad rayana en la certidumbre. Salvo error, no existen sentencias donde estas cuestiones sean abordadas. Los delitos de co-

misión por omisión muestran en la dogmática y en la realidad judicial un genuino acento valorativo, paralelo a su distanciamiento de la seguridad jurídica.

La comisión por omisión no ha estado tradicionalmente prevista en los sistemas penales. En la actualidad se tiende a la introducción de una cláusula en la parte general equiparando hacer y omitir. Esto ocurre en el Código Penal alemán actual, cuyo párrafo 13, bajo la rúbrica «comisión mediante omisión» establece que «quien omite impedir un resultado, perteneciente al tipo de una ley penal, es sólo punible según esta ley, si era responsable de que dicho resultado no se produjera y la omisión corresponde a la realización mediante acción del tipo legal». La existencia de esta cláusula general mejora, pero no consigue corregir, la tensión de este grupo de delitos con la certeza del Derecho (15).

Los delitos de comisión por omisión no se deducen de la ley. Es la ley la que, en algunos sistemas penales, toma de la teoría los criterios de incriminación. Esta cláusula, presente en diversos sistemas penales (Alemania, Italia, Portugal), proclama que no impedir un resultado que se tenía el deber jurídico específico de evitar *equivale* jurídicamente a causarlo. Se concede subrepticamente que la prueba de que la acción inejecutada hubiese evitado el resultado típico puede ser conseguida, pero en realidad tal interrogante probatorio no será siquiera imaginado en la práctica de los tribunales. La doctrina tampoco tiene inconveniente en imputar el resultado cuando no existía seguridad, sino sólo probabilidad de que hubiese sido evitado mediante la acción omitida. Es casi seguro que nadie se atrevería a proponer un razonamiento paralelo en los delitos de acción.

En los delitos de comisión por omisión se halla, por otra parte, circunscrito el ámbito de la autoría. Se afirma que son delitos especiales, delitos que sólo puede realizar quien se encuentra en posición previa de garantía. La determinación de la posición de garantía no se realiza por el Derecho positivo. Es un asunto puramente dogmático. En los sistemas penales, como muestra la fórmula alemana, no hay referencias a este problema. Las fuentes de la posición de garantía no las decide la ley. Las establece la dogmática penal. Hace años se discutía si la pertenencia a una comunidad existencial —familia, comunidad religiosa, etc.— fundamentaba la posición de garante. La solución afirmativa lleva a que el omitente no responda por un general delito de omisión —por ejemplo, por omisión del deber de socorro—, sino por un delito de comisión por omisión —por ejemplo, por delito de homicidio—. En la actualidad, el posible interrogante de si una relación de afectividad análoga al matrimonio puede fundamentar la posición de garantía —por ejemplo, en relaciones amo-

(15) Vid. TORIO LÓPEZ, A., *Límites político-criminales del delito de comisión por omisión*, en «Anuario de Derecho penal y ciencias penales», 1984, pp. 693 y ss.

rosas no inconsistentes o en la denominada «pareja estable»— debería obtener en el sistema respuesta negativa, pero ningún jurista experimentado se atrevería a augurar que en la realidad judicial, tan escindida culturalmente, no se sostuviese el punto de vista opuesto por razones valorativas o, más claramente, por motivos ideológicos.

Lo que es visible en los delitos de comisión por omisión no es sólo que su construcción se ha desarrollado *extra legem*, es decir, que no se ha deducido de la ley, sino que en ellos se trata de una elaboración normativa, es decir, de equipararlos a los delitos materiales de acción por entender que son valorativamente realidades equivalentes. Su tensión con el principio de seguridad jurídica ha sido, ante todo, por Hellmuth Mayer, constantemente destacada. En pocos espacios es visible con tanta claridad que la responsabilidad no se fundamenta en la esfera del ser, es decir, en características fácticas, descriptivas, aprehensibles sensorialmente. La responsabilidad reposa en relaciones ideales, hipotéticas, entre la acción omitida y el resultado típico, pero, en último término, en apreciaciones valorativas.

Puede mencionarse también la teoría del dolo para confirmar el criterio que viene exponiéndose. Tampoco puede hablarse en la elaboración dogmática del dolo de una traducción lógico-formal de datos preexistentes en los códigos penales. El parágrafo 59 del Código Penal alemán de 1871, sustancialmente concordante con el 16 de la redacción vigente, sobre el que se edificó la teoría del dolo en la dogmática alemana, destacaba únicamente que si el autor al tiempo del acto no conocía las características pertenecientes al tipo legal (*gesetzlichen Tatbestand*), no le serían imputadas tales circunstancias. Esta fórmula legislativa sólo se refiere al elemento intelectual del dolo —es la pauta regulativa del error de hecho, o del error de tipo—, pero no contiene alusión alguna a si el llamado dolo mediato o de segundo grado, o el dolo eventual, deben o no ser reconducidos al ámbito del actuar doloso. En lo que concierne al dolo eventual, el Código Penal alemán, de la misma forma que el español, no proporcionan ningún punto de apoyo. La teoría del dolo eventual es un producto de la ciencia del Derecho. Baste recordar las fórmulas de Frank, o la teoría de la probabilidad, fundamentada en Alemania por Grossmann, defendida en la literatura penal española por Gimbernat Ordeig, o las teorías del sentimiento, para comprender que este caudal de posibilidades teóricas es la respuesta a problemas antepuestos al Derecho penal positivo, respuestas que están en relación con el concepto material de culpabilidad —cuestión sobre la que faltan investigaciones—, pero que también en último término significan la decisión axiológica de someter o no a la pena más grave del dolo el comportamiento.

Sería impropio, dentro de los límites de esta contribución, prolongar el análisis de los numerosos campos de la teoría del delito en que es verificable la misma situación. Baste con aludir brevemente.

para terminar, a las doctrinas de la tentativa y de la codeinencia, para ratificar que la teoría general del delito se nutre ante todo de proposiciones historico-dogmáticas, que surgen previamente a todo Derecho positivo, y con advertir que cuando éste proporciona puntos particulares de apoyo, esta base legislativa puede experimentar transformaciones tan profundas que originan una nueva imagen de la figura jurídica de que se trate.

Esto puede confirmarse con la teoría de la tentativa. Las fórmulas legislativas están en relación con el Derecho penal francés, ante todo con la exigencia de un *commencement d'exécution* como elemento nuclear del concepto. Esta exigencia supone a lo sumo que los actos no ejecutivos, es decir, preparatorios, no son punibles. Nada dice, por el contrario, sobre si el fundamento o *ratio essendi* de la tentativa es objetivo, o sea, consiste en el peligro para el objeto del acto, o, por el contrario, subjetivo, es decir, se identifica con la resolución criminal del autor (16). Sentido y ámbito de la tentativa son productos teóricos. Es la teoría la que reorienta los datos legislativos, de forma tan múltiple por otra parte como en este campo es visible. Los contrastes de las diversas teorías de la tentativa son, en principio, teleológicos. La teoría objetiva establece el núcleo de la tentativa en el peligro para el bien jurídico. No hay tentativa sin acción peligrosa. La doctrina subjetiva, por el contrario, ve el núcleo de lo injusto en la decisión delictiva, en la enemistad del autor con el Derecho, pudiendo ser diversamente interpretada. Puede ser referida a la peligrosidad criminal del autor, cuyo carácter hallaría expresión en la acción exterior de tentativa, o a la actitud reprochable (*Gesinnung*) del sujeto, es decir, a su posición valorativa negativa frente al bien jurídico protegido.

La superación de tales alternativas, en las que se encuentra comprometido el carácter del Derecho penal, no está en absoluto prefigurada definitivamente en la ley. Es aquí observable, por el contrario, que las diversas posiciones doctrinales son reconducibles, como Mir Puig paralelamente afirmaba, a posiciones teóricas formuladas con alto grado de discrecionalidad.

La situación denotada es igualmente visible en el campo de la codeinencia. El cuadro conceptual de la codeinencia ha surgido como conjunto de respuestas a problemas reales planteados por la contribución de diversas personas en el delito. El modo más primitivo de resolver esos problemas es acudir al concepto unitario de autor, según el cual todos los que condicionan la producción del hecho responden de él como autores. Esta noción posee ventajas indiscutibles desde la perspectiva de la seguridad jurídica, pero borra las diferencias teleológicas —y también las valorativas— entre los diversos code-

(16) Sobre tales contrastes, CEREZO MIR, J., *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*. 1964.

lincuentes. Si desde la perspectiva de la causalidad estos aportan una *conditio sine qua non* del resultado, es cierto, sin embargo, que el cómplice contribuye con una condición cuya peligrosidad es menor para el bien jurídico, condición que merece una apreciación valorativa juridicopenal menos intensa.

La teoría de la codelincuencia es también fundamentalmente un producto de la ciencia. Baste recordar, por ejemplo, la creación doctrinal del concepto de autoría mediata, sólo tardíamente recibido en la legislación (17), para comprender que la ley proporciona para la teoría de la codelincuencia únicamente puntos de apoyo, de los que poco cabe «deducir». Es un criterio teleológico, es decir, la peligrosidad de la acción del cómplice para el bien jurídico protegido lo que permite, por ejemplo, distinguirlo de la cooperación necesaria. Es patente que en la delimitación penetran ocultamente momentos valorativos, discretionales, como muestra ostensiblemente la jurisprudencia. Lo que sí cabe reclamar es que éstos sigan, es decir, no se antepongan al estudio de las propiedades materiales del comportamiento. Cuando se prescinde de este estudio y el concepto se aprehende sintéticamente es imposible una jurisprudencia homogénea y racional.

IV

La orientación global de la teoría del delito, no sólo los problemas particulares de la parte especial o de la parte general, no está tampoco predeterminada en el Derecho positivo. Demuestran esto los incesantes cambios observables en la evolución. Sobre un mismo Código Penal han podido desenvolverse la concepción clásica, neoclásica, finalista o contemporánea —teleológica, funcional, postfinalista— del sistema penal. En el mismo momento histórico, por otra parte, pueden coexistir teorías del delito diferentes. La dogmática no es una ciencia, o sea, una reflexión exacta, sino constitutivamente inexacta, imprecisa, flexible y abierta, referida a fines y valores. Esto explica los cambios diacrónicos y sincrónicos del pensamiento jurídico.

Puede decirse, sin embargo, que frente a la diversidad y combinaciones de los criterios teóricos en la literatura y de su concreción en la legislación, preexisten estructuras y modelos apriorísticos, cuyas alternativas, por otra parte reducidas, se ponen de relieve a continuación. Este problema merecería una investigación particular. En las presentes páginas pueden ofrecerse sólo algunas anticipaciones.

(17) Vid. artículo 32 del Proyecto de Código Penal de 1980: «Además de quienes realizan el hecho por sí o por medio de otro, del que se sirven como instrumento, se consideran autores...»; y, actualmente, el parágrafo 25, 1, del Código Penal alemán: «Es punible como autor quien realiza por sí o por medio de otro el hecho punible.»

El sistema positivo es reflejo, más o menos consciente, de un modelo. Este no es deducido del Derecho positivo, como sostuvo el credo técnico-jurídico hace décadas. Sucede al contrario: es el Derecho positivo el que responde a él. En este sentido cabe plantear al menos dos contrastes fundamentales. En primer lugar, la oposición entre una antijuricidad concebida subjetiva, o, por el contrario, objetivamente. Y, en segundo término, la antinomia entre una antijuricidad cuyo objeto sea la acción o, por el contrario, el resultado de esa acción.

A) En primer lugar, cabe la posibilidad conceptual de un sistema orientado subjetivamente, es decir, en el que la resolución personal-subjetiva se constituya en fundamento de lo injusto. Este criterio solamente se ha patrocinado en espacios particulares, concretamente, en la teoría subjetiva de la tentativa. Nunca ha llegado a informar la totalidad de un sistema juridicopenal (si se prescinde, por ejemplo, del sistema religioso-penal inquisitorial). Como Mezger enseñaba, el Derecho no conoce puros elementos subjetivos de fundamentación de lo injusto. Únicamente en el ámbito de la tentativa se ha llegado a concebir la resolución antijurídica del autor como *fundamento* suficiente, a lo sumo necesitado de manifestación exterior, de la pena. Esta se conecta entonces a la voluntad antijurídica del autor. En la concepción extrema, el acto exterior posee sólo valor informativo sobre la disposición interior. La generalización de este criterio no sería inimaginable lógicamente, pero sí sustancialmente inaceptable, pues conduciría a afirmar que la resolución delictiva proporciona sin más el injusto típico, debiéndose entender la totalidad del proceso externo, no sólo el resultado típico exterior, como condición de punibilidad. Este modelo lógico, apriorístico, tiene una virtualidad ejemplificativa negativa. Enseña negativamente —lo que no es improcedente destacar— que la resolución o decisión finalista no es elemento central, originario, de lo injusto, es decir, que el dolo puede ser a lo sumo concebido como elemento codeterminante, complementario, configurador de lo injusto.

La crítica que puede formularse a un modelo radical subjetivo es múltiple. El Derecho no se infringe con la mera resolución delictiva —esto, según una antigua concepción, es lo decisivo en la infracción moral—. Se infringe mediante acciones. El actuar exterior es el fundamento del reproche jurídico. Desde el punto de vista político-jurídico un sistema basado en la pura prohibición de la resolución criminal, traducida a lo sumo en actos exteriores indicativos de su existencia, sería un sistema atentatorio contra la libertad y la intimidad, en contradicción con el postulado histórico, material y juridicopolítico de que la pena no se conecta inmediata, aisladamente, a estados psíquicos y resoluciones internas (*cogitationis poenam nemo patitur*). La resolución de voluntad, es decir, el conocimiento y deci-

sión personal del hecho, no puede por sí solo fundamentar, sino a lo sumo codeterminar, la antijuricidad (18).

El modelo opuesto ve en el hecho externo dañoso para el bien jurídico el sustrato de lo injusto. Este se define con independencia del contenido subjetivo, que o no se tomaría en cuenta en absoluto (así los sistemas jurídicos primitivos) o contribuiría sólo a delimitar, no a fundamentar, la responsabilidad. El objetivismo tiene en favor suyo varios argumentos. En primer término, que únicamente un hecho externo puede menoscabar las condiciones de convivencia, es decir, comprometer los bienes jurídicos. Esta orientación puede, en segundo lugar, concretar o realizar en elevada medida la seguridad jurídica, pues los hechos externos son aprehensibles sin equivocidad, es decir, directamente, sin necesidad de un proceso previo inductivo, que es necesario efectuar, por el contrario, para contrastar la presencia de los contenidos mentales y anímicos, dada la imposibilidad de conocimiento procesal directo de los estados de conciencia (19).

Esta perspectiva metódica es la de la teoría clásica del delito, representada ante todo por las contribuciones históricas de Listz y de Beling. El defecto de esta concepción es, sin embargo, doble. En primer término se desinteresa, al menos conceptualmente, de la naturaleza de la acción conducente a la lesión del bien jurídico. La acción es entendida como informe fuerza causal, cuyas peculiaridades materiales constitutivas no poseen generalmente significado para la afirmación —o para la negación— de la antijuricidad. En segundo lugar, la antijuricidad es entendida causalmente, es decir, no guarda relación con la dirección finalista que se le imprima por el hombre.

La concepción objetiva bruta de la antijuricidad cedió prontamente el paso al reconocimiento de elementos subjetivos del injusto. En la doctrina contemporánea, incluso en la doctrina penal austriaca, vinculada evolutivamente al objetivismo, esa orientación ha experimentado un retroceso, al reconocerse que el injusto, si bien está conformado por elementos prioritariamente objetivos, depende ulteriormente también de elementos subjetivos. Puede decirse, pues, que el dolo es elemento subjetivo codeterminante de lo injusto (20).

(18) Sobre los contrastes de fondo evocados, vid. SUÁREZ MONTES, F., *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, 1963.

(19) Vid. AYER, A. J., *El conocimiento de otras mentes*, en «Ensayos filosóficos», trad. de F. Bejar, 1979, pp. 176 y ss.

(20) Sobre el problema, vid. TRIFFTERER, O., *Strafrecht*, Allg. T., 1985, pp. 91 y ss., donde se señala que la atribución del dolo al tipo ha sido introducida definitivamente en la doctrina penal austriaca por Friedrich Nowakowski en su recensión al *Lehrbuch* de Jescheck. Este estudio crítico, *Probleme der Strafrechtsdogmatik. — Zugleich eine Besprechung von Jeschecks Lehrbuch des Strafrechts*, fue publicado en 1972 y se recoge en la colección de artículos de NOWAKOWSKI, *Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik*, 1981, pp. 1 y ss.; vid. SCHÜNEMANN, B., *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. I. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre*, en «GA», 1985, pp. 341 y ss.

B) El contraste precedente se planteaba entre una antijuricidad entendida subjetiva u objetivamente. Esta primera alternativa cede el puesto ahora a un segundo punto de vista formal, en el que se considera otra oposición, es decir, si el juicio de antijuricidad se refiere prioritariamente a la acción o, en su caso, al resultado de esa acción.

Entre los rasgos más característicos de la teoría contemporánea del delito se encuentra el de destacar que la acción es, independientemente o conjuntamente con el resultado, el fundamento de lo injusto típico (21). Las propiedades de la acción son, en consecuencia, momentos constitutivos de la tipicidad. En el tipo es el desvalor de acción el desvalor primario u originario, al que se conecta *ex post* el desvalor de resultado, constituido por la consecuencia lesiva del bien jurídico protegido. Las normas juridicopenaes prohíben primariamente acciones. La norma base del delito de homicidio prohíbe originariamente emprender la acción de matar a otro, es decir, realizar una acción peligrosa, dolosamente dirigida a lesionar la vida humana.

Este punto de vista tendría que conducir a afirmar que el desvalor de tentativa es el desvalor lógicamente básico, primario, en sí mismo esencial, aunque necesitado aún de la producción del resultado, es decir, de que se le conecte el desvalor de resultado para proporcionar una imagen no sólo parcial, sino total de lo injusto.

Hay que señalar que el denominado desvalor de acción es todavía un concepto formal, es decir, una noción que puede sustancialmente orientarse en varios sentidos.

La teoría finalista ve el núcleo del desvalor de acción en el dolo. Este es la espina dorsal, el centro de lo injusto, que para Welzel debe concebirse como injusto personal. Esta solución es demasiado unilateral: destaca exageradamente el lado subjetivo y oculta la necesidad del momento objetivo de la antijuricidad. El dolo no es elemento fundamentador, sino solamente codeterminante, de lo injusto. Este es una unidad de elementos objetivo-finales, peligrosidad potencial de la acción para el bien jurídico, y subjetivo-finales, es decir, voluntad finalista humana orientada a realizar el tipo objetivo exterior. El dolo codetermina, no fundamenta, lo injusto.

El desvalor de acción puede ser entendido primariamente como desvalor objetivo-final, material, de acción, es decir, ser identificado con la peligrosidad de la acción. Es éste el sentido inicial, como veremos seguidamente, de la actual teoría de la imputación objetiva. Nuestro punto de vista es que este desvalor material de acción es elemento tácito, general, de lo injusto, es decir, de todo tipo de delito, salvo las excepciones que necesariamente tengan que admitirse (por ejemplo, delitos de peligro abstracto, tentativa imposible) como existentes en el sistema.

(21) HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuricidad*, 1983.

El reconocimiento del desvalor objetivo, presente en la peligrosidad potencial del acto para el bien jurídico protegido, presenta en la evolución histórico-dogmática insinuaciones y anticipaciones, que sólo en la actualidad han encontrado expresión, aunque todavía limitada, en la teoría general del delito. Esas anticipaciones, como antes fue sugerido, estaban presentes en la teoría de la adecuación, todavía dentro del marco sistemático de la causalidad. En la actualidad se han cifrado tales precedentes en la teoría de la imputación objetiva. De acuerdo con ella, causación no equivale todavía a imputación. Esta requiere la presencia de una acción peligrosa, jurídicopenalmente prohibida, cuya peligrosidad se haya materializado (conexión de riesgo) en la causación del resultado típico.

En la dogmática alemana, la teoría de la imputación objetiva se ha relacionado preferentemente con los delitos materiales o de resultado. Nuestro punto de vista, puesto de relieve en estudios anteriores, es que la exigencia básica inherente a este principio, se extiende a todo el campo del Derecho penal (22).

Es éste también el criterio de la doctrina penal austríaca, en la que se distingue entre *imputación objetiva general*, referible a todo delito —en consecuencia, también a los delitos formales o de simple actividad—, e *imputación objetiva especial*, noción vinculada a los delitos materiales o de resultado (23).

El injusto exige, pues, una acción base peligrosa para el bien jurídico protegido. Es esa acción la materia que prohíben primariamente las normas jurídicopenales, de acuerdo con un proceso histórico que remite retrospectivamente al pensamiento penal de la Ilustración, cuando se destaca que una violación ético-religiosa es insuficiente para la existencia del delito, es decir, que el injusto exige el peligro o lesión de derechos subjetivos y, ulteriormente, de bienes jurídicos. Este proceso halla teóricamente expresión en las contribuciones de Larenz o Honig, en la dirección teleológico-valorativa y en lo que comprensivamente puede a nuestro juicio designarse como *dogmática postfinalista*, cuyo representante más caracterizado por la atención al momento objetivo-final del concepto, aunque con desatención para su dimensión valorativo-normativa, es Claus Roxin.

La acción peligrosa para el bien jurídico es el objeto radical de las prohibiciones jurídicopenales. Este criterio general podría tolerar algunas excepciones, es decir, ser prácticamente compatible con elementos alóxicos, siempre que éstos respondiesen a motivos no discutibles de necesidad u oportunidad jurídica. Esto ocurre, por ejemplo,

(22) TORIO LÓPEZ, A., *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, en «Anuario de Derecho penal y ciencias penales», 1986, pp. 33 y ss.; el mismo, *Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma*, en «Estudios penales y criminológicos», X, pp. 383 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E., *¿Qué es la imputación objetiva?*, en «Estudios penales y criminológicos», *cit.*, pp. 167 y ss.

(23) TRIFFERER, O., *loc. cit.*, pp. 128 y ss.

con los delitos de peligro abstracto, cuya exclusión del sistema penal, es decir, cuya reconducción al Derecho penal administrativo o de las infracciones al orden, es sin duda procedente, pero cuya presencia en el sistema penal puede explicarse excepcionalmente por razones de necesidad. Puede ser esto admisible, por ejemplo, en modalidades determinadas de tenencia ilícita de armas. Es difícilmente concebible, por el contrario, en la expendición de medicamentos o sustancias anticonceptivas sin observar las prescripciones legales o reglamentarias, donde parece encontrarse presente un abuso del *ius puniendi* estatal. En esta hipótesis legal no sólo falta la acción peligrosa básica. Tampoco existen razones prácticas o de oportunidad que hagan inteligible abandonar el campo del Derecho administrativo y acudir al Derecho criminal.

Otra hipótesis más significativa en que se encuentra ausente la peligrosidad de la acción es la tentativa inidónea. Su punibilidad significa una desviación de los principios básicos de este modelo, desviación que exige también una fundamentación excepcional. En la tentativa imposible el objeto del reproche jurídico es la voluntad enemiga del Derecho, es decir, lo injusto posee un fundamento subjetivo. No debe inducir a error que la punibilidad se delimite conforme a criterios extrínsecos (impresión, alarma de la colectividad), pues esto sólo circunscribe la antijuricidad previamente establecida sin ninguna base previa objetiva. En la tentativa imposible ha de verse una causa de extensión de la pena de la tentativa, no un caso natural de delito intentado, lo cual debería lógicamente conducir a la imposición de una pena atenuada (24).

El modelo acogido aquí supone un decisivo cambio frente a la teoría finalista del delito, en la que el dolo, es decir, la finalidad subjetiva del autor, no la finalidad objetiva de la acción, proporcionaba el núcleo del desvalor de acción. Es explicable que Armin Kaufmann estimase impropio el criterio de la imputación objetiva en los delitos dolosos, dado que priva al dolo de la función definitoria prioritaria de la acción prohibida. De constituirse la acción objetivamente peligrosa en materia originaria de la valoración jurídicopenal, puede corresponder únicamente al dolo el papel de codeterminar con ella lo injusto. El injusto sería así una unidad de elementos objetivo-finales —tendencia peligrosa de la acción— y subjetivo-finales —dolo dirigido a la realización del tipo objetivo.

El desvalor de resultado, unitariamente con el desvalor de acción, cofundamenta lo injusto en la teoría actual del delito. No despliega

(24) Sobre el problema, CEREZO MIR, J., *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Valladolid, 1964; NÚÑEZ BARBERO, R., *El delito imposible*, 1963; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en CORDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO y CASABO RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, I, reimp. 1972, pp. 65 y ss.; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito (Doctrina y Jurisprudencia)*, 1986, pp. 36 y ss., donde se opta por un criterio prioritariamente objetivo, ulteriormente subjetivo.

la función unilateral que le atribuyó la dogmática clásica en la que operaba como condición necesaria y suficiente de la antijuricidad. Por otra parte, el resultado tampoco puede reducirse a simple condición objetiva de punibilidad. El injusto es, pues, una unidad superior comprensiva del desvalor de acción y del desvalor de resultado.

Puede señalarse, finalmente, que los modelos aludidos, dentro de límites solamente indicativos, no están prefigurados por el Derecho positivo. No se deducen tampoco de la ley. Son figuras jurídicas *a priori*. Pueden concebirse como estructuras formales, desde las cuales crecen y se desarrollan las diversas teorías del delito.

Estas presentan un carácter relativo. Son respuestas histórico-culturales, elaboraciones desprovistas de resistencia, condenadas a experimentar mutaciones o sustituciones en el decurso histórico. De nuevo cabe recordar con Gustav Radbruch que cada tiempo ha de reescribir su propia teoría general del delito. Pensamos que para el sistema de valores del Estado de Derecho y el pensamiento teórico del postfinalismo está críticamente justificada una teoría del delito en que (a) la acción peligrosa (b) dolosamente dirigida a la producción del hecho descrito en el tipo objetivo, (c) se conciba como materia básica de la prohibición, es decir, de la valoración negativa juridicopenal, o sea, de la tipicidad.

V

Son múltiples las conclusiones que cabe obtener de la anterior exposición.

En primer término, hay que reiterar que en la parte especial proporciona la figura de delito solamente un marco lingüístico, precisamente un marco fluido, dentro del cual ha de circunscribirse mediante interpretación el particular injusto punible. Esta delimitación se consigue conforme a criterios teleológicos, pero, en definitiva, mediante una valoración jurídica.

En la parte general, cabe reiterar en segundo lugar que numerosos problemas de máxima significación, como la relación de causalidad, los delitos de comisión por omisión, etc., carecen de respuesta en la ley. En otros campos igualmente significativos el Derecho positivo no proporciona realmente premisas, sino simples puntos de apoyo para el desenvolvimiento teórico del concepto. Así sucede con la base positiva del dolo, de la tentativa o de la codelinuencia.

La reconstrucción de los conceptos y categorías de la teoría general del delito, en tercer lugar, no surge de la nada. Descansa en modelos teóricos, fundamentalmente apriorísticos, que no se obtienen del Derecho positivo, sino que están lógicamente antepuestos a él. Los sistemas penales se pliegan a estos modelos antagónicos con relativa plasticidad. Dentro de éstos destaca la contraposición formal,

a priori, entre un sistema cuya base sea la resolución criminal o, por el contrario, el hecho exterior. O en otro sentido, entre un paradigma cuyo soporte sea la acción (desvalor de acción) o, inversamente, el resultado de la acción, es decir, la lesión del bien jurídico protegido (desvalor de resultado).

En la presente exposición se ha concedido que el núcleo de lo injusto está dado por el desvalor objetivo final de la acción, es decir, por la tendencia peligrosa de la acción. En la tentativa idónea se halla, en consecuencia, el punto de partida lógico y material del sistema penal. Esto supone que la tentativa inidónea, como brevemente se ha anticipado, sea una realidad extravagante, es decir, una verdadera desviación dentro de un sistema así concebido. Como tal desviación reclama una explicación particular. No puede ser legitimada, frente a lo que sostiene la teoría subjetiva, como una forma natural, genuina, de tentativa, sino como una causa de extensión de la pena de la tentativa propia. El fundamento de la tentativa imposible, ausente en ella el coeficiente objetivo final, se encuentra en la resolución subjetiva, con lo que el sistema recibe un cuerpo extraño, aproximándose a un Derecho penal del ánimo (o según otro punto de vista no considerado aquí, a un Derecho penal de peligrosidad). El hecho de que en la tentativa inidónea se exija una alarma, es decir, una impresión negativa de la colectividad respecto a la vigencia del orden jurídico —lo que lleva a excluir de su ámbito la tentativa irreal o la tentativa supersticiosa—, no es un elemento intrínseco, sino extrínseco, delimitativo, de un injusto previamente circunscrito con base en el dolo, es decir, en la resolución delictiva del sujeto.

La teoría general del delito es un cuadro de respuestas racionales a los problemas que plantea la realidad criminal. Podría —y con toda seguridad, tendría— que ser elaborada con una visión menos territorial o más cosmopolita, prescindiendo de toda referencia a cualquier sistema positivo. Esta tarea no es desconocida en la ciencia del Derecho penal. Las grandes exposiciones político-criminales del pasado (Beccaria, Filangieri, Rossi) caminan delante de la legislación. Del mismo modo podrían desenvolverse los sistemas dogmáticos, como investigación crítica de los problemas fundamentales de la parte general y de la parte especial. El presente, cuando se trata de la unificación legislativa de grandes espacios jurídicos, llama precisamente en esta dirección.

La teoría general del delito presupone siempre una decisión fundamental. Por encima de los grandes contrastes dogmáticos, sistemáticos, se halla el punto de conexión con los valores del Derecho.

La consideración lógico-formal se dirige al sistema positivo. Su elemento propio es el tenor de las reglas jurídicas, el momento lingüístico de la legislación. La confianza en que las prohibiciones jurídicas pueden traducirse en proposiciones lingüísticas inequívocas pertenece al pasado. Ha sido rectificadas por la hermenéutica

contemporánea. El lenguaje obtiene significación en un contexto histórico, ante todo en un contexto social. El perfil lingüístico de los tipos es fluido, sinuoso, borroso, como ha procurado mostrar la exposición anterior.

El tipo ha de ser reorientado, reconstruido, reinterpretado teleológicamente. Las hipótesis estudiadas (homicidio, violación, robo con violencia o intimidación, falsificación documental, cohecho), ponen de relieve la necesidad de una consideración teleológica, racional, de la norma. En la parte general el pensamiento teleológico ha experimentado un fuerte impulso en el presente. Pero la consideración teleológica conduce con frecuencia a un «non liquet», es decir, exige ser complementada mediante una apreciación valorativa. En la construcción penetra siempre una discrecionalidad insuprimible. La llamada ciencia jurídica no responde verdaderamente a las exigencias del método científico

Las proposiciones científicas son contrastables, es decir, refutables o falsables (25). Esta posibilidad está cerrada a las proposiciones jurídicas. La cuestión de si es procedente la prohibición universal del aborto doloso, de si lo es el sistema de los plazos o el de las indicaciones, se decide en último término estimativamente. La validez de la proposición jurídica depende de la premisa axiológica a la que remite, pero la exactitud de esta premisa no es demostrable. La cuestión de si el Derecho debe preferentemente crear certeza en el intercambio social, de si debe promover utilidad o bienestar para el mayor número de seres humanos, o de si debe garantizar la justicia distributiva, es un interrogante axiológico. La incontrastabilidad de las proposiciones jurídicas habla de un diferente estatuto epistemológico frente a las declaraciones de la ciencia (26).

Lo expuesto no equivale, sin embargo, a una actitud ambigua o equívoca, sobre la dialéctica de los valores jurídicos dentro del sistema penal. El análisis muestra que el Derecho penal no es una lógica. El lenguaje nunca permite una formación silogística, clasificatorio-deductiva, ni del sistema, ni de la decisión jurídica. El lenguaje no consigue nunca un perfil seguro de las eventuales «premisas mayores» de ese sistema. Por eso el nivel lógico ha de ser completado en un plano racional, finalista, teleológico. En la teoría jurídica se tiene en cuenta, por ejemplo, si la acción, además de estar formalmente comprendida en el concepto, es o no peligrosa para el bien jurídico

(25) Sobre ello, vid. POPPER, K., *La lógica de la investigación científica*, trad. V. Sánchez de Zavala, 4.^a reimp., 1977.

(26) Este tipo de problemas, cuando no son ignorados, interesan poco en la actualidad. En décadas precedentes constituían el núcleo de la formación jurídica académica. Hoy la reflexión filosófico-jurídica, ante todo los presupuestos epistemológicos de las disciplinas jurídicas, ha cedido el paso a algo que, cuando no es simple exégesis, es exagerado designar como «política criminal».

protegido, produce menor perjuicio que beneficio, etc. Estas consideraciones no son lógicas, sino teleológicas.

Puede ser interesante señalar que la investigación clásica de los tipos penales ha detectado la existencia de elementos del juicio cognitivo, en «los que se trata de características típicas sobre las que ha de recaer un determinado juicio con arreglo a la experiencia y a los conocimientos que ésta proporciona..., así cuando se trata —afirma Mezger, después de mencionar otros ejemplos— de determinar si una conducta es *peligrosa* o de si lo es, asimismo, un medio determinado para la comisión del delito...» (27).

En esta línea puede decirse también que la peligrosidad de la acción es elemento constante, es decir, elemento del juicio cognitivo permanente de todos los tipos penales. Es éste el sentido de la teoría de la *imputación general objetiva*, considerada desde su perspectiva prevalorativa, es decir, teleológica. La función de los elementos descriptivos de los tipos es, pues, menos absoluta, menos definitiva, más dialéctica, dado que aparecen circunscritos por consideraciones empíricas, racionales, finalistas: la conexión potencial de riesgo —lo que hemos denominado en otro trabajo peligro hipotético— (28) es una característica general del tipo, ausente únicamente en campos excepcionales, como la tentativa imposible, los delitos de peligro abstracto, etc., campos que se hallan precisados de una explicación diferencial.

La consideración teleológica no logra delimitar nunca, sin embargo, los límites del concepto, trátase de la parte especial (figura del delito) o de la parte general (por ejemplo, causas de justificación). La configuración del concepto supone siempre una apreciación valorativa. En las proposiciones jurídicas penetra, pues, insuprimiblemente un momento discrecional. Puede hablarse de una vulnerabilidad e incluso de una menesterosidad científica de la reflexión jurídica. Hruschka ha puesto nítidamente de relieve el dato de que la ciencia jurídica es una disciplina valorativa. Pero advierte profundamente que la valoración ha de suceder, es decir, no ha de anteponerse a las consideraciones lógicas. A la pregunta de por qué se tiene que proceder lógicamente, o sea, de por qué no hay que proceder sólo valorativamente, hay que contestar —dice— que no debe actuarse ilógicamente, pues en caso contrario, el precio que hay que pagar es la irracionalidad del discurso (29). Hruschka destaca también que el Derecho tiene que ver con valoraciones, lo que lleva a algunos juristas, ante todo a los juristas principiantes, a creer que con la valoración

(27) *Tratado de Derecho penal*, I, 2.^a ed., trad. de J. A. Rodríguez Muñoz, pp. 374 y ss.

(28) Vid. TORIO LÓPEZ, A., *Los delitos de peligro hipotético. Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto*, en «Anuario de Derecho penal y ciencias penales», 1981, pp. 825 y ss.

(29) *Loc. cit.*, p. XVII.

está todo hecho..., a *comenzar* con la valoración, en vez de atenerse previamente a las leyes de la lógica (30).

La valoración es el *momento final* de la actividad teórica y práctica del jurista. Es el plano en que el destino del concepto se decide. Esta consecuencia final no es deseable, es decir, distancia al Derecho de las ciencias empíricas, pero no parece discutible que el proceso teórico se desenvuelve y despliega así. Biología, psicología y sociología criminal son constitutivamente ciencias empíricas. La denominada ciencia del Derecho es, en último término, por el contrario, reflexión valorativa o normativa. El dato y conocimiento empíricos no deciden nunca el sentido final de los conceptos y normas jurídicas. Este sentido tiene que ver siempre con una valoración.

Esta apreciación valorativa, generalmente latente u oculta, es más diáfana y visible cuando se trata de delimitar el punto último del radio de prohibición de la norma, pero está siempre presente en la actividad del jurista. En el caso citado del disparo realizado a corta distancia con dolo de matar, contra toda apariencia también se decide el problema valorativamente. El proceso metódico discurre por una fase lógica, en que se considera la adecuación del hecho al tipo (subsunción). Transita después por una fase teleológica, donde se concede que la acción peligrosa ha cristalizado progresivamente en la producción del resultado típico. Pero sólo en el juicio de antinormatividad, es decir, en la determinación de que la acción con su resultado se halla comprendida en la prohibición del homicidio, encuentra el tratamiento de la hipótesis su verdadera coronación. Este momento final, normativo, valorativo, suele pasar inadvertido «cuando las cosas están claras». Entonces se resuelve la hipótesis por medio de una apreciación sintética, cuyos estratos pueden permanecer ocultos. Es este el error de Haft cuando afirma que en los delitos de resultado tiene que mediar un nexo entre acción y resultado, de modo que éste aparezca como «obra» de su autor... En muchos casos, dice Haft, esto no es problemático y sobre ello no debería desperdiciarse palabra alguna (así, si A dispara sobre V dándole muerte no se precisa ningún esfuerzo para conocer que la muerte de V es obra de A). Desde nuestro punto de vista cabe oponer a esta tesis, sin embargo, que la investigación jurídica es aún más necesaria cuando la realidad parece clara e incluso obvia. En tales hipótesis, el análisis jurídico ha de mostrar también los planos constitutivos de los conceptos y dar los pasos precisos para llegar a una solución (30 bis).

Es, pues, en las hipótesis límite cuando emergen analíticamente los diversos planos integrantes de esa síntesis. Entonces el tratamiento de casos exige destacar el plano objetivo-final (peligrosidad de la acción para el bien jurídico, conexión de riesgo) y el valorativo-normativo (contradicción del

(30) *Loc. cit.*, p. XVII.

(30 bis) HAFT, F., *Strafrecht*, A. T., 1980, p. 41.

hecho con la norma base del tipo del homicidio, no con otra norma juridicopenal diversa). Paralelamente, la admisibilidad de la teoría de la probabilidad o, por el contrario, del consentimiento en el campo del dolo eventual, como ha sido sugerido, no se decide lógica, ni teleológica, sino axiológicamente. Sería ilusorio hablar de *prueba científica* en favor de una u otra concepción. En el plano teórico, dogmático, no sucede nada diametralmente opuesto a lo que ocurre en el ámbito legislativo. En éste es visible plásticamente la discrecionalidad del legislador. Unicamente mediante el definitivo *ita ius esto* legislativo se elevan las consideraciones racionales, finalistas, precedentes a norma jurídica vinculante.

La formación conceptual jurídica, lo mismo que la formación legislativa, es expresión de un relativismo axiológico o cultural, lo cual explica la sucesión, pero también la coexistencia, de modelos teóricos múltiples en el espacio y en el tiempo. Brandt pone nítidamente de relieve el sentido del relativismo cultural cuando se refiere al conflicto de axiomas morales fundamentales entre diversos individuos o grupos. Las valoraciones, afirma, pueden referirse al mismo objeto, y los acontecimientos, acciones o situaciones ser también iguales, en el sentido de que poseen para ambas partes igual significación. Los romanos, recuerda Brandt, consideraron el parricidio como un grave delito, para el cual fijaron la pena capital. En algunas sociedades primitivas era, por el contrario, un deber de los hijos dar muerte al padre, enterrándolo vivo al cumplir sesenta años, con independencia de su estado de salud. Brandt evoca las conocidas palabras de Protágoras cuando enseñaba que «los atenienses estimaban incorrecta la exposición de los hijos no deseados, mientras los espartanos la consideraban moralmente legítima...». Protágoras recomendaba que cada participante en el debate siguiese el propio criterio (31).

Lo que caracteriza al Estado de Derecho, frente al monolitismo valorativo del Estado autoritario, es precisamente su pluralismo valorativo, es decir, la posibilidad de que sobre la misma materia recaigan apreciaciones discrepantes. La reducción de estas antinomias, no su promoción ideológica, es la tarea de la ciencia crítica del Derecho. El conocimiento de las propiedades de la realidad disminuye la disidencia. La ciencia jurídica progresa cuando se antepone a los juicios de valor la racionalidad de los juicios de hecho. Este progreso está en relación estrecha con los esfuerzos de la sociología jurídica contemporánea, con el análisis económico del Derecho y con la incorporación de la psicología científica al dominio de la jurisprudencia teórica y práctica. En el Derecho penal está en conexión con la sociología y la psicología criminal, pero ante todo con la consideración científica de los presupuestos de la norma. La teoría de la imputabilidad,

(31) Vid. BRANDT, R. B., *Drei Formen der Relativismus*, en «Texte zur Ethik», recop. de Dieter Birnbacher y Norbert Hoester, 6 Aufl., 1987, pp. 42 y ss.

por ejemplo, no puede ser reconstruida de espaldas a la ciencia. El hiperemotivismo axiológico visible en algunos campos —por ejemplo, en la discusión del aborto, de la eutanasia o de los delitos sexuales— experimentaría una considerable reducción si se dispusiera de imágenes empíricas y de información psicológica suficientes. Sucede lo contrario, por no mencionar otros casos, en el debate actual sobre el delito de violación, donde es observable una falta característica de soporte crítico: se formulan postulados sin conocer la criminología del autor ni de la víctima, y la discusión se desarrolla al margen también de la psicología del testimonio, que en este delito desempeña una función fundamental.

La posibilidad de reducir el campo de la discrecionalidad en la formación de las proposiciones jurídicas ha sido suscitada por Zippelius; quien afirma que éstas no pueden ser sometidas al método de las ciencias empíricas. Como ha sido señalado, las proposiciones jurídicas no son falsables o refutables. Pero sí que es posible describir bien sus presupuestos, mostrar los planos del debate, clarificar incessantemente las premisas, ponderar las consecuencias de cada tesis, hasta conseguir un consenso racional (32). Cabría, pues, proponer que el jurista someta constantemente el sistema a permanentes interrogantes, del mismo modo que el científico somete a escrutinio y contrastación incesante sus proposiciones teóricas. Esta disposición científica contribuiría a un sistema penal teórico menos artificioso y escolástico, es decir, a un pensamiento penal menos abstracto y más racional.

Tal información previa hay que pedirla del legislador, del juez y del jurista dogmático. Por ejemplo, la discusión sobre el aborto no puede emprenderse sin base biológica. Lo que se observa, por el contrario, en las grandes contraposiciones ideológicas sobre el problema es frecuentemente una ostensible falta de información. En el debate sobre la eutanasia toma a veces el discurso un giro *naïf*. Para nada se toma en cuenta los presupuestos biológicos, científicos, ni los riesgos que puedan surgir para la vida humana de su difusión incontrolada en los hospitales. La dicotomía *justo/injusto*, la fórmula emocional del *derecho a una muerte digna* o alusiones ideológicas que no tienen que ver mucho con el problema, flotan sin el soporte de datos empíricos que las doten dialécticamente de contenido. Es cierto, sin embargo, que incluso cuando se cuenta con buena información penetra finalmente en toda decisión jurídica un momento discrecional o valorativo.

La cuestión inquietante de la falta final de racionalidad de las proposiciones jurídicas se ha ponderado críticamente por la teoría de la medición de la pena, es decir, en lo que suele estimarse como coronación de la teoría general del delito. También advierte Bruns sobre

(32) Vid ZIPPELIUS, R., *Zur Funktion des Konsenses in Gerechtigkeitsfragen*, en «Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag», pp. 1 y ss.

la visión unilateral de la medición judicial de la pena, menos como acto intelectual que como decisión voluntativa. Esto sucede, dice Bruns, porque se considera la medición de la pena como acto de justicia distributiva y no como suceso lógico del conocimiento. Los peligros que acechan en la medición judicial de la pena podrían ser controlados, afirma Bruns, mediante objetivación de las opiniones en el seno del Tribunal y reconducción del acto subjetivo de valoración a factores racionalmente comprensibles (33).

El balance final de este estudio es que las proposiciones y el sistema de la teoría del delito son unidades dialécticas constituidas por planos diversos: seguridad jurídica, protección de bienes jurídicos y orientación a valores. Esto conduce a que no quepa hablar de *una*, sino de *múltiples* teorías del delito. Las oposiciones entre las teorías del delito no son absolutas, sino relativas. Lo que científicamente hay que postular es la autoconciencia teórica de esta relatividad. La práctica teórica de la dogmática tendría que adquirir más concreción, atender más a las consecuencias y orientarse en medida mayor por el valor de humanidad y por la dignidad de la persona (34).

(33) Vid. BRUNS, H. J., *Strafzumessungsrecht*, 2 Aufl., 1974, pp. 17 y ss.

(34) Vid. TRIFFTERER, O., *loc. cit.*, p. 91, quien destaca, de conformidad con Jescheck, que la precaución frente a la abstracción posee fundamento. Esto sólo puede ser corregido apelando a la antijuricidad material —como se mantiene también en el presente trabajo— y con la orientación del sistema del Derecho penal, frente a los criterios puramente formales de la teoría del delito, a la humanidad y la dignidad del hombre; sobre la necesidad de una consideración metódica alejada de la retórica y lo emocional, es decir, crítica y dialéctica de la dignidad del hombre y del principio de humanidad con base en la historia de la pena, vid. TORIO LÓPEZ, A., *La prohibición constitucional de los tratos inhumanos y degradantes*, en «Poder Judicial», 2.ª época, 4, 1986, pp. 69 y ss. Debe consultarse el trabajo excelente de GONZÁLEZ VICÉN, F., *El neokantismo jurídico axiológico*, en Anuario de Filosofía del Derecho, 1986, pp. 249 y ss.

La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo (*)

EUGENIO RAUL ZAFFARONI

Profesor de Derecho penal
Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina)

1. *¿Llegó Beccaria a América Latina?* Se trata de una buena pregunta, que es ineludible en la medida en que se quiera ser fiel al dato histórico. No nos preocupa la parte anecdótica, o sea, saber si el libro de Beccaria llegó a nuestro margen, cuándo y cómo. Esas son curiosidades, sumamente interesantes a veces (1), pero en modo alguno decisivas para saber lo que realmente nos interesa: si la ideología de Beccaria llegó a estas tierras. Tenemos la certeza —que referiremos casi a modo de epílogo— de la llegada de los «Anti-Beccaria», pero existen dudas, por ilógico que parezca, acerca de la llegada de la propia ideología de Beccaria.

La dificultad de esta cuestión comienza en la propia Italia y, en cierta medida, en el resto de Europa. Si se toma a Beccaria

(*) Ponencia presentada al Congreso Internacional Cesare Beccaria y la Política Criminal Moderna, celebrado en Milán (Italia), los días 15 a 17 de diciembre de 1988.

(1) Sobre la traducción de Beccaria al castellano (*Tratado de los delitos y de las penas*, traducido del italiano por don Juan Antonio de las Casas, Madrid, 1774) y correspondencia entre Pietro Giusti, Beccaria y Paolo Frisi, puede verse la edición de Beccaria preparada por Franco Venturi, Einaudi, 1981, pp. 564-569. En la carta que Pietro Giusti le dirige a Beccaria se refiere al traductor como el Abate Juan Antonio de las Casas y reflexiona sobre el apellido del mismo, recordando al famoso Bartolomé de la Casa, Obispo de Chiapas, célebre defensor de los indios en América. En realidad, no puede saberse si ese apellido era una coincidencia u ocultaba el seudónimo de un cierto Abate Juan Alves o Alvarez, mencionado por Alejandro Verri como el verdadero traductor de Beccaria. Se ha afirmado, sin mayor fundamento, que el traductor era en realidad el propio Campomanes, versión que recogen Cantú y Nypels (un análisis detallado de la cuestión y de las primeras ediciones castellanas en LAPLAZA, FRANCISCO, *Estudio Preliminar* a la edición bilingüe de Beccaria, Buenos Aires, 1955, p. 152). Los traductores españoles de Beccaria siguieron siendo casi anónimos durante larguísimo años, como sucede con Juan Ribera en 1820 y con el misterioso traductor de 1822, cuya reedición tuvo lugar en 1828, constituyendo la versión castellana más difundida en América. Esto obedecía a que la obra había sido incluida en el *Index*, con las consecuencias que eso aparejaba en la España absolutista, donde las traducciones aparecían al compás de los vientos liberales.

**TRATADO
DE LOS DELITOS
Y
DE LAS PENAS.**

**Por BECCARIA.
NUEVA TRADUCION.**

Con el Comentario de Voltaire, la Respuesta de Beccaria á las Notas y Observaciones de Facchini, las Observaciones de Hautefort, las Cartas relativas á la obra, las Consideraciones de M. Roderer sobre la pena de muerte, las Notas (entre las cuales algunas inéditas) de Diderot, de Morellet, de Brissot de Warville, de Mirabeau, de Servan, de Rizzi, de M. Berenger, etc.

PRECEDIDA DE UNA NOTICIA SOBRE BECCARIA.



« En las cosas difíciles, no hay que esperar a cobrar y esperar todo á la vez; es menester trabajar para hacer madurar, á fin de poder recoger un día los frutos que se han de sacar.

3,000.

**MADRID,
EN LA IMPRENTA DE ALBAN.**

Hállase también en casa de ROSA, en París, gran
Patio del Palacio Real.

1822.

como un simple producto del pensamiento francés, carente de cualquier originalidad, es natural afirmar que lo que nosotros recibimos fue el pensamiento del racionalismo penal, pero no realmente el de Beccaria, ya que no existió. Por el contrario, si lo consideramos un autor original, será posible rastrear su llegada.

Adelanto desde ahora la respuesta: creo que Beccaria llegó ideológicamente a América Latina, lo que presupone tomar partido por su originalidad creativa. En cuanto a esta última, creo que los más connotados detractores de su originalidad creativa, sus minimizadores más enconados, casi a renglón seguido se ven en la necesidad de reconocerle su importancia y, contradictoriamente, su originalidad (2). Esta no significa pretender que Beccaria haya sido lo que no fue y, obviamente, no fue ni pretendió ser un filósofo. No obstante, su originalidad indiscutida estriba en haber mostrado en forma sistemática las consecuencias de la aplicación de ideas filosóficas de su momento en el campo del control social punitivo. En ese sentido, Beccaria hizo lo que nadie había hecho, dirigiéndose al público culto de su tiempo. Por ello, fue un creador y, a su respecto, sucede lo mismo que con los restantes creadores que conoció la Humanidad: todos son cuestionados porque tuvieron precursores y antecedentes, a los que sus detractores pretenden asignarles todo el mérito de la creación. El único creador que no puede ser atacado de esta manera es Dios, claro está siempre que se crea en Él. El resto, esto es, los creadores humanos, siempre son un producto de la fuerza de ideas que ya están en el ambiente de su tiempo.

Pero con Beccaria no sólo sucede esto, sino que incluso se pretende que no fue el autor de su obra y que la misma debe ser atribuida a los hermanos Verri, hombres de mayor empuje político, ciertamente. Se ha destacado, con suma razón, que los Verri han sido algo así como los «obstetras» del alumbramiento del libro de Beccaria, pero que el libro, indudablemente, pertenece al marqués milanés (3), por mucho que la autoría de la respuesta

(2) Este es el caso de Ugo Spirito: «Più che essere la creazione geniale di un uomo che apre nuove vie alla scienza, è l'espressione della comune mentalità dominante, di cui il Beccaria è quasi uno strumento, che, come tale, avrebbe potuto essere sostituito più, o meno bene da qualche altro pensatore illuminista dell'epoca» (*Storia del Diritto Penale Italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Torino, 1932, p. 35). No obstante, en el mismo texto se contradice: «E necessario insistere ancora sull'importanza che il lavoro del Beccaria ha come primo vero tentativo di un ordinamento sistematico del diritto penale attorno a un chiaro e preciso pensiero informatore» (p. 42). No sorprende esta minimización que de Beccaria hace Spirito, si tenemos en cuenta la defensa que siempre hizo de un pensamiento sustancialmente hostil al que se insertaba Beccaria (vid., por ejemplo, SPIRITO, *Giovanni Gentile*, Firenze, 1969). También parece asignarle poca importancia FAUSTO COSTA (*Diritto e pena nella Storia del pensiero umano*, Torino, 1928, p. 103), a diferencia de Rodolfo Mondolfo, que en su monografía —una de las más lúcidas filosóficamente— destaca particularmente la figura del marqués lombardo (*Cesare Beccaria y su obra*, Buenos Aires, 1946).

(3) Así, VALERI, NINO, *Pietro Verri*, Milano, 1937, p. 111.

al oscuro Fachinei sea dudosa. El mérito del libro es de Beccaria, sin duda, y su creatividad también.

Bueno es preguntarse cuál es la razón de semejante ensañamiento contra Beccaria en la propia Europa y hasta en la propia Italia. En un sentido creemos que no resulta muy tolerable que un hombre de la Lombardía, sometida en ese momento al dominio extranjero, descalabrada económicamente por ese dominio, insertada en un país que quedó atrasado en el proceso de acumulación originaria de capital industrial, deba ser reconocido como el creador de una ideología revolucionaria en el ámbito del control social punitivo, el artífice ideológico de la transformación del control punitivo del mercantilismo al del industrialismo. Por otra parte, para los enemigos del derecho penal de garantías, es decir, para los posteriores pensadores del control social del industrialismo, Beccaria se torna un personaje molesto, tanto como toda la corriente racionalista, puesto que su objetivo es desembarazarse de los límites reclamados por éstos. Otro orden de factores en la minimización que de la creación de Beccaria se pretende es cierto nacionalismo, que aspira a mostrar a cada uno de los penalistas ilustrados del propio país como superior a Beccaria, al menos en algún aspecto. La postergación italiana del siglo pasado, el penalismo autoritario y los «chauvinismos» son, pues, a nuestro juicio, las claves de esas tentativas minimizantes de la creatividad del marqués.

2. *Particularidades de la llegada de Beccaria a América Latina.* Hemos dicho que es necesario rastrear la llegada de Beccaria a América Latina, a diferencia de lo que sucede con los distintos países europeos. Esto es casi obvio, porque se trata de dos procesos diferentes, original o autónomo uno y derivado y dependiente el otro. Se ha clasificado a los procesos civilizatorios hace años en «procesos de actualización» y de «modernización», entendiéndose por los primeros a los que dan lugar a un progreso tecnológico en forma autónoma, en tanto que los segundos son procesos incorporativos, en los que una civilización con tecnología más avanzada incorpora y somete a otra u otras (4). Conforme a esta clasificación, América Latina, desde hace medio milenio viene sufriendo procesos de «modernización incorporativa»: primero, fue incorporada a la civilización mercantilista, con el colonialismo ibérico, y más tarde, a la civilización industrial, con el neocolonialismo anglosajón (resta ver si consigue un proceso de actualización ahora o si sufrirá una nueva modernización incorporativa con el tecno-colonialismo).

El primer proceso de modernización incorporativa, esto es, el colonialismo ibérico, llegó a su fin ante la incapacidad de las po-

(4) RIBEIRO, DARCY, *O processo civilizatório. Etapas da Evolução Sócio-cultural*, Petrópolis, 1978 (traducción italiana, Feltrinelli, 1973).

tencias colonizadoras para industrializarse. Su estructura de imperios salvacionistas (5) les impidió adaptarse a las necesidades de la producción industrial y, por ende, perdieron la hegemonía europea y consecuentemente mundial. En el siglo XVIII se opacó su estrella y las potencias del centro-norte europeo las desplazaron. Mantenían, en tanto, sus colonias en América, pero por pocas décadas. En la segunda mitad del siglo XVIII, Beccaria construye la ideología con la que se operaría la transformación del control social central, pero era obvio que esa obra pionera en Europa, sólo llegaría a Latinoamérica una vez superada la barrera que le oponía al colonialismo mercantilista todavía vigente aquí y, además, en la forma de un nuevo proceso de modernización, o sea como una transculturación ideológica, y no por efecto de un proceso de actualización.

La segunda mitad del siglo XVIII latinoamericano se caracteriza por las rebeliones: la de los caciques de Lima y Huarochiri en Perú; las de los indios mayas en Yucatán en 1765; la de los mineros de San Luis Potosí, en México, en 1767, y las dos famosas guerras, de Túpac Amaru en Perú en 1780 (6) y de los Comuneros de la Nueva Granada en 1781 (7). Durante esas décadas se difundía en la América de habla castellana la filosofía del Iluminismo (8) y la propia compañía de Jesús (9) no había sido ajena a esa difusión, la que se resiente un tanto con su expulsión —en 1767, que provoca una emigración forzada de filosofía americana a Europa (10)—, aunque no por ello se interrumpe. Idénticos fenómenos tenían lugar en la América de lengua portuguesa: la famosa conjuración de Tiradentes en 1789 en Minas Gerais, la de Río de Janeiro en 1794, la de los *Cavaleiros da Luz*, de Bahía, en 1797, todas ellas bajo la influencia de ideas enciclopedistas e iluministas (11).

Esa era, pues, la situación de Latinoamérica en la segunda mitad del siglo XVIII, en tanto que en Europa se entendía, por parte del mismo pensamiento que alimentaba las iniciativas independentistas latinoamericanas, que América era una tierra inferior, desde

(5) RIBEIRO, DARCY, *op. cit.*, p. 130.

(6) VALCÁRCEL, DANIEL, *La rebelión de Túpac Amaru*, México, 1965.

(7) TORRES ALMEYDA, LUIS, *La rebelión de Galán el Comunero*, Bacaramanga, 1961.

(8) Vid. MORENO, RAFAEL, *La filosofía moderna en la Nueva España*, en «Estudios de historia de la filosofía en México», UNAM, México, 1980; CARDIEL REYES, RAÚL, *Los filósofos modernos en la Independencia Iberoamericana*, México, 1980.

(9) Cfr. CARDIEL REYES, *op. cit.*, p. 27.

(10) Vid. LAFAYE, J., *Quetzalcóatl y Guadalupe. La formación de la conciencia nacional en México*, México, 1977, p. 166; GAOS, JOSÉ, *En torno a la filosofía mexicana*, Madrid, 1980, p. 49.

(11) BUARQUE DE HOLANDA, SÉRGIO, *História Geral da Civilização Brasileira sob a direção de...*, 1. *A época colonial*; 2. *Administração, Economia, Sociedade*, São Paulo, 1982, p. 394.

lo geológico a lo animal, pasando eso a lo antropológico (12), o sea, que esas eran las mismas ideas que fundarían la antropología colonialista y que luego provocarían la dialéctica de «civilización y barbarie», a cuyo amparo se consolida el neocolonialismo.

Producida la Independencia, como es natural, con el apoyo y la intervención de Gran Bretaña, se genera un enfrentamiento en casi todos los países, además de una balcanización en la América española (evitada en la portuguesa), que facilita la consolidación del neocolonialismo. La Independencia fue llevada a cabo por los pueblos, pero la hegemonía quedó en manos de los hijos y descendientes de colonizadores. Groseras discriminaciones étnicas perduraron —y subsisten en buena medida— y, entre los miembros de las clases dirigentes es dable distinguir a los que permanecían vinculados a la producción colonial y los que adherían al nuevo orden neocolonialista (las denominaciones en cada país varían, pero en la mayoría fueron conocidos como «conservadores» y «liberales» (en otros «federales» y «unitarios», «blancos y colorados», etc.), antagonismos éstos que a veces tenían connotaciones religiosas (integristas los primeros, más o menos librepensadores los otros, aunque no es la regla). Finalmente triunfó, como era natural, el proyecto «liberal» (así se llamó al neocolonialismo), en tanto que los partidarios de los proyectos «conservadores» (intereses ligados a la economía primaria colonialista) llegaron a acuerdos de conveniencia, fueron eliminados o quedaron reducidos a minorías nostálgicas ultrarreaccionarias. En enfrentamiento más extremado tuvo lugar en México, donde no hesitaron en la contradicción de coronar emperador al hermano de Francisco José II de Austria con el apoyo de Napoleón III.

La consolidación de las estructuras neocolonialistas aparejó el ocaso de la producción esclavócrata, la paulatina abolición de la esclavitud, la ruina de regiones enteras —que antes habían sido los centros económicos por excelencia— y la concentración urbana, el crecimiento de los puertos y la formación de «repúblicas oligárquicas», como el «porfiriato» mexicano, la «República Velha» brasileña, los «patricios» peruano, argentino, etc. En los años de lucha entre los proyectos colonialista y neocolonialista, los que estaban del lado del segundo produjeron la transculturación del control social punitivo, con la sanción de legislaciones penales sobre modelos europeos (13), es de-

(12) Corresponde a un italiano el estudio más documentado sobre las versiones europeas acerca de la inferioridad de América y la polémica que desató: ANTONELLO GERBI, *La disputa del Nuevo Mundo. Historia de una polémica, 1750-1900*, México, 1982 (primera edición italiana, *La disputa del Nuovo Mondo*, 1955).

(13) Los textos que se importaron después de los primeros de 1830 en Bolivia y Brasil (a los que nos referiremos en detalle) y hasta 1880, fueron el belga al Ecuador, el bávaro de 1813 a la Argentina y el Paraguay, el francés a Haití y la República Dominicana y los españoles de 1848-1850 y 1870 al resto de América de habla castellana.

cir, de legislaciones penales importadas de Europa para reemplazar la vieja legislación colonial (14). Este difícil momento de lucha o de muy reciente consolidación de los proyectos llamados «liberales» (neocolonialistas) es, pues, el momento en que llega Beccaria a nuestro margen, con las legislaciones que inspiran nuestros primeros códigos. Como puede verse, la llegada a Latinoamérica no puede compararse bajo ningún punto de vista con su recepción en los países de Europa. No obstante, como veremos luego, no fue un mero instrumento neocolonizador, pese a las banderas que lo desembarcaban. Los procesos civilizatorios tienen aristas insospechadas y, frecuentemente, las incorporaciones encierran elementos disfuncionales a sus propios intereses incorporativos y de sometimiento.

3. *Beccaria en los ilustrados de las potencias colonizadoras de América Latina.* Es indiscutible que la influencia primaria de Beccaria en la intelectualidad latinoamericana se recibió a través de los penalistas de la Ilustración de España y Portugal. Dos fueron los

(14) En la América colonizada por España la fuente más importante de legislación penal era la *Nueva Recopilación* de 1567, ordenada por Felipe II (*Tomo Segundo de las Leyes de Recopilación que contiene los Libros Sexto, Séptimo, Octavo y Nono*, Madrid, 1775, pp. 312-475, que corresponden al Libro Octavo, dedicado a las leyes penales). La legislación especial para las colonias se contenía en la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias* de 1680, pero ésta remitía en buena parte a la *Nueva Recopilación*, suplida por el *Fuero Real* (del año 1255) y especialmente por las famosas *Partidas de Alfonso el Sabio* (del año 1263). (Vid. BERNI, *Apuntamientos de las Leyes de Partida al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna, que escribe el Dr. Don Joseph Berni y Catala*, Partida VII, en Valencia, por los herederos de Gerónimo Conejos, 1759, p. 131). En 1805, la *Nueva Recopilación* fue reemplazada por la *Novísima Recopilación*, ya en los albores de la Independencia (*Los Códigos Españoles*, Madrid, 1848), cuya vigencia se discute en algunos países de América Latina. La América de colonización portuguesa no fue sometida a una legislación colonial específica como las *Leyes de Indias* españolas de 1680, o al menos ésta no fue recopilada y ordenada con la misma técnica, aunque, por cierto, se emitían Cartas Regias y otros dispositivos destinados a regular la organización y administración colonial. En lo básico se aplicaba la legislación portuguesa directamente, esto es, las *Ordenações Manuelinas* de 1521, obra impulsada por don Manuel «o Venturoso», y, posteriormente, las *Ordenações Filipinas*, decretadas en 1603 por Felipe II de España, que reinaba como Felipe I de Portugal, y ratificadas en 1643, al restablecerse la monarquía portuguesa. Este texto rigió hasta la vigencia del *Código Criminal do Império* de 1830 (*Ordenações y Leis do Reino de Portugal, recopiladas por mandato del rei D. Felipe o Primeiro. Nona edição, feita sobre a primeira de Coimbra de 1789, confrontada y expurgada pela original de 1603*, Tomo III, Coimbra, na Real Imprensa de Universidade, 1824; su Libro Quinto se reproduce en PIÉRANGELLI, JOSÉ HENRIQUE, *Códigos Penais do Brasil, Evolução histórica*, Bauru, 1980; sobre las manuelinas, el texto en *Ordenações do Senhor Rey D. Manuel*, Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1797, reprod. facs. de la Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, con nota de presentación de Mario Júlio de Almeida Costa). El primer Código portugués fueron las *Ordenações Alfonsinas*, que probablemente fueron aprobadas en 1447, pero no es posible que hayan tenido vigencia directa en Brasil, particularmente porque los primeros tiempos de la colonización no eran propicios para finezas jurídicas. No obstante, debe admitirse su vigencia por vía de soporte de las posteriores *Ordenações* y como fuente subsidiaria (*Ordenações do Senhor Rey D. Alfonso V. Livro I*, Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1792, edic. facs. cit. con nota del mismo autor).

nombres que brillaron en esos países, sin lugar a dudas: *Manuel de Lardizábal y Uribe* en España y *Pascoal José de Mello Freire dos Reis* en Portugal.

a) *Lardizábal* (15) reconoció en su obra la deuda con el Iluminismo de su tiempo. Rechazaba el contractualismo en la versión de Rousseau, afirmando que el hombre nació para vivir en sociedad (16), apelando para ello a la verdad revelada (17), siguiendo la tradición escolástica, que afirma que a esta verdad se llega tanto por la fe como por la razón. No obstante, afirma que a las penas se llega por el contrato, negándola en el estado natural, en que todos los hombres eran iguales, en tanto que la pena supone la superioridad del que la impone: «Cuando los hombres, para evitar las incomodidades y los males que necesariamente trae consigo la vida solitaria, se unieron en sociedad, es evidente que, para que ésta pudiera conservarse, todos y cada uno de ellos renunciaron voluntariamente una parte de su libertad», depositándola en manos de la comunidad o de la cabeza que eligieron, «para poder gozar con más seguridad de la otra parte que se reservaban» (18). A renglón seguido hace referencia a la advertencia bíblica, que recuerda a los gobernantes que el poder de que disponen lo han recibido del Señor. El autor del *Discurso sobre las penas* se volvía contra la consideración del hombre como cosa, al igual que Beccaria (19), oponiéndose a que se confundan las personas con las cosas, las vidas con los bienes. No obstante, con pensamiento aparentemente lógico, elude las consecuencias de su afirmación, mostrando en su real magnitud un Derecho destinado a castigar a los pobres, aunque critique sus excesos: «El que invade los bienes de otro sin perjudicarle en su persona debería ser castigado

(15) Nació en Tlaxcala, México, en 1739, trasladándose a España en 1759, donde continuó sus estudios y se graduó en la Universidad de Valladolid. Escribió un discurso preliminar a la edición del Fuero Juzgo de la Real Academia (*Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del Libro o Fuero de los Jueces, y su versión castellana*, en Real Academia Española, «Fuero Juzgo en Latín y Castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la...», Madrid, 1815, pp. 3-44). En 1782 publicó su obra más famosa: *Discurso sobre las penas contraído a las leyes penales de España para facilitar su reforma por Don Manuel de Lardizábal y Uribe, del Consejo de S. M. su Alcalde del Crimen y de Hijosdalgo de la Real Chancillería de Granada* (Madrid, 1782, par Don Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S. M. con las licencias necesarias; se reproduce en la «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 174, Madrid, julio-septiembre de 1966, con estudio preliminar de José Antón Oneca). Murió en Madrid en 1820. Sobre su vida y pensamiento: BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, FRANCISCO, *El primer penalista de la América española*, México, 1957; RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL DE, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fe (Argentina), 1964 (con nutrida bibliografía, p. 101); SALDAÑA, QUINTILIANO, *Adición al «tratado» de F. von Liszt*, Madrid, 1926, 370; SALDAÑA, QUINTILIANO, *Criminalia*, México, 1937, 390; GARRIDO, LUIS, *Criminalia*, México, 1947, 356.

(16) *Discurso*, p. 47.

(17) *Idem*, p. 56.

(18) *Idem*, pp. 55, 78 y 79.

(19) *Idem*, p. 59, y Beccaria, párr. 27 (sobre este aspecto de Beccaria, MONDOLFO, RODOLFO, *op. cit.*, pp. 45-49).

con penas pecuniarias: pero si no tiene bienes, como sucede muchas veces, no debe quedar el delito impune. En todos estos casos y otros semejantes, es necesario imponer otras penas; pero procurando apartarse siempre lo menos posible de la analogía que debe haber entre la pena y el delito: regla que no se ha observado en algunas de nuestras leyes.» El principio de legalidad lo fundaba en razones prácticas, a diferencia de Beccaria. Entre las razones prácticas asignaba un papel importante a la prevención general (20), aunque sin llevar las cosas hasta el límite de la intimidación. En cuanto a la pena, para Lardizábal persigue un fin de utilidad pública que se traduce en la prevención general, en la prevención especial y en el mejoramiento del delincuente (21).

b) *Mello Freire* dejó la docencia en 1792, dedicándose a la elaboración de dos Proyectos de Código, uno de Derecho público y otro de Derecho criminal, concluidos los cuales entró en seria polémica con el revisor de los mismos, el retardatario Antonio Ribeiro dos Santos. Su historia del Derecho portugués fue censurada a causa de no aceptar el poder ilimitado real (22). Su Proyecto de Código Criminal, considerado en el momento en que fuera elaborado, constituye un avance notable frente a la legislación portuguesa. El texto consta de 66 títulos que abarcan el Derecho penal y procesal penal, citando en su introducción, entre otros, a Beccaria, Montesquieu, Servan, Vermeil, Locke, Rousseau, Voltaire, Blackstone, etc., lo que da clara idea de su ideología, bien manifiesta por otra parte, puesto que, refiriéndose a las leyes penales europeas de su tiempo afirma que «en todas vemos decisiones no sólo injustas y crueles, sino incongruencias y contradicciones monstruosas entre las mismas leyes y sus circunstancias, entre los principios de la naturaleza y las mismas instituciones civiles» (23).

En lo doctrinario, su obra más interesante son sus *Institutionis Juris criminali lusitani*, publicadas en Lisboa en 1789 (24), donde define al delito como «una acción ilícita admitida espontáneamente y perjudicial a la República o a los particulares», de lo que deduce

(20) *Discurso*, p. 72.

(21) *Idem*, pp. 65 y 77-79.

(22) Nació en Ansiao en 1738 y murió en Lisboa en 1798. Se doctoró en Coimbra en 1757, a los diecinueve años, siendo catedrático allí en 1781. Desempeñó cargos de Juez de Corte, Consejero Real y Miembro de la Real Academia de Ciencias de Lisboa. Vid. SERRÃO, JOEL, *Dicionario de História de Portugal*, p. 249.

(23) *Código Criminal intentado pela Rainha Maria I. Autor Pascoal José de Mello Freire*, Lisboa, 1823, p. 9.

(24) Tenemos a la vista la edición de 1842: PASCHALIS JOSEPHI MELLII FREIRII, *Institutionum Juris Criminalis Lusitani, Liber Singularis, Coninbricae*, 1842. Hay traducción parcial en *Antologia do pensamento jurídico português*, en «Boletim do Ministério da Justiça», núm. 49, julio de 1955, pp. 67-75. Esta obra forma parte de una trilogía con *Institutionis Juris Civilis Lusitani, cum Publici tum Privati*, Lisboa, 1789, y *Institutionis Juris civilis Lusitani*, Lisboa, 1788.

que la acción no es delito, aunque sea ilícita, cuando no fue determinada a lesionar a otro, precisando que el pensamiento no puede ser penado y reclamando una ley que permita disminuir la pena para los delitos tentados. «Se deben distinguir los pecados y los vicios de los hombres de los delitos públicos y particulares.» El principio de reserva lo expresaba como garantía de libertad civil: «Los ciudadanos pueden, libre e impunemente, hacer todo lo que no está prohibido en las leyes de la ciudad. Y aquí está el efecto necesario de la libertad civil. Llámase libertad civil a aquella que compete al hombre en su condición social. Consiste en la facultad, de la que hace uso cualquier hombre, de hacer todo por su propia voluntad, todo, claro está, lo que es permitido por la ley.» Considera que cuando es la ciudad la que comete una injusticia contra el ciudadano, debe ser considerada una ciudad delincuente.

Su pensamiento era contractualista: «El hecho de penar nace de la renuncia de los derechos que competen a los ciudadanos entre sí y en relación a los otros, lo que tendrá por fundamento el pacto social.» Definía a la pena como un «mal físico causado por un mal moral infligido por el que tiene el derecho de obligar». Su criterio sobre las clases de penas y su naturaleza era cercano al de Montesquieu. En cuanto al fin de las penas, Mello Freire seguía cercanamente a Séneca: «En la punición de las injurias se sigue esta triple ley: o para que ermiende a aquél a quien pena, o para que su pena haga mejor a los otros, o para que, sacados los malos, los otros viván más tranquilos; por tanto, es injusta la venganza, enteramente ajena al deber, a la dignidad y a la humanidad del gobernante, pues el simple castigo ni se dirige a la enmienda del delincuente ni a la preservación de los otros.»

Nos hemos referido a los dos ilustrados más cercanos a este margen, por haber surgido en las potencias colonizadoras en el momento de su decadencia como tales, es decir, que tuvieron influencia en la legislación penal latinoamericana debido a que fueron los modelos liberales de una tardía renovación de esas potencias (y, en ambos casos, frustrada y postergada). No obstante, no fueron los únicos receptadores de buena parte del pensamiento de Beccaria que influyeron nuestras leyes penales primeras en el momento de la transculturación neocolonialista. Debe tenerse en cuenta que Latinoamérica buscó modelos legislativos sumamente dispares y, para no referirnos más que al siglo pasado, que es el de la llegada de Beccaria, debemos tener presente que en América central y en el *Código do Império* del Brasil fue importante la influencia de Livingston (25), que en los modelos españoles de 1848-1850 y 1870, que eran una versión españo-

(25) *Exposé d'un système de législation criminelle pour l'Etat de la Louisiane et pour les Etats-Unis de l'Amérique, par Edward Livingston, précédée d'un préface par M. Charles Luchas et d'une notice historique par M. Mignet, Paris, 1872, dos volúmenes.*

la inspirada originariamente en el texto brasileño que regresaba a América Latina (26), por ende, también había una buena parte de Livingston, aunque mucho más desdibujado, y que fueron copiados casi a la letra por la mayoría de los países de lengua castellana, a excepción de Ecuador, que tomó el modelo belga. No nos incumbe aquí detenernos en los detalles de Beccaria en el Código belga, en la legislación de Louisiana y, menos aún, en el Código Zanardelli, que también llega a América Latina por vía de Venezuela, y, mucho más lejanamente, en los proyectos finiseculares argentinos. Tampoco podemos analizar las relaciones entre el pensamiento de Feuerbach en Baviera y el de Beccaria, pero es indudable que la hubo a través de la traducción del famoso iluminista alemán (27), frecuentemente citado por Feuerbach en su *Lehrbuch*. El Código de Baviera de 1813 fue texto legal vigente en casi todo el territorio argentino a partir de 1874, inspiró el código posterior y se mantiene en la estructura del vigente, como también desde 1880 hasta 1914 fue el texto vigente en el Paraguay (28). El Código de Feuerbach llegó al Río de la Plata a través de una traducción francesa (29).

La transculturación penal de América Latina es un mosaico de legislaciones originales que, para rastrear en ellas el cuño de Beccaria, nos obligaría a pasearnos por las más diversas legislaciones europeas y americanas, y, especialmente, por sus inspiradores, desde Bentham hasta Livingstone, desde Feuerbach hasta Karl Stooss, desde Filangieri hasta Carrara, etc. Es obvio que esta tarea incumbe a todo el presente encuentro y no a quien sólo indaga la llegada del marqués lombardo a nuestra América. Ante la imposibilidad de llevar a cabo esta tarea (30), referiremos, a título ejemplificativo y altamente demostrativo, la forma en que el fenómeno se opera en los dos primeros códi-

(26) La influencia del *Código Criminal do Império* en Europa fue considerable: hubo una rápida traducción francesa (*Code Criminel de l'Empire du Brésil, adopté par les Chambres Législatives dans la session de 1830. Traduit par M. Victor Foucher, Avocat Général du Roi prés la Cour Royale de Rennes, et précédé d'observations comparatives avec le Code Pénal Français*, Paris, imprimé par autorisation du Roi a l'Imprimerie Royale, 1834).

(27) HOMMEL, KARL FERDINAND, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, 1778 (edic. facs. 1966); del mismo, *Philosophische Gedanken über Criminalrecht*, Breslau, 1784, y *Über Belohnung und Strafe nach türkische Gesetze*, 1772 (reed., Berlin, 1970). Las citas de Feuerbach en su *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Giessen, 1801 (trad. cast. de Zaffaroni-Hagemaijer, en prensa).

(28) El artículo 1 de la Ley paraguaya del 21 de julio de 1880 decía: «Declárese ley de la República el Código de la Provincia argentina de Buenos Aires con las modificaciones, supresiones y adiciones hechas en la siguiente reproducción de su texto» (MEDINA Y ORMAECHEA, ANTONIO A. DE, *La legislación penal de los pueblos latinos*, México, 1899, p. 40).

(29) CH. VATEL, *Code Pénal du Royaume de Bavière*, Paris, 1852.

(30) En detalle puede verse en el Tomo I de n. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 1980.

gos de la América independiente: el de Bolivia y el del Brasil, ambos de 1830.

4. *Nuestros primeros códigos*

a) *Determinación cronológica*. Existen noticias de que el Código español de 1822 fue sancionado en El Salvador en 1826, pero nada sabemos sobre su efectiva vigencia ni hemos podido obtener la documentación referida a esa sanción. El proyecto de Livingston para Louisiana que sancionado como Código nicaragüense en 1837, pero también se afirma que antes de 1830 que Código en Guatemala. No obstante, nada de esto hemos podido confirmar y menos aún formarnos una idea de su hipotética vigencia en tal supuesto (31).

Los datos incuestionables están referidos a la promulgación que el Presidente de Bolivia, Gran Mariscal Andrés Santa-Cruz, hizo del Código Penal boliviano el 28 de octubre de 1830 y de la que hiciera el Emperador del Brasil, don Pedro I, del Código Penal brasileño, el 16 de diciembre de 1830. Ambos textos fueron, pues, contemporáneos, sin que corresponda —conforme a justicia histórica— dar prioridad a ninguno de ambos, porque, si bien media una diferencia de semanas en cuanto a la promulgación, que favorece al texto boliviano, hay una diferencia de prioridad de vigencia en favor del brasileño. Tampoco corresponde dar prioridad al texto boliviano en razón de que el Congreso Constituyente lo había sancionado en 1826, puesto que esa sanción siguió el posterior curso legislativo de que informa el mismo Presidente Santa-Cruz en la proclama promulgatoria y al que nos referiremos más adelante, que desemboca en su promulgación por decreto *ad referendum* de la representación popular en 1830.

Ante la falta de datos más precisos sobre los acontecimientos centroamericanos, estimamos que debemos atenernos a un criterio derivado del concepto mismo de la historia. En efecto, éste nos señala que no reviste el carácter de *histórico* cualquier hecho del pasado, sino únicamente el hecho del pasado que deja su huella en el presente o, mejor dicho, el hecho pasado que condiciona nuestro presente. Aplicando el señalado criterio, no podemos olvidar que en 1826 corrían los tiempos de la tormentosa Federación de Centroamérica, cuya Constitución se había sancionado en 1824, hecho al que casi inmediatamente siguió una dura lucha entre conservadores y liberales, que determinó a los liberales guatemaltecos a refugiarse en El Salvador y al Presidente conservador Miguel José Arce a invadir El Salvador

(31) Vid. JIMÉNES DE ASUS-CARSI ZACARÉS, *Códigos penales iberoamericanos*, 2 vols., Caracas, 1946, T. I, p. 29, donde se dice que El Salvador sancionó el Código español de 1822 en 1826; MEDINA Y ORMAECHEA, ANTONIO A. DE, *Legislación penal de los pueblos latinos*, México, 1899, donde aparece el texto nicaragüense de 1837; MIGNET, *Noticia histórica*; en LIVINGSTON, *Exposé d'un Système de Législation Criminelle pour l'Etat de la Louisiane et pour les Etats-Unis d'Amérique*, Paris, 1872, I, p. 72, donde dice que en 1836, al morir Livingston, Guatemala, que había adoptado su texto, dispuso un duelo oficial.

con apoyo guatemalteco. Todo esto proporciona un panorama político desolador, que se completa con el asesinato del Vicepresidente de Guatemala. Ante tan graves acontecimientos políticos, no es muy factible la sanción salvadoreña de 1826 y, en caso de haber existido, se torna muy problemática su vigencia. Éstos acontecimientos también generan una presunción contraria a la sanción del proyecto de Livingston en Guatemala, al menos antes de 1830. Dicho de otro modo: de haber existido esas sanciones, su vigencia debió de ser efímera, al punto que no han dejado tras de sí huella alguna en la legislación penal latinoamericana.

b) *El Código Penal Santa Cruz*

1. *Su sanción.* «Las leyes claras y positivas son la base de la buena administración de justicia, y la buena administración de justicia es la sola capaz de asegurar los derechos del ciudadano, e inspirarle esa tranquilidad en que consiste la libertad, y el goce de cuanto es más caro para el hombre constituido en sociedad.» Tales son las palabras con que el Presidente Andrés Santa-Cruz se dirigía a la Nación boliviana en la proclama con que fundaba el decreto que promulgaba los códigos civil y penal de 1830 y que aparece en diferente papel e impresión, pegada tras la portada de la edición oficial de 1831. «La razón y la experiencia —continuaba— han demostrado que la moral pública no se funda en el rigor de las penas ni en el vano espectáculo de los suplicios; y en el código penal de Bolivia se ve que mas bien se ha sabido conciliar la seguridad del inocente con el temor del malvado.»

El propio Presidente da cuenta de la vía por la que ese texto obtuvo sanción: «El Congreso General Constituyente había sancionado el Código Penal, que dictaron las Cortes Españolas, señalando algunas modificaciones que creyó necesarias, y remitió a la consideración de la Corte Suprema; después de este examen ha sido revisado todavía en una junta presidida por el gobierno y compuesta de magistrados respetables que reúnen la experiencia, la probidad y el saber» (32).

El Presidente Santa-Cruz se refería al Congreso Constituyente convocado por Bolívar en 1824. Las alternativas de la sanción en ese cuerpo fueron breves, pero reveladoras del estado de ánimo de la época. En la *sesión del 8 de noviembre de 1826* no hubo acuerdo unánime cuando se trató el dictamen de la comisión que aconsejaba la sanción del Código español de 1822. Dice textualmente el acta de la sesión de esa fecha (33): «En seguida se ocupó la sala del Proyecto

(32) Según la edición oficial, hay otra sanción parlamentaria del 30 de octubre de 1829 (p. 234), firmada por Mariano Guzmán, Manuel María Urcullu, Casimiro Olañeta y Manuel José de Antequera.

(33) Transcribimos los textos de las actas con su ortografía original. Agradecemos disponer de ellas a la generosa colaboración del joven jurista boliviano doctor don Luis F. Alipaz Echazu, que nos transcribió y remitió las mismas.

en que la Comisión de legislación creía de necesidad adoptar el Código penal de las Cortes españolas. Se opuso el señor Bozo estrañando que la Comisión hubiese procedido tan lijeramente, y queriendo que el código penal se ecsaminase y sancionase por el Congreso con las reformaciones que fuesen convenientes. De esta misma opinión fueron los señores Salinas e Irigoyen. Sosteniendo el dictamen de la Comisión los señores Ministros del Interoire, San Jinéz, Guzmán y Calvimontes dijeron que est Código era el fruto de la Filosofía y de las luces del siglo tomadas de los mejores criminalistas y conformes a los principios de Ventan, Veccaria y otros autores. Que siendo preciso adoptar un código penal ninguna sería más a propósito que éste, cuyo conocimiento data en la época en que la libertad era el eco uniforme en España, y no del antiguo diseminado en cien volúmenes, y lleno de los horrores consiguientes à los tiempos de oscuridad y barbarie á que debe su origen. Declarada la materia suficientemente discutida se aprobó el proyecto en jeneral. El señor Bozo indicó que se nombrasen cinco abogados del seno del Congreso para ecsaminar el Código penal, y hacer las alteraciones que estén en la naturaleza de las circunstancias del país. Esta indicación fué apoyada, y admuitida, y renovandose las observaciones por una y otra parte se aprobo en votacion y en consecuencia quedaron elegidos nominalmente los senores Dalence, Guzman, Gutiérrez, Martin e Irigoyen á quienes se recomendó la pronta espedicion de este negocio.»

Se volvió sobre el tema poco más de mes y medio más tarde, en la *sesión del 25 de diciembre de 1826*. La mayoría de la Comisión nombrada el 8 de noviembre se pronunció contra la sanción del Código, en tanto que la minoría (Manuel Martín y José María Dalence) postularon la sanción inmediata del mismo. Los diputados de la minoría de la Comisión presentaron el siguiente proyecto: «El Congreso ha resuelto que el Código Penal de las Cortes Espanolas se observe provisoriamente en la República, imprimiéndose para el efecto bajo las limitaciones y advertencias siguientes:

»1.^a) El máximum de duración de las penas consistentes en trabajos es el siguiente: Trabajos perpetuos catorce años; obras públicas doce años; y presidio ocho años.

»2.^a) En los grados intermedios se hará la rebaja de estas penas con proporción a la duración indicada como máximum en el partido antecedente.

»3.^a) Se suprimen los artículos que hablan de indultos particulares, delitos de Relijión y abusos de imprenta.

»5.^a) Los jueces de derecho declararan el grado del delito y aplicaran la pena por la certidumbre que ministre el proceso segun se hace actualmente.

»6.^a) Se harán igualmente las supresiones de los artículos que sean contradictorios a los de la Constitución, y leyes decratadas por

el Congreso, y las variaciones que sean indispensables en el lenguaje por la misma razón.

»7.^a) El Gobierno nombrará tres abogados para que hagan estas modificaciones, y que aprobadas por la Suprema Corte de Justicia, se publiquen para su cumplimiento.

»8.^a) Este código se someterá á la discusión de la próxima Legislatura, y sólo hasta entonces tendrá efecto. Lo que y de orden del Soberano. Dios y Chuquisaca Diciembre 25 de mil ochocientos veintiséis. Firmado: Manuel Martin. José Maria Dalence.»

En defensa del dictamen de la minoría y de su consiguiente proyecto se sostuvo que, habiendo «una ley de responsabilidades, era cosa monstruosa dejar a los jueces abandonados al acaso en medio del laberinto de las leyes antiguas, cuya historia recorrieron, para probar que habian sido dictadas ya por los Reyes, ya por el Consejo de Castilla, ó por otras Corporaciones que, en diferentes épocas se habian arrogado el derecho de legislar; el paso que el Código en cuestión había sido formado en un tiempo de libertad, y por los hombres más sabios de España, que en sus trabajos habían sido guiados por la Filosofía y merecido la aprobacion de los mejores publicistas como Ventan y Benjamín Constant. Citaron dos de las leyes antiguas, la una que prohibía tirar con perdigones á veinte leguas de distancia de la Corte, por haber un muchacho dado un perdigonazo a un Consejero de Castilla. La otra que prohibía los balcones por haberle roto la cabeza á un cobachuelista una maseta de flores.»

Los defensores de la tesis sostenida por la mayoría de la Comisión tampoco fueron parcos en sus argumentaciones:

«Los Señores que defendian el dictamen de la Comisión hicieron á su vez la enumeración de los defectos de que en su opinión, adolecía el Código criminal dado por las Cortes Españolas. Espusieron que aunque éste fuera enteramente perfecto habia sido formado para los espanoles y no para los bolivianos, siendo notablemente diferentes sus costumbres y habiendo una distancia inmensa entre la ferocidad de aquellos y la dulzura y amabilidad de estos últimos; que insistir en querer aprobar el código en cuestión sería lo mismo que querer ponerle a un pigneo un vestido muy bien hecho para un gigante. Pero que sin embargo el código era un volumen sin filosofía, atroz y anárquico a la vez, copiado del Código Francés, hecho para sostener la tiranía según la opinión del colejio de abogados de Madrid, y demás sabios que fueron consultados en aquella época, y aun en la del mismo Constant, a quien los señores de la oposición habían citado muy fuera de propósito, pues era él quien habia combatido al código con más suceso. Concluyeron con que este podria adaptarse á Bolivia con reformas que la Comisión no se creía capaz de verificar en menos de dos meses; que siendo esto imposible, se debia el asunto para las próximas legislaturas rijiendo entre tanto las leyes antiguas sin mu-

chos inconvenientes, pues que debían entenderse derogadas aquellas que fuesen contrarias a la Constitución.»

En síntesis, puede verse que había una absoluta coincidencia en cuanto a la necesidad de superar la legislación indiana y española, pero en tanto que unos estimaban que debía reemplazársela de inmediato por el Código español de 1822, otros consideraban que éste necesitaba numerosas reformas y preferían que, hasta que las mismas se proyectaran, permaneciese vigente la legislación colonial. En la votación triunfó el criterio de la minoría de la Comisión: «Después de algunas otras observaciones —reza el acta— se dió el asunto por discutido, y procediéndose a votar si se admitía, o no el Código Criminal votado por las Cortes Españolas resultó la afirmativa.» «En seguida se puso en discusión la minuta presentada por los señores Dalence y Martin, la cual fue aprobada en jeneral, después de haber observado algunos señores que el Congreso no puede delegar su facultad lejislativa y habérseles contestado que la Corte Suprema no haría otra cosa que aprobar la redacción hecha por los tres abogados sobre las bases dadas por el Congreso, cosa muy sencilla, pues que para ello no se necesitaba sino de saber de aritmética.»

Dos días más tarde, en la *sesión del 27 de diciembre de 1826*, se procedió a la discusión en detalle del proyecto aprobado en general: «Puesta en discusión, la primera parte, algunos Señores, creyeron que el macsimum de las penas debía entenderse cuando más a diez años de trabajos, para probarlo espusieron que este castigo era peor que la muerte. Los Señores que defendían la minuta contestaron que los catorce años de trabajos estaban puestos en lugar en muchos casos de la pena capital, y eran siempre más soportables que ésta. Que por otra parte los reos con su buena comportación podían amortizar su pena, de suerte que podía llegar el caso de que un delito, el más atroz fuese castigado con un año y medio de prisión. Dado el asunto discutido, la primera parte fue aprobada. En seguida lo leyeron las 2.^a y 3.^a Las partes 4.^a, 5.^a y 6.^a fueron aprobadas sin oposición. Puesta en discusión la 7.^a se observó por una parte que el Congreso no tenía facultad para delegar la soberanía en la Corte Suprema de Justicia, y por otra que esta sin ejercer ninguna autoridad lejislativa, sólo estaba encargada de ecsaminar si la redacción hecha por los abogados era conforme á las bases establecidas por el Soberano Congreso. Dado el asunto por discutido, la parte 7.^a quedó aprobada, igualmente que la octava y última, con una pequeña variación: en cuya virtud quedó redactada en estos términos: Este Código se sometera a la discusión de la prócsima lejislatura, y se observará hasta su resolución.»

Cuatro años demoró el cumplimiento de lo resuelto por el Congreso Constituyente de 1826. El artículo 1 del decreto de promulgación disponía que en el Palacio de Gobierno, en Chuquisaca, el 28 de octubre de 1830. Refrendaban el decreto los Ministros del Interior

y Relaciones Exteriores, Mariano Enrique Calvo; de Hacienda, José María Lara, y de Guerra, Mariano Armaza. La impresión de los códigos se demoró más de lo previsto, por lo que el 22 de marzo del año siguiente, el Presidente dispuso que los mismos entrarían en vigencia el 2 de abril de 1831. El 15 de julio de 1831, la Soberana Asamblea Constituyente de Bolivia ratificaba la vigencia de los códigos que había mandado observar el Presidente «mientras el Poder Legislativo se ocupa de su discusión y sanción», decreto que el Presidente manda ejecutar el 18 de julio de 1831 y que se imprime en la contraportada de la edición oficial, cuya portada dice: «Código Penal Santa-Cruz. Paz de Ayacucho, Imprenta del Colejio de Educandas: Administrada por Manuel V. del Castillo, 1831» (34).

2. *Su modelo.* El Código boliviano de 1830 era fundamentalmente el Código español en 1822, tal como lo expresaba el propio Presidente Santa-Cruz en el decreto promulgatorio. Ese texto ibérico había tenido su origen en el proyecto que elaboró una comisión especial nombrada por las Cortes liberales de España, que dio comienzo a sus trabajos el 9 de noviembre de 1820 y que lo presentó el 21 de abril de 1821. Firmaban el proyecto —como miembros de la comisión— los diputados Francisco Martínez Marina, José María Calatrava, José Manuel de Vadillo, Joaquín Rey, Andrés Crespo Cantolla, Francisco Javier Caro y Lorenzo Rivera (35). Dado que la impresión del proyecto se demoró, se pidió una prórroga para estudiarlo, por lo que la discusión pasó a las Cortes de 1822. En este trámite se perdió la minuta del proyecto de código, que fue hallada luego en la mesa de un oficial de secretaría, lo que dio lugar a una investigación y sanción al funcionario (36). En la sesión del 10 de mayo de 1822, el Presidente comunicó que halló una inscripción en el acta de la sesión del 13 de febrero que daba por aprobado el código por las Cortes, pero manifestaba su extrañeza y perplejidad ante la ausencia del texto de las correcciones, por lo que se decidió nombrar una comisión para que revisase el texto y constatare que se hallaba de acuerdo con lo aprobado por las Cortes. La comisión produjo su informe al 21 de mayo (37). Quien en las diferentes ocasiones tomó la palabra para solicitar las prórrogas y los informes fue el diputado Calatrava, por lo que cabe suponer que tuvo destacada actuación en la redacción del mismo. En los debates se citaron muchos nombres, entre los cuales cabe mencionar los de Bentham, Beccaria y Filangieri, aunque algunas veces se citó también a Lardizabal.

(34) El texto consta de 234 páginas, 6 de índice y una fe de erratas.

(35) *Diario de Sesiones de Cortes, Legislatura de 1821*, Madrid, Imprenta de J. A. García, 1873, II, pp. 1155 y ss. (Biblioteca de la Universidad de Salamanca).

(36) *Idem*, 1822, T. II, p. 987, núm. 66, sesión del 25 de abril de 1822.

(37) *Idem*, p. 1465.

Las Cortes lo decretaron el 8 de junio de 1822 y fue sancionado por el Rey el 9 de julio de 1822 (38).

En la presentación de la comisión especial, hecha en 1821, no se mencionan nombres ni bibliografía que indiquen la pista del modelo seguido en la elaboración del proyecto. En gran parte ello puede obedecer a que es hasta cierto punto considerable la influencia francesa y no resultaba grata por entonces la imputación de «afrancesamiento». No obstante, no es una reproducción de la fuente francesa, ni mucho menos, sino que es original en muchos aspectos, siendo su extensión y explicitación mucho mayores que las del texto francés. Siendo así, no resultan del todo claras sus fuentes de inspiración, creyendo por nuestra parte que ellas deben buscarse en el *Code*, en las ideas de Lardizábal y en las de Bentham. Pese a que era la «época de Bentham», como bien dice Antón Oneca (39), la moda no triunfó totalmente, porque el código está hasta cierto punto más cerca de Lardizábal que de Bentham (40), aunque por razones políticas el nombre de Lardizábal haya sido callado en el debate más de lo debido. También se ha opinado que la omisión de mayores referencias a Lardizábal surge en su posición de ilustrado frente a la posición políticamente liberal de las Cortes (41). Blasco y Fernández de Moreda opinaba que «el texto redactado por los legisladores de 1822 recogió mucho del ideario de nuestro autor, cuyo pensamiento anima gran número de los preceptos articulados en el primero de nuestros códigos penales» (42).

En la presentación del proyecto, la comisión criticaba la legislación entonces vigente, es decir, la Novísima Recopilación, cuyo Libro XII contenía las disposiciones referentes a «los delitos y sus penas y de los juicios criminales». Realmente, la sola lectura de ese Libro da idea del atraso en que se hallaba la legislación penal española, dividida en cuarenta y dos títulos, encabezados con las leyes que ordenaban la expulsión de los judíos y la prohibición de entrada al reino (43). De allí que se justifique ampliamente la calificación de leyes crueles, sanguinarias, oscurísimas, incomprensibles, parciales, con-

(38) *Código Penal español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822*, Madrid, en la Imprenta Nacional, año de 1822, 164 pp. (Biblioteca de la Universidad de Sevilla).

(39) ANTÓN ONECA, JOSÉ, *Estudio preliminar al «Discurso sobre las penas» de Manuel de Lardizábal*, Madrid, 1967, p. 35.

(40) Vid. la bibliografía sobre este texto indicada por RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal, Parte General*, 7.^a ed., Madrid, 1979, pp. 96-98. Son particularmente interesantes las Cartas de Bentham.

(41) ASÍ, RIVACOBA Y RIVACOBA, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fe, 1964, p. 97, con precisas indicaciones de las veces que Lardizábal fue citado en el debate parlamentario del código.

(42) BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Lardizábal, el primer penalista de América española*, México, 1957, p. 180.

(43) MARTINEZ ALCUBILLA, *Códigos Antiguos de España*, Madrid, 1885, T. II, pp. 1852-1994.

tradictorias, y otras no menos severas que emplea la comisión especial (44). La comisión agregaba que revisó los documentos existentes en el Consejo de Castilla y que halló sólo borradores incompletos de lo que no era más que la preparación de una nueva edición de la Novísima.

En la presentación se fundaban sólo algunos puntos del proyecto, comenzando con la disposición, según la cual la embriaguez no exime ni atenúa, tema en el cual vuelve sobre argumentos aristotélicos. Luego considera la deportación como una pena útil y rechaza la pena de marca, reservada sólo por ella para la pena de trabajos perpetuos. Esta limitada aplicación no fue sancionada, pese a que el artículo 53 del Código establecía la llamada «muerte civil» del condenado a trabajos perpetuos. Tales disposiciones no pasaron al Código boliviano, que reemplazó los trabajos perpetuos por trabajos por catorce años. La comisión fundaba la supresión de todo derecho de asilo en la afirmación de que el mismo no es necesario en una nación civilizada. Propugnaba, por último, la divulgación del proyecto y su disposición para aceptar las observaciones que se le formularan.

El destino político del Código español de 1822 fue sumamente curioso y accidentado, llegándose incluso a dudar de su efectiva vigencia. Es evidente que el código no fue publicado hasta septiembre de 1822, puesto que la fórmula de comunicación que aparece impresa en la edición oficial, a continuación del tratado de extradición con Marruecos y que lleva la firma de «Felipe Benicio Navarro», está fechada en Madrid, en septiembre de 1822, hallándose en blanco la cifra que correspondería al día y que se llenaría en cada caso (45). Una Real Orden publicada el 27 de septiembre establecía que la vigencia comenzaría el 1 de enero de 1823. El 7 de abril de 1823 se produjo la caída del gobierno constitucional y el consiguiente retorno del absolutismo, protagonizado por ese gran perjurio que fue Fernando VII, quien el 1 de octubre de 1823 anuló todos los actos realizados por el régimen liberal, con lo que la legislación penal española volvió durante otro cuarto de siglo a la Novísima Recopilación.

Fue en tierras americanas donde el Código de 1822 obtuvo vigencia perdurable. Con posterioridad a 1830 y como consecuencia del proceso legislativo que ya estaba en curso en ese año, el texto sufrió modificaciones que no alteraron su estructura, lo que dio lugar al curioso fenómeno de que el Código de 1822 naciera muerto en Espa-

(44) *Diario de las Sesiones de Cortes, Proyecto de Código Penal presentado a las Cortes por la Comisión Especial nombrada al efecto*, 1821, p. 1155, apéndice al núm. 34.

(45) Vid. p. 164.

(46) Vid. BLACKSTONE, W., *Commentaires sur les lois anglaises*, trad. de Chompré, Paris, 1823, T. V, pp. 478 y ss. (Seguramente, fue consultado a través de la edición de Bruselas, de 1776, aunque también pudo serlo en las parciales francesas de 1776 o de 1801.)

ña, pero renaciera en Bolivia, donde vivió por espacio de ciento cuarenta y tres años.

3. *La estructura del Código Penal Santa-Cruz.* La parte general estaba contenida en un *título preliminar*, sin denominación, que se dividía en doce capítulos. El *Capítulo 1.º* estaba dedicado a los «delitos y culpas en general». Daba una definición material de delito, requiriendo voluntad, malicia, acción u omisión, violación de la prohibición y punibilidad (art. 1). La culpa se caracterizaba por la falta de malicia, lo que revela que para este antiguo texto «voluntad» y «dolo» no eran sinónimos. El artículo 3 consagraba el principio de legalidad, igual que el 4 del Código francés. El artículo 5 definía la tentativa, siguiendo el modelo del artículo 23 del Código francés. La conjuración y la proposición eran punibles sólo cuando la ley lo determinase (arts. 4 y 6). La tentativa se penaba con la cuarta parte a la mitad de la pena del delito, además de la pena del delito que se hubiese consumado en su curso en caso de tentativa calificada (art. 8). El artículo 9 consagraba la impunidad del pensamiento y de la mera resolución, lo que empañaba con la posibilidad de someter al sujeto a vigilancia de la autoridad.

El *Capítulo 2.º* trataba «de los delincuentes y culpables y de los que responden de las acciones de otros». El artículo 10 consagraba el principio de igualdad ante la ley, eliminando todos los privilegios, salvo las excepciones derivadas del Derecho internacional. El artículo 11 prescribía la aplicación del código a los delitos cometidos por nacionales en el extranjero, que debiesen ser penados por tribunales bolivianos. El artículo 12 extendía la responsabilidad a los autores, cómplices auxiliares y autores, receptadores y encubridores. Los artículos 13 a 17 estaban dedicados a desarrollar estos conceptos. Los artículos 18, 19 y 20 atenuaban las penas de las mujeres que participasen en los delitos de sus maridos y de los descendientes que lo hiciesen en los de sus ascendientes. El artículo 21 eximía de pena al coaccionado y al que cumplía una orden obligante, y el artículo 22 atenuaba la pena del que hubiese sufrido una coacción que no excluyese totalmente la culpabilidad.

Los artículos 23, 24 y 25 establecían el régimen de los menores: no había responsabilidad penal alguna hasta los siete años; el mayor de esa edad y menor de diecisiete, si hubiese actuado con discernimiento, era penado con pena atenuada y nunca podía ser condenado a muerte (arts. 63 y 64); en caso contrario, era entregado a los mayores responsables de él, salvo que no los hubiere y que la gravedad del caso exigiese su internación en una casa de corrección hasta los veinte años.

El artículo 26 consagraba la ausencia de responsabilidad penal en los casos de delirio, demencia, sueño u privación no provocada del uso de la razón. La embriaguez voluntaria y cualquier otra situación análoga no excusaban ni atenuaban la pena. El artículo 27 se refería

a quienes estaban obligados a responder pecuniariamente por acciones de otros (ascendientes, tutores y curadores, guardadores, amos y jefes de establecimientos, maridos, fiadores, mesoneros y fondistas).

El *Capítulo 3.º* estaba dedicado a «las penas y sus efectos» y al «modo de ejecutarlas». Dividía las penas en corporales, no corporales y pecuniarias. Conocía once penas corporales: muerte, trabajos de catorce años (modificaba en esto al Código español), deportación, destierro o extrañamiento perpetuo, presidio, obras públicas, reclusión en casa de trabajo, «ver ejecutar una sentencia de muerte», prisión en una fortaleza, confinamiento en un pueblo o distrito, destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito. Las penas no corporales eran trece: infamia, inhabilidad, privación de empleo, suspensión, arresto, sujeción a vigilancia, fianza de buena conducta, retractación, satisfacción, apercibimiento, reprensión, «oír públicamente la sentencia», casa de corrección para mujeres y menores. Las penas pecuniarias eran la multa y la pérdida de efectos (art. 28).

Se regulaba detalladamente la aplicación de la pena de muerte, que se ejecutaba incluso simbólicamente en el cadáver en caso que el reo muriese antes de la ejecución (art. 33). El medio de ejecución era el garrote «sin tortura alguna ni otra mortificación previa de la persona» (art. 38). La ejecución se llevaba a cabo con amplia publicidad (arts. 37 y 39), difiriendo el atuendo del reo según el crimen cometido y el distinto grado de infamia. Los reos de traición y parricidio no recibían sepultura en campo santo. Los reos de trabajos a catorce años trabajaban encadenados (art. 47), los de presidio lo hacían sin cadenas y hasta ocho años (art. 54), los de obras públicas lo hacían en lugares públicos y con cadenas ligeras por un máximo de doce años (arts. 55 y 56), los de reclusión lo hacían en casas cerradas y eran remunerados (arts. 58 y 59).

En los casos en que el reo no podía resarcir el daño era puesto bajo arresto en lugar de trabajo hasta dos años (art. 93).

El *Capítulo 4.º* trataba «del modo de graduar los delitos y de aplicar y dividir las penas», como también «de las circunstancias que los agravan y disminuyen, de las penas que se deben aplicar cuando concurren diferentes y de las exclusiones de todo asilo para los que delinican». El artículo 99 establecía que en cada delito penado con pena divisible se debían distinguir tres grados de gravedad. No obstante, no consagraba el sistema de las penas totalmente fijas, sino que dividía en seis partes el máximo y una vez establecido el grado conforme a las agravantes y atenuantes que tabulaban los artículos 104 y 105, permitía que el juez se apartase un sexto del máximo menos en el grado mayor, uno más en el menor y uno en más o en menos en el medio, «dejándose ese arbitrio al prudente juicio de los jueces, según la mayor o menor gravedad que resulta» (art. 100). Entre las agravantes taxativas tomaba en cuenta «la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos por la mayor frecuencia de los delitos»

(art. 104, inc. 2.º), principio bastante irracional que había enunciado Bentham y que mereció una serie crítica de Carmignani.

Una complicada fórmula reconocía la validez del razonamiento judicial por analogía (art. 107), pero excluía expresamente la integración analógica (art. 108). El artículo 113 desconocía cualquier derecho de asilo dentro del territorio boliviano.

El *Capítulo 5.º* se ocupaba «de las reincidencias y del aumento de penas en estos casos». El artículo 117 contenía una tabla para la agravación de las penas, según se tratase de primera o segunda reincidencia. El *Capítulo 6.º* trataba de la obligación que todos tienen de impedir los delitos y noticiarlos a la autoridad, y de la persecución, entrega o remisión de los delincuentes; el *Capítulo 7.º* se ocupaba «del derecho de acusar los delitos y de los acusados y procesados»; el *Capítulo 8.º* se refería a «los reos ausentes y contumaces».

El *Capítulo 9.º* versaba sobre «la rebaja de pena a los delincuentes que se arrepientan y enmienden y de las rehabilitaciones de los mismos después de cumplir sus condenas». El artículo 142 establecía un embrionario sistema progresivo que llegaba a la rebaja de pena en mérito al arrepentimiento y la enmienda. Para ello, el jefe de cada establecimiento debía llevar un libro en el que anotase «puntualmente la conducta que observe, así por lo relativo a su aplicación al trabajo, como en cuanto a sus costumbres y demás acciones» (art. 146).

El *Capítulo 10.º* trataba «de la prescripción de los delitos y culpas» y el *Capítulo 11.º* «de la indemnización a los inocentes». El *Capítulo 12.º* se ocupaba «de los delitos y delincuentes no comprendidos en este código». A este respecto modificaba el texto español, suprimiendo el artículo 183 de aquél, que reconocía el fuero eclesiástico, y el 184, sobre competencia militar, y modificando el 185 español, que pasa a ser 166 boliviano, pero en el que se suprime la competencia militar sobre cualquiera.

Aunque su técnica no fuese muy depurada —particularmente, por su redacción farragosa— constituye todo un ejemplo para la legislación de su tiempo. Pocas dudas caben, por otra parte, de que, si bien en Pacheco fue decisiva la importancia del Código brasileño de 1830, el texto que le siguió en jerarquía de modelo de decisión política fue este Código español de 1822, dando por resultado el texto español de 1848 reformado en 1850 y en 1870. Sin lugar a vacilaciones, puede afirmarse que la elección que hizo el Congreso Constituyente de Bolivia y que ratificó Santa-Cruz con su oportuna sanción en 1830, fue sumamente acertada, en particular ante la carencia de juristas en condiciones de elaborar un texto original. Escapa a nuestras posibilidades un análisis de las dificultades de comprensión y de las particularidades jurisprudenciales en la aplicación de este texto durante su dilatada vigencia en Bolivia, pero sería un apasionante campo para la sociología del Derecho penal.

c) El «Código Criminal do Império do Brasil»

1. *Su sanción.*—Pocas diferencias mediaban entre la legislación que Brasil había heredado de Portugal y la que Bolivia había heredado de España. La Novísima Recopilación española no hacía más que una depuración del Libro VIII de la Nueva Recopilación (47), en tanto que para Brasil regía el Libro V de las «Ordenações Filipinas», que provenían de la misma época que la Nueva Recopilación, como que las había sancionado en 1603 el mismo Felipe II, a la sazón Rey de Portugal con el nombre de Felipe (48). En 1821, João VI había jurado las «Bases de Constituição Política da Monarquia Portuguesa», pero por Ley de 1823 seguían vigentes las «Ordenações Filipinas».

La Constitución de 1824 disponía la formación de un código criminal, pero recién en 1826 el diputado *José Clemente Pereira* presentó un proyecto a la Cámara (49). Pereira era portugués y fue autor de un proyecto para la abolición de la esclavitud, lo que por aquel momento era considerado una agresión a los intereses nacionales.

En abril de 1827, el Emperador destacó la necesidad de la codificación penal y civil, y, el 4 de mayo del mismo año, el diputado *Bernardo Pereira de Vasconcelos* presentó otro proyecto que contenía tanto la parte penal como la procesal penal. Ideológicamente, Vasconcelos era un ilustrado, o sea, un liberal adaptado a las condiciones esclavistas de la sociedad brasileña de la época. Por consiguiente, si bien rechazaba cualquier intento republicano que afectase esa estructura económica, también le repugnaban las caducas instituciones de las «Ordenações». Además, su ideología cuadraba bien a su condición de egresado de Coimbra, donde había sido alumno de Mello Freire (50), a quien nos referiremos en el número siguiente. Como buen ilustrado, Vasconcelos fue un propulsor de la enseñanza y no deja de ser un kantiano en cuanto a algunos ribetes de su concepción de la pena, pues en los tiempos en que se elaboraba el código también se discutía una ley de imprenta y Vasconcelos ya sostenía que la pena debía adaptarse a la sensibilidad del ofendido (51), lo que se consagraría luego expresamente en el artículo 19 del código.

(47) Vid. *Tomo Segundo de las Leyes de Recopilación que contiene los Libros Sexto, Séptimo y Octavo, i Nono*, Madrid, 1775. En la Imprenta Real de la Gazeta.

(48) *Ordenacoes e Leis do Reino de Portugal recopiladas per mandado del Rei D. Philippe o Primeiro. Nona edicao, feita sobre a primeira de Coimbra de 1789, confrontada e expurgada pela original de 1603, T. III, Coimbra, na Real Imprensa da Universidade, 1824.*

(49) Los datos sobre la sanción corresponden a los *Anais do Parlamento Brasileiro, Câmara dos Deputados*, editados en Río de Janeiro, en 1874 los correspondientes a 1826, en 1875 los de 1827, en 1877 los de 1829 y en 1878 los de 1830 (originales en el Archivo Histórico, Río de Janeiro). Los sintetiza muy detalladamente en su investigación sobre este código ZAHIDÉ MACHADO NETO, *Dirêito Penal e estrutura social (Comentario sociológico ao Código Criminal de 1830)*, Sao Paulo, 1977.

(50) Cfr. BASILEU GARCÍA, *Instituicoes de Direito Penal*, I, p. 121.

(51) Por supuesto, Vasconcelos no recibió esta idea directamente de Kant, sino a través de Bentham, para quien constituía su «sexta regla» de medida de penas: «La

La Cámara de Diputados designó una comisión para que estudiase ambos proyectos, pero la misma se limitó a expedirse el 14 de agosto de 1827, aconsejando la impresión de ambos proyectos, aunque también proponía que se tomase en cuenta para el debate el de Vasconcelos. La comisión estaba integrada por José Antônio da Silva Maia, Cândido José de Araújo Vianna, José da Costa Carvalho, M. D. de Almeida e Albuquerque y João Cândido de Deus e Silva. En tanto, João Clemente de Vieira Souto había hecho llegar a la Cámara una traducción del proyecto de Livingston para Louisiana, y, luego de recibido el informe al año siguiente, la Cámara recibió un original del mismo, que remitió a la comisión especial que tenía reunida al efecto de coordinar las observaciones (52).

En junio de 1828 se decidió integrar una comisión bicameral para que estudiase los proyectos de Pereira y Vasconcelos, la que no se expidió hasta el 31 de agosto de 1829, expresando que había seguido el consejo de la comisión de diputados, esto es, adoptar como base de discusión el proyecto de Vasconcelos, pero sin dejar de tomar en consideración las ideas de Pereira. La comisión había estado integrada por Nicolau Pereira de Campos Vergueiros, José Antônio da Silva Maia, Manoel Gaetano de Almeida Albuquerque, José da Costa Carvalho y João Cândido de Deus e Silva. La Cámara resolvió discutir el proyecto de la comisión bicameral, poner a votación si debían continuar la pena de muerte y la de galeras y nombrar una comisión para que recogiera las observaciones formuladas el proyecto y en base a ellas les diese una redacción definitiva. La comisión estuvo integrada esta vez por A. P. Limpo de Abreu, F. de Paula e Souza y Luiz Cavalcanti.

La discusión se inició el 10 de septiembre de 1830 y en el curso de la misma se votó, a propuesta del diputado Régo Barros, la supresión de la pena de muerte para delitos políticos. La Cámara resolvió que debían incluirse las penas de galera y la de muerte para delitos comunes graves. La comisión recogió las restantes observaciones y dio redacción definitiva al proyecto, presentándolo el 19 de octubre de 1830. Tres días después fue aprobado por la Cámara de Diputados, que el 26 de noviembre del mismo año recibió una comunicación de la Cámara de Senadores en la que se la informaba que el proyecto había sido aprobado por el Senado sin observaciones. El Emperador

misma pena no debe ser infligida para el mismo delito a todos los delincuentes sin excepción. Es necesario tener en cuenta las circunstancias que influyen sobre la sensibilidad» (*Théorie des peines et des récompenses, ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, Jurisconsulte anglais, par Et. Dumont, troisième édition, Tome premier, Paris, 1825, p. 31*).

(52) Probablemente, se trataría de la edición francesa de 1825: *Repport sur le Projet d'un Code Pénal, fait a l'Assemblée Générale de l'Etat de la Louisiane, par M. Edouard Livingston, suivi des observations sur le conditions nécessaires à la perfection d'un Code Pénal, par M. Mill, avec une introduction et des notes par M. A. T. Taillandier... A. Paris... 1825*.

lo promulgó «no Palacio do Rio de Janeiro, aos dezeseis dias do mez de Dezembro de mil oitocentos e trinta, nono da independencia e do Imperio». Refrendaba la firma imperial el Vizconde de Alcântara. La promulgación fue registrada el 7 de enero de 1831 y publicada el 8 de enero.

A los pocos años el «Código do Império» fue traducido al francés por Víctor Fouché y al español, alcanzando notorio prestigio en Europa.

2. *Sus modelos.*—Hay dos textos que sirvieron de fuentes fundamentales de inspiración al «Código do Império», aunque cabe insistir en que éste es una obra original, que no sigue al pie de la letra modelo alguno. No obstante, son muy claras las influencias del proyecto de Mello Freire para Portugal, del proyecto de Livingston para Louisiana y, en menor medida, algunas otras.

Se ha exagerado la importancia de Bentham en este texto (53), pero creemos que debe reducirse a sus concretos límites. El «Código Criminal do Império» no pudo sustraerse a la moda de la época, así como no había podido hacerlo el español de 1822, pero dista mucho de estar exclusivamente inspirado en Bentham, en particular por la influencia de Livingston y del antecedente portugués de Mello Freire. Como vimos, aunque Livingston fue al comienzo un cerrado partidario del utilitarismo de Bentham, incluyó después elementos idealistas en su pensamiento, matizándolo, de la misma manera que los legisladores españoles de 1848 buscaron esta matización idealista del pragmatismo que dominaba en el Código francés mediante las ideas de Pellegrino Rossi (54).

3. *La estructura del «Código do Império».*—El código se dividía en *cuatro partes*: «Dos crimes e das penas», «Dos crimes públicos», «Dos crimes particulares» y «Dos crimes policiaís». La *primera parte* se dividía en *dos títulos*: «Dos crimes» y «Das Penas». El *Título I* se desdoblaba en tres capítulos:

El *Capítulo 1.º* trataba «Dos crimes e dos criminos.» El artículo 1 consagraba la sinonimia de «crime» y «delicto» y el principio de legalidad. El artículo 2 definía el crimen como «toda a acção ou omissão voluntária contrária ás leis penais», y concebía la tentativa conforme al comienzo de ejecución francés, «que não teve affeito por circunstancias independentes da vontade do delinquente». Consideraba que también era delito el abuso de poder en perjuicio de particulares sin utilidad pública y las amenazas de delito. El artículo 3 es uno de los más importantes del texto, puesto que exigía expresamente la «má

(53) Así, THOMAZ ALVEZ JUNIOR, *Anotacoes Teoricas e Praticas ao Código Criminal*, Rio de Janeiro, 1886.

(54) Sobre ello, RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Influencia historicista en Pellegrino Rossi*, en «Savigny y la Ciencia del Derecho», Universidad de Chile, Valparaíso, 1979, pp. 817 y ss.

fê, isto é», el «conhecimento o mal e intenção de o praticar»: resulta claro que no hay delito sin dolo y sin conciencia de la antijuridicidad. Esta disposición, cuyo alcance se sigue discutiendo aún hoy en España, proviene en cuanto al requisito de la voluntariedad, del artículo 24 del Proyecto de Livingston, en tanto que el resto es una explicación del primer párrafo del Título I del Proyecto de Mello Freire («Sem dolo e malícia, ou culpa não se póde considerar delicto para o effeito da pena»).

Los artículos 4, 5 y 6 se refieren a la participación, en la que incluye la receptación. Los artículos 7, 8 y 9 se refieren a los delitos de imprenta. Conforme al artículo 10, párrafo 1.º, no eran punibles los menores de catorce años, salvo que tuvieran discernimiento, en cuyo caso podían ser recluidos en casas de corrección hasta los diecisiete años (art. 13). Tampoco eran punibles «os loucos de todo o genero» (párrafo 2.º), los que cometieren el delito «violentados por força ou por medo irresistiveis» (párrafo 3.º) y los casos fortuitos.

El *Capítulo 2.º* trataba «Dos crimes justificaveis.» Aquí incluía el estado de necesidad justificante (art. 14, párrafo 1.º), la defensa propia (párrafo 2.º), la de la familia (párrafo 3.º), la de tercero (párrafo 4.º), la defensa contra órdenes ilegales (párrafo 5.º) y el derecho de corrección a los hijos, esclavos y aprendices (párrafo 6.º).

El *Capítulo 3.º* se ocupaba «Das circunstancias agravantes e atenuantes dos crimes.» Tabulaba las agravantes en diecisiete incisos (art. 16), a los que agregaba cinco más en el artículo 17. Las atenuantes eran diez incisos del artículo 18. El artículo 19 consagraba un principio kantiano talional que había llegado de la mano de Bentham: «Influirá tambien na aggravação ou atenuação do crime a sensibilidade do offendido.»

El *Capítulo 4.º*, «Da satisfação», establece la obligación de resarcir el daño y sustitutivamente prisión con trabajo.

El *Título II*, «Das penas», se integra con un solo capítulo, que trata «Da qualidade das penas, e da maneira come se hão de impôr e cumprir.» El artículo 33 establece la legalidad de las penas, el artículo 34 la escala disminuida para la tentativa y el artículo 35 extiende la misma escala a la complicidad. Los artículos 38 y 43 regulaban la pena de muerte, la que se aplicaba por la horca. El reo debía ser ejecutado en traje de calle y el cadáver sería entregado a los deudos para que lo enterrasen sin pompa (art. 39). La pena de galera obligaba al reo a trabajar con grilletes en trabajos públicos (art. 44). La prisión podía ser con trabajo o simple; la prisión con trabajo obligaba a prestarlo dentro de la misma (art. 46), y la simple era una forma de encierro (art. 47). La pena de destierro era a perpetuidad y hacía perder al condenado los derechos de ciudadano brasileño (art. 50). El confinamiento estaba previsto en el artículo 51 y el destierro en el artículo 52. Perdían los derechos políticos durante el tiem-

po de la sentencia los condenados a galeras, prisión con trabajo, prisión simple, confinamiento y destierro (art. 53).

La multa era la innovación más importante del código. Si bien ya Filangieri y Mello Freire habían considerado que era fundamental que la multa se adecuase a la capacidad económica del penado, el «Código Criminal do Império» creó el sistema del día de multa, que indebidamente se conoce ahora como «sistema nórdico», cuando en realidad es el «sistema brasileño». «A pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniaria, que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada um dia pelo seus bens, empregos ou industria, quando a lei esplecificadamente a não designar de outro modo» (art. 55). El artículo 58 se ocupaba de la suspensión de empleo y el artículo 59 de la pérdida de empleo. El artículo 60 disponía: «Se o réo fôr escravo, e incorrer em pena que não seja a capital ou de galés, será, codemnado na de açoutes, e, depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazé-lo com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz designar.» «O numero de açoutes será fixado na sentença, e o escravo não poderá levar por dia mais de cincoenta.»

El artículo 63 establecía el sistema de las penas fijas: se fijaban tres grados de pena (mínimo, máximo y medio), conforme a los tres grados de delito (según hubiese agravantes, atenuantes, concurrencia o falta de ambas). El artículo 65 disponía que las penas «não prescreverão em tempo algum».

La *segunda parte* («Dos crimes publicos») se dividía en *seis títulos*, de la siguiente manera: *Título I*, «Dos crimes contra a existencia politica do Império» (Capítulo 1.º, «Dos crimes contra a Independência, Integridades e Dignidade da Nação»; Capítulo 2.º, «Dos crimes contra a Constituição do Império e fôrma do Governo»; Capítulo 3.º, «Dos crimes contra o chefe do Governo»); *Título II*, «Dos crimes contra o livre exercicio dos poderes políticos dos cidadãos»; *Título III*, «Dos crimes contra o livre gozo e exercicio dos direitos políticos dos cidadãos»; *Título IV*, «Dos crimes contra a segurança interna do Império e publica tranquillidade» (Capítulo 1.º, «Conspiração»; Capítulo 2.º, «Rebelião»; Capítulo 3.º, «Sedição»; Capítulo 4.º, «Insurreição»; Capítulo 5.º, «Resistencia»; Capítulo 6.º, «Tirada ou fuga de presos do poder da Justiça e arrombamento de cadeias»; Capítulo 7.º, «Desobeidencia ás Autoridades»); *Título V*, «Dos crimes contra a boa ordem e administracao publica» (Capítulo 1.º, «Prevaricações, abusos e omissões dos empregados publicos»; Capítulo 2.º, «Falsidade»; Capítulo 3.º, «Perjurio»); *Título VI*, «Dos crimes contre o Thesouro Publico e propriedades publica» (Capítulo 1.º, «Peculado»; Capítulo 2.º, «Moeda falsa»; Capítulo 3.º, «Contrabando»; Capítulo 4.º, «Destruição ou damnificação de construcções, mōnumentos e bens publicos.»)

La *parte tercera* trataba «Dos crimes particulares» y su orden era

bastante original: libertad, seguridad y propiedad. La mera circunstancia de encabezar esta parte con los delitos contra la libertad es una innovación digna de tenerse en cuenta, porque colocaba los delitos de referencia en orden prioritario sobre los mismos delitos contra la vida. Así, el *Título I* de esta parte se refería a «crimes contra a liberdade individual». El *Título II* era el que trataba «Dos crimes contra a segurança individual» (el *Capítulo 1.º*, «Dos crimes contra a segurança da pessoa e da vida», se subdividía en siete secciones: homicidio, infanticidio, aborto, «ferimentos e outras offensas physicas», amenazas, entrada en casa ajena y apertura de cartas; el *Capítulo 2.º*, «Dos crimes contra a segurança da honra» abarcaba tres secciones: estupro, raptó, calumnias e injurias; el *Capítulo 3.º*, «Dos crimes contra a segurança do estado civil», se dividía en cuatro secciones: celebración de matrimonio contra las leyes del Imperio, poligamia, adulterio, parto supuesto «e outros fingimientos»). El *Título III*, «Dos crimes contra a propriedade», abarcaba tres capítulos (*Capítulo 1.º*, «Furto»; *Capítulo 2.º*, «Banca-rotta, estellionato e outros crimes contra a propriedade»; *Capítulo 3.º*, «Damno»). El *Título IV* trataba «Dos crimes contra a pessoa e contra a propriedade.»

La *parte cuarta*, destinada a los «crimes policiaes», se dividía en *ocho capítulos*: 1.º, «Offensa da religão, da moral e da bons costumes»; 2.º, «Sociedades secretas»; 3.º, «Ajuntamentós illicitos»; 4.º, «vedios e mendigos»; 5.º, «Uso de armas defesas»; 6.º, «Fabrico e uso de instrumentos para roubar»; 7.º, «Uso de nomes supostos e titulos indevidos»; 8.º, «Uso indevido da imprensa.»

4. *Valoración general.*—El «Código Criminal do Império» fue un texto para una sociedad altamente estratificada, como lo destaca suficientemente la investigación de Zahidé Machado Neto a la que hemos hecho referencia y como claramente lo pone de manifiesto el tratamiento diferenciado que daba a los esclavos, para lo cual no necesitaba —como Livingston— recurrir a la elaboración de un código penal independiente. Las penas de muerte y de galeras parecen haberse mantenido casi exclusivamente debido a la existencia de la esclavitud, como en forma indirecta lo dejaba entrever la comisión bicameral, cuando lo atribuía al «estado atual da nossa população; em que a educação primaria nao pode ser geral». Cabe aclarar que durante muchos años la pena de muerte fue abolida *de facto*, debido a un penosísimo error judicial que decidió al sabio Emperador Pedro II a conmutar todas las que se impusieron durante el resto de su gobierno (55).

Es curioso que el «Código do Império» no hiciese ninguna referencia a la obediencia debida, considerando que la misma era materia

(55) Fue un hecho que tuvo lugar en Macaé, donde por la masacre de una familia fue condenado Manuel de Mota Coqueiro, quien luego se comprobó que era inocente (BASILEU GARCIA, B., *Instituicoes, cit.*, I, p. 121 y nota 84).

expresamente considerada en sus principales modelos (Título II, párrafos 14, 15 y 16 del Proyecto de Mello Freire y arts. 31, 32 y 33 del Proyecto de Livingston). En efecto, la obediencia debida no se menciona en la tradición francesa, no haciendo referencia a ella Mouyart de Vouglans (56) ni el Código revolucionario de 1791, como tampoco el Código Napoleón. Su origen se halla en la tradición inglesa, particularmente por el tratamiento pormenorizado que le da Blackstone (57), de donde seguramente surgen la mención especial que hace Mello Freire, la de Feuerbach en el artículo 122 del Código de Baviera de 1813 y la de los artículos 19 y 21 del Código español de 1822. Livingston es quien mayor atención le dedica, no obstante lo cual el «Código do Império» guarda un enigmático silencio a su respecto, que se nos ocurre que obedece a la circunstancia de existir la esclavitud en Brasil. Apoya nuestra tesis la circunstancia de que los antecedentes ingleses mencionados por Blackstone liberaban de responsabilidad al esclavo que actuaba por mandato de su amo, extendiendo la impunidad aun al caso de participación y autoría. En una sociedad esclavista de comienzos del siglo XIX, ese principio hubiese sido altamente peligroso, por lo que es dable pensar que el código prefirió guardar prudente silencio.

De cualquier manera, el «Código Criminal do Império», al igual que el español de 1822, al no tipificar una serie de conductas que no afectaban bienes jurídicos ajenos, revela una sana y progresista demarcación entre moral y Derecho, que es digna de destacarse. No puede decirse lo mismo de la libertad religiosa, que resultaba seriamente comprometida ante la tipificación contravencional de las conductas que afectaban la religión del Estado por atentar contra sus verdades. Esa disposición y las referidas a la esclavitud son, quizá, los aspectos más negativos del código imperial, pero justo es reconocer que no son más que consecuencias naturales de las circunstancias políticas de los primeros años de la independencia del Brasil.

5. *Beccaria y «Anti-Beccaria» en América Latina.*—Esta historia sirve para mostrarnos cómo llegó Beccaria hasta nuestro margen latinoamericano, esto es, en forma mediata y en momentos políticos de franca lucha. Pero lo que queda fuera de toda duda es que llegó. Hasta tal punto ello es cierto que, cuando se consolidaron las minorías funcionales al neocolonialismo, presurosamente trajeron las ideologías de los «Anti-Beccaria». Esta es otra historia, que, a manera de corolario, sirve para cerrar la primera y para superar cualquier discusión anecdótica.

Cuando en nuestra América se establecieron las repúblicas oligár-

(56) MUYARD DE VOUGLANS, PIERRE FRANÇOIS, *Institutes au Droit Criminel ou Principes Généraux sur ces matières, suivant le Droit Civil, Canonique et la Jurisprudence du Royaume, avec un Traité particulier des crimes*, Paris, 1757, T. I, p. 9.

(57) BLACKSTONE, W., *Commentaires...*, T. V, pp. 232-234.

quicas, la ideología de Beccaria en el Derecho penal ya no era funcional a las mismas. El poder consolidado ya no quiso saber de límites y, de alguna manera, necesitaba justificar su supremacía, incluso con argumentos racistas. El positivismo en versión spenceriana llega a México al amparo de la dictadura de Porfirio Díaz (58). En directa versión de la criminología lombrosiana llega al Brasil y a la Argentina, donde prenden las posiciones racistas de los fundadores de ambas criminologías (59). La transculturación legislativa penal liberal molestaba a las minorías del neocolonialismo, que la habían programado en el momento de sus luchas con los restos de la economía primaria colonialista. Beccaria era un personaje molesto para nuestras oligarquías y sus minorías intelectuales, que se vuelven positivistas, como corresponde a su racismo. Beccaria y el Derecho penal liberal devienen expresión de una «metafísica superada por la ciencia», alimentada esta última por Gobineau o por Spencer (60). El mestizaje provocaba «desequilibrio moral», como lo había señalado Morel (61).

Pero, ya que de Italia hablamos, sigamos adelante: en Italia, atrasada en el proceso de industrialización, no hallaba ubicación en su sistema productivo una considerable masa de población campesina que amenazaba concentrarse en sus ciudades y que ponía en peligro la estabilidad de la Casa di Savoia, lo cual no convenía a los intereses británicos. El plan británico de transformación neocolonialista del sur del Brasil, del Uruguay y de la Argentina promovió un transporte masivo de población italiana al sur latinoamericano, lo que constituyó una verdadera población transportada entre 1880 y 1914 (62). Con esa población llegó el sindicalismo, el anarquismo, los reclamos obreros, el socialismo y, claro está, las leyes represivas (63) y la idea racista del «inmigrante degenerado» que cala en la psiquiatría y en la criminología (64).

(58) Vid. ZEA, LEOPOLDO, *El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia*, México, 1984.

(59) En cuanto al fundador de la criminología argentina, José Ingenieros, puede verse su artículo *Las razas inferiores*, en «Crónicas de viaje», Bs. As., 1957, p. 115; por lo que hace al fundador de la criminología brasileña, NINA RODRIGUES, RAIMUNDO, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, Salvador, Bahia, 1957.

(60) Cabe recordar que el propio Gobineau, si bien muy a su pesar, fue embajador en el Brasil, donde prácticamente se consideraba sólo digno de hablar con el Emperador, que era el único «ario».

(61) Además de Nina Rodrigues en Brasil, en la Argentina puede verse en la misma línea a OCTAVIO BUNGE, CARLOS, *Nuestra América, ensayo de psicología social*, Bs. As., 1903.

(62) Vid. DEVOTO-GIANFAUSTO ROSOLI, FERNANDO, *La inmigración italiana en la Argentina*, Bs. As., 1985.

(63) Para un panorama de la legislación represiva en la Argentina, a comienzos de siglo: PAVÓN, CIRILO, *La defensa social. Medios preventivos y represivos*, Bs. As., 1913; HERRERA, JULIO, *Anarquismo y defensa social*, Bs. As., 1917; DURA, FRANCISCO, *Naturalización y expulsión de extranjeros*, Bs. As., 1911.

(64) Sobre ello, VEZZETTI, HUGO, *La locura en la Argentina*, Bs. As., 1983.

El racismo cobró una nueva versión: racismo contra el italiano «degenerado», socialista y anarquista. Nuestras minorías intelectuales funcionales a las oligarquías vernáculas quisieron traer a Lombroso en persona, que se excusó por su edad y achaques, pero llegó Ferri que, adelantado su no sorprendente conversión en años posteriores, entró en polémica con los socialistas argentinos, al sostener que el socialismo no tenía sentido en nuestro margen latinoamericano (65), mostrando su elocuencia elegante junto a la oligarquía de Buenos Aires, en las fastuosas celebraciones del centenario de nuestra emancipación. Pero ya corría el año de 1910 y en el otro extremo de América Latina los festejos del mismo centenario se frustraban porque los mexicanos pusieron fin a su República oligárquica. Emiliano Zapata, con su grito de «Tierra y Libertad» anunciaba el ocaso de las minorías «sanas» tutelando a las mayorías «degeneradas». Las luchas siguieron, por supuesto, y cuando ya no sirvió el positivismo, también trajeron de Italia el neidealismo penal de cuño gentiliano y del Código de Rocco se introdujo en Brasil en 1940, en Uruguay en 1938 y bastardeó el Código ecuatoriano en 1938, no sin infiltrarse abiertamente en el «código tipo» de los años sesenta.

Pero los que formamos parte de las mayorías «degeneradas» y tratamos de frenar el Leviathan oligárquico de las minorías que buscan la represión ilimitada para la contención de las mayorías, volvemos siempre la vista hacia la única tabla de salvación ideológica, que es la tradición limitadora y garantista que viene de Beccaria. Nunca el marqués lombardo sospechó esta función de su pensamiento, que atraviesa toda la historia del neocolonialismo en América Latina y cobra un singular significado en los albores de la actual tentativa de tecnocolonialismo que sufrimos. No importa cómo Beccaria llegó hasta nosotros, lo cierto es que ha llegado, y pese a que muchos se pierdan en lo anecdótico y hasta quieran negarlo, la presencia de los «Anti-Beccaria» nos demuestran que no sólo llegó, sino que permanece más vigente que nunca y que, en definitiva, eso es lo que interesa a la historia, para quienes no la denigramos a una inútil colección de curiosidades.

(65) Sobre la visita de Ferri a Buenos Aires, sus conferencias: *Le conferenze di Enrico Ferri nella Repubblica Argentina raccolte e annotate da Folco Testena con una conclusione polemica del raccoglitore e una presentazione del dottor Antonio Dellepiane*, Buenos Aires, 1911.

La renuncia a la responsabilidad subsidiaria por impago de multa

(El párrafo último del artículo 91 del Código Penal)

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Abogado del Estado
Profesor Titular de Derecho penal

I. PLANTEAMIENTO

La previsión del párrafo final del artículo 91 del vigente Código Penal admite, en principio, tres interpretaciones respecto a la exigencia —obligada y suficiente— de que el multado se halle «condenado a pena privativa de libertad por más de seis años». En sentido estricto cabe entender esa pena carcelaria como la impuesta conjuntamente para el mismo delito (posición A). Una segunda exégesis acogería también la renuncia cuando la indicada duración de la pena privativa de libertad se diera en otro delito objeto de condena en igual juicio (posición B). Y, avanzando en esa línea, podría apoyarse la renuncia en cualquier pena privativa de libertad, aun si procediere de delito perseguido independientemente, siempre que todavía no hubiera sido ejecutada o cumplida (posición C).

Variante de las posiciones B) y C) sería la superación de los seis meses mediante la suma de varias penas privativas de libertad que, separadamente, no alcanzaran el límite legal. La posición C) admite a su vez diversas modalidades, según se requiera o no «conexión» entre los diferentes delitos, se excluyan o no las penas carcelarias ya en cumplimiento y se distinga o no —a estos efectos— entre dicho concepto y el de ejecución.

II. LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia patria, referida al Código Penal vigente, optó decididamente por la posición A), rechazando la consideración de las penas privativas de libertad impuestas en la misma Sentencia por otro

delito, tanto en su propia duración como por vía de suma. En cuanto a la posición C), el Tribunal Supremo no tuvo siquiera ocasión de pronunciarse con carácter vinculante, dado que la cuestión no llegó a plantearse formalmente. Sin pretender que la enumeración sea exhaustiva, pueden servir de ejemplo las Sentencias de 31 de enero de 1947; 23 y 30 de junio y 27 de septiembre de 1952; 9 de febrero y 10, 12 y 24 de diciembre de 1954; 3 de febrero de 1955; 23 de junio de 1956; 23 de octubre de 1957; 30 de junio de 1958; 9 de junio de 1960; 17 de diciembre de 1962; 4 de octubre y 2 de noviembre de 1965; 22 de diciembre de 1970; 27 de junio de 1974, y 22 de enero y 9 de junio de 1977.

De entre dichas Sentencias, procede destacar las de 27 de septiembre de 1952 y 22 de octubre de 1970. Aquélla se resiste a ampliar el contenido del precepto a supuestos de simple conexión por razones de economía procesal. Esta, por su parte, entiende que la limitación del artículo 91 del Código Penal «se refiere a la pena de privación de libertad del mismo delito; doctrina indicativa de la razón de Ley en el artículo 94 del Código de 1932, en el cual la responsabilidad subsidiaria del arresto se relaciona con la pena de su principal, precisamente, y del mismo tenor son las sentencias (sic) de 27 de septiembre de 1952 porque, según ella, conectar la pena subsidiaria a otra principal equivaldría a establecer un enlace de causa a efecto entre las dos distintas sanciones impuestas a la misma persona por delitos de distinta naturaleza, sin conexión alguna y penados separadamente, aunque en la misma resolución».

El cambio de criterio jurisprudencial —con el antecedente remoto de la Sentencia de 30 de junio de 1952— se produce a partir de 1985, aceptando la posición B) y la suma de las penas privativas de libertad. En su origen se encuentran las conocidas Sentencias de 19 de diciembre de 1985 (ponencia del señor Gómez de Liaño) y 12 de septiembre de 1986 (ponencia del señor Soto Nieto). Luego siguen, en una relación ininterrumpida, las de 6 de julio y 22 de diciembre de 1987, y 19 de abril y 8 de junio de 1988, siempre con cita de aquellas dos primeras.

En palabras de la Sentencia de 19 de diciembre de 1985, es condición para prescindir de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, «que al condenado no se le haya impuesto pena privativa de libertad por más de seis meses, decidiéndose entender, ante la *doctrina contradictoria* de esta Sala y conforme a las *interpretaciones más modernas* sobre los límites o techos de estas penas, que deberá extenderse a todos aquellos arrestos sustitutorios derivados de multas, aunque sean por delitos sancionados con penas inferiores, siempre que *alguno de ellos o la suma penológica* de los apreciados en la Sentencia exceda del límite indicado de los seis años».

La verdad es que, como se ha visto, no parece que la doctrina anterior fuese muy contradictoria, y en cuanto a esas interpretaciones

más modernas, nada se indica sobre sus argumentos. Así las cosas —y aparte de las razones que puedan apoyar efectivamente la nueva orientación—, la indicada Sentencia tiene mucho de voluntarista. Llorca Ortega, aunque partidario del nuevo criterio, advierte cómo «resulta hasta cierto punto desconcertante que la Sentencia lo fundamente en una interpretación extensiva y progresista, sin otra argumentación» (1).

La segunda Sentencia que profundiza en la nueva vía, la de 15 de septiembre de 1986, abunda en el «sentido progresista» y en la fidelidad al principio «pro reo», señala que el artículo 91 «no establece distinción alguna al respecto», se apoya en las previsiones para el concurso real de delitos, alude a la inspiración de aquel precepto en cuanto a «no intensificar la privación de libertad del penado por falta de disponibilidad económica», rechaza las alegaciones de impunidad (porque el reo puede mejorar de fortuna, y, en todo caso, se tendría como precedente la regla 2.ª del artículo 70), y acaba sosteniendo que «ha de tenerse en cuenta tanto la conexidad material como procesal».

La referencia al «sentido progresista» tiene espurias connotaciones políticas y carece de contenido real, al menos mientras que no se explique el sentido del pretendido progreso. Por su parte, el principio «pro reo» no encuentra en la hermenéutica su ámbito adecuado, sino en la valoración de la prueba (2). En lo que atañe a la inspiración del precepto, se incurre hasta cierto punto en una petición de principio, porque de lo que se trata es de situar las barreras legales de la renuncia. Y por lo que hace a la conexidad y a los supuestos apoyos provenientes de la regla 2.ª del artículo 70 del Código Penal, se está esgrimiendo un arma de dos filos, puesto que el legislador y la ley han establecido ahí una limitación de alcance perfectamente claro, mientras que nada similar han previsto para ampliar —de un delito a otro— la renuncia a la responsabilidad personal subsidiaria.

Las sentencias posteriores poco nuevo aportan. Suelen remitirse sin más a las de 19 de diciembre de 1985 y 13 de septiembre de 1986, con tal automatismo que hasta se repite la mención errónea de esta última, a la que suele atribuirse la fecha de 12 de dicho mes (3). Sólo la de 19 de abril de 1988 (ponencia del señor Moyna Ménguez), aunque ubicada en la novedosa orientación, parece conservar iniciativa crítica. En ella se recuerda que se están «salvando con el principio *pro reo* las nuevas reservas que pueden hacerse» a la aplicación del criterio favorable a la suma de las penas privativas de libertad.

Valga indicar, por último, que la Sentencia de 22 de diciembre

(1) LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, Valencia, 1986, p. 100.

(2) CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General I*, 3.ª ed., Madrid, 1985, p. 172, nota 107, con abundante bibliografía.

(3) Véanse las Sentencias de 6 de julio y 22 de diciembre de 1987 y 19 de abril y 8 de junio de 1986.

de 1987 (ponencia del señor Ruiz Vadillo) insiste en la referencia a la regla 2.^a del artículo 70 del Código Penal y añade un nuevo e interesante argumento en apoyo de la interpretación amplia. A su tenor, «parece evidente que la limitación sectorial referida a cada una de las penas se aleja de la concepción moderna de la pena, entendida como una institución unitaria y en cierta manera global y referida a una persona determinada, evitándose que en contra de lo que hay que adivinar como el sentido actual y cabal del citado párrafo 3.º del artículo 91, que ha de entenderse conforme a la vigente realidad social (art. 3.1 Cc.), además de una pena de privación de larga duración, corresponda y haya de sufrir un arresto sustitutorio por impago de una multa o pena pecuniaria». Cabe repetir aquí el comentario hecho más arriba a propósito de esa regla limitativa tantas veces citada. De otro lado, resulta peligroso acudir a «la vigente realidad social» para resolver un problema de cierto contenido técnico, sobre todo cuando esa realidad se halla entreverada de una inseguridad ciudadana que, de proyectarse en algún sentido, lo sería quizá hacia una mayor dureza punitiva.

Ya en lo atinente a la pena como unidad de ejecución, repárese en que la misma se circunscribe de «lege data» a las penas propias privativas de libertad, únicas sometidas al sistema de individualización científica. El artículo 59 c) del Reglamento Penitenciario de 1981 dispone que «cuando el penado sufra dos o más *condenas de privación de libertad*, la suma de las mismas será considerada como una sola a efectos de aplicación de la libertad condicional» (cuarto y último grado de aquél). Una gran mayoría doctrinal rechaza la incorporación de la responsabilidad personal subsidiaria a un sistema que —conforme al artículo 25.2 de la Constitución y a los artículos 1, 59, 72 y concordantes de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria— pretende alcanzar una reeducación y reinserción social ajenas a los fines de la multa dentro de la prevención especial. Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria estimaron en su III Reunión de Madrid (Conclusión II B-6) que, admitida la acumulación de penas a los efectos de la libertad condicional, «se excluyen, por el contrario, los arrestos sustitutorios por impago de multa». Esto significa pura y simplemente que la responsabilidad personal subsidiaria queda fuera de toda unidad de ejecución. La práctica penitenciaria se ha inclinado igualmente en ese sentido. Y si las anteriores razones dogmáticas y sustanciales no fueron suficientes, aún podría recordarse cómo un censurable «usus fori», bendecido por la Fiscalía del Tribunal Supremo (Memoria de 1943, Consulta núm. 6) (4), tolera el abono de la multa —también el parcial y repetido— una vez transcurridos los plazos legales o judiciales, incluso una vez iniciado el

(4) *Cincuenta años de doctrina del Tribunal Supremo*, Madrid, 1980, T. I, pp. 202 y 203.

cumplimiento de la responsabilidad personal. Tal proceder distorsiona todo intento de operatividad conjunta (5).

III. LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Pasando a la doctrina patria, los comentarios españoles parecen coincidir en sus críticas a la redacción literal del párrafo final del artículo 91 del Código Penal, así como en la conveniencia de someterlo a una interpretación extensiva, lo que encierra algún punto de contradicción, porque, si la deseada exégesis fuera palmariamente viable, nada habría que modificar en el texto.

Del Toro escribe que «la finalidad del párrafo 3.º del artículo 91 no puede ser otra que evitar que el reo condenado, como consecuencia de una o más penas impuestas por uno o varios delitos, a una privación de libertad superior a seis años, cumpla, además, el arresto subsidiario», añadiendo que por ello «tal limitación debe observarse no sólo con respecto a las distintas penalidades impuestas en una sola sentencia, sino también en el caso previsto en el último párrafo del artículo 70» (6).

Quintero Olivares señala que el precepto deja sin aclarar si cabe también la acumulación, y a renglón seguido, tras apoyarse en el autor anterior, entiende que la restrictiva tesis jurisprudencial tradicional «no puede apoyarse más que en el mero dato gramatical de que el artículo 91 hable de *pena* en singular», de modo que, no siendo esa la correcta interpretación lógica y teleológica del precepto, «el argumento gramatical debe ceder, dando entrada a todos los casos en los que la privación de libertad acordada *en la sentencia* supere los seis años, con independencia de que se trate de una o varias penas» (7). Es curioso que este penalista haya escrito, sin embargo, unas líneas más arriba, que «a partir de 1932 la institución del arresto sustitutorio recibe la regulación que hoy conocemos, con la sola excepción del actual párrafo 2.º» (8). Si así fuera, y el tercero no hubiera experimentado alteración esencial (según mantendremos más adelante), el texto de la II República Española serviría para confirmar en el actual la interpretación restringida.

Boix Reig coincide plenamente con Del Toro, y advierte —contra la Sentencia de 27 de septiembre de 1952— que a veces la conexión

(5) Sobre los fines de la pena de multa y el pago «in extremis», véase MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal español*, Barcelona, 1983, pp. 12, 13 y 99-103.

(6) DEL TORO MARZAL, *Comentarios al Código Penal (con Córdoba y otros)*, T. II, Barcelona, 1972, pp. 476 y 477.

(7) QUINTERO OLIVARES, *El arresto sustitutorio*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 2, 1977, pp. 135 y 136.

(8) QUINTERO OLIVARES, *ob. cit.*, p. 118.

no queda sólo en la economía procesal, sino que responde a las relaciones reales entre las diferentes conductas enjuiciadas, poniendo como ejemplo extremo el de los actos posteriores impunes (9).

Landrove Díaz censura también la primera exégesis del Tribunal Supremo, a la que únicamente concede un apoyo gramatical (como Quintero Olivares), menciona a Boix Reig para postular un cambio exegetico, y subraya que desde la reforma del Código Penal de 1944 el párrafo 3.º del artículo 91 no alude ya, como antes se hacía, a «pena principal», sino a «condenado a pena privativa de libertad», lo que permitiría prescindir de la responsabilidad personal subsidiaria cuando la duración superior a seis años se alcance «con la suma de las diversas penas de privación de libertad impuestas» (10).

Llorca García reitera los argumentos que se acaban de exponer. Primero, reconoce que en el Código de 1932 el arresto sustitutorio solamente se excluía «en aquellos casos en que, junto a la multa, se impone una pena privativa de libertad de más de seis años, pues a esta imposición con carácter conjunto se refiere el precepto al exigir que aquella pena sea *principal* de la multa», en el sentido de ser más importante y, en definitiva, conjunta. Luego, considera que, dada la incorrección de aquella adjetivación (puesto que la multa es, y era, también pena principal), el legislador de 1944, «caso de haber sido su deseo que las cosas continuasen igual, debió sustituir dicho término por el de *conjunta*», lo que no hizo, antes al contrario, pasó de la fórmula «al reo *pena*» a la de «al condenado». La consecuencia de esta nueva expresión sería que «en una sola causa, puede hablarse de *condenado* a varias penas por diversos delitos» (11).

Por mi parte —en contrapunto con esas opiniones—, he defendido nuestra primera jurisprudencia, favorable a la posición A), con algunos de los argumentos que se detallarán seguidamente (12).

IV. DEFENSA DE LA OPERATIVIDAD RESTRINGIDA A CADA DELITO

Al hilo de la exposición jurisprudencial y doctrinal se hicieron ya diversas observaciones contrarias a las nuevas tendencias extensivas. Ni la vacua invocación de las interpretaciones más modernas, ni el «sentido progresista», ni el principio «in dubio pro reo», ni la apelación a «la vigente realidad social» y al artículo 3.1 del Código civil,

(9) BOIX REIG, *Algunos aspectos de la responsabilidad personal subsidiaria*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 3, 1977, pp. 39 y 40.

(10) LANDROVE DÍAZ, *El arresto sustitutorio*, en el libro colectivo «La reforma del Código Penal de 1983», T. V, Vol. 1.º, p. 512, en la serie «Comentarios a la legislación penal.»

(11) LLORCA ORTEGA, *ob. cit.*, pp. 99 y 100.

(12) MANZANARES SAMANIEGO, *ob. cit.*, pp. 160 y 161.

ni la supuesta unidad de ejecución, serán objeto de ulterior comentario. Adelántese, sin embargo, que el progreso en el Derecho comparado y en los trabajos prelegislativos españoles —seguramente de acuerdo con la realidad social de otros países y del nuestro— no va hacia la ampliación de la renuncia a la responsabilidad personal, sino hacia su absoluta desaparición. Véanse a continuación algunos argumentos que respaldan «de lege data» en nuestro Derecho el criterio que, no sin equívoco, pudiera denunciarse restrictivo:

1.º La existencia de la regla 2.ª del artículo 70 del Código Penal y la ausencia de toda previsión similar en el artículo 91 denota que el legislador patrio no ha hecho suyos los deseos de los partidarios de la posición B). Tal conclusión se refuerza con la introducción del nuevo párrafo final de aquel artículo 70 por la Ley de 8 de abril de 1967, siguiendo intocado el artículo 91, como si nada hubiera que objetar a su entendimiento conforme a la posición A), entonces prácticamente unánime. Repárese, además, en que la repetida regla 2.ª se refiere a una limitación en la *ejecución*, mientras que el párrafo final del artículo 91 recoge una renuncia en la *imposición*, encontrándose ambos preceptos en Secciones distintas. Carecería de base normativa la idea de prescindir de la responsabilidad personal subsidiaria atendiendo a la pena privativa de libertad correspondiente a un juicio distinto. No está en manos de los tribunales incorporar, de hecho, en el artículo 91 disposiciones paralelas del artículo 70, y acabar en una especie de nuevo artículo 988 bis, incluido su recurso de casación por infracción de ley.

2.º Según el párrafo 2.º del artículo 94 del Código Penal de 1932, «esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá al reo cuya *pena principal* sea privativa de libertad por más de seis años», y la doctrina suele entender —como ya se vio— que, efectivamente, ahí la renuncia operaba dentro de la penalidad conjunta en un mismo delito. Otra cosa sería el cambio de panorama con la referencia en el artículo 91 del Código de 1944, «al *condenado* a pena privativa de libertad por más de seis años». Sucede, sin embargo, que nadie mejor que Castejón para revelarnos, si no la voluntad de la ley, sí la del legislador, y esta sería sólo la de «corregir el estilo» (13).

Lo que se quiso en el nuevo texto fue prescindir del adjetivo *principal*, cuando tanto la pena privativa de libertad como la multa conjunta tenían aquel carácter. El vocablo «condenado» sigue conectando así exclusivamente con esas dos penas, y no abarca las correspondientes a otros delitos enjuiciados en el mismo proceso y, menos aun, si cabe, a las impuestas en procedimientos distintos. El sustantivo «condenado» continúa siendo utilizado en el párrafo 1.º del actual artículo 91 tal y como ocurría en el correlativo del anterior

(13) CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*, Madrid, 1946, p. 48.

artículo 94, sin que haya duda acerca de que las previsiones del mismo —en general y en relación con las limitaciones temporales máximas de la responsabilidad personal subsidiaria— se agotan en el marco de cada delito.

3.º Si las consideraciones anteriores respaldan la posición A) —o al menos impiden avanzar hacia las posiciones B) y C)—, también el principio de interpretación restrictiva de las excepciones apunta en aquella dirección. La regla general es la imposición de la responsabilidad personal subsidiaria.

4.º Mucho se ha censurado lo que dicha responsabilidad puede encerrar de discriminación del insolvente, pero pocos discuten que la multa impagada —salvo casos especiales de perdón judicial— debe desembocar en alguna clase de reacción penal. En realidad, el problema tiene dos aspectos, en cuanto, de un lado, se ha de evitar la impunidad, y, de otro, el propio principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 14) corre peligro. Ahora bien, ese riesgo tanto puede dirigirse contra el pobre como contra el rico. No resulta admisible que dos personas sean condenadas a una misma pena privativa de libertad (o de otra clase) y sólo una de ellas sufra *además* un plus punitivo, siendo iguales en ambos supuestos la gravedad del delito y sus respectivas culpabilidades (14).

5.º Nuestros trabajos prelegislativos se abstienen de toda renuncia a la responsabilidad personal subsidiaria (art. 58 del Proyecto del Código Penal de 17 de enero de 1980, y art. 48 de la Propuesta de 1983, que sólo admiten su reducción por razones de equidad). Tampoco los más avanzados códigos penales extranjeros contienen previsión alguna de tal índole. La nueva Parte General del Código Penal alemán (art. 43), el Código austríaco de 1974 (art. 19) y el Código portugués de 1983 (art. 47) pueden servir de ejemplo.

En resumen, no parece que tenga respaldo legal la renuncia a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa atendiendo a penas impuestas por otro delito. Y, evidentemente, el Derecho moderno no «progresar» en esa dirección.

(14) Hoy, cuando tanto se habla de la intervención mínima del Derecho penal y de la poda del Libro III de nuestro Código, reduciendo las correspondientes conductas a meras infracciones administrativas, conviene preguntarse dos cosas. La primera es si en el fondo no se estará tratando de aligerar, al socaire de aquel respetable principio, el trabajo de unos tribunales escasos en número y mal preparados. Y la segunda es la de cómo se impedirá la absoluta inoperancia del Derecho administrativo sancionador en relación con los insolventes. De una parte, tenemos el artículo 25.1 de la Constitución, que niega a la Administración la imposición de sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. De otra, el artículo 14 de aquélla no tolera desigualdades ante la ley.

Libertad y responsabilidad penal (*)

LIBORIO L. HIERRO

Universidad Autónoma de Madrid

1. La afirmación o negación del libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal es al mismo tiempo una cuestión clásica y una cuestión marginal para la Ciencia del Derecho penal. Parece que todos los penalistas se vieran forzados a tomar posición respecto a esta cuestión para, a continuación, reconocer que su solución por una parte les excede y por otra les resulta indiferente (1).

Lo que aquí trataré de argumentar es que la cuestión es resoluble desde el punto de vista de la filosofía moral y de la filosofía jurídica, pero sobre todo que la cuestión es *relevante*, no sólo para filósofos, sino para el común de los ciudadanos. Tan relevante que tomar una u otra posición podría conducir a resultados sociales (no sólo teóricos ni principalmente teóricos) tan distintos que posiblemente harían recapacitar a los propios penalistas.

2. La convicción generalizada hasta el siglo XIX consistía en que el libre albedrío era el fundamento de la imputabilidad y, por tanto, del juicio de culpabilidad que servía de *justificación* a la imposición de la pena (entendida ésta como un tipo específico de sanción consistente en infligir un sufrimiento). Las primeras fisuras para este modo de pensar aparecen a fines del siglo XVIII en el marco del utilita-

(*) Este trabajo fue el texto de mi intervención en las XI Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, celebradas en la Universidad de Alcalá de Henares en diciembre de 1988. Una de las sesiones estuvo dedicada al tema «Libertad y Responsabilidad Penal» y en ella intervino también el Profesor Enrique Gimbernat. Mi propósito principal se centró por ello en discutir las tesis (bien conocidas en España) del Profesor Gimbernat.

(1) Ver, por ejemplo, EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, T. 1, Bosch, Barcelona, 1980, p. 430: «Pero este problema del libre arbitrio y del determinismo está fuera del campo del Derecho penal»; JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, Dykinson, Madrid, 1986, p. 434: «El Derecho penal está ajeno a la polémica filosófica, que en realidad no le compete»; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 30: «El asunto apenas si ocupa la atención de los tratadistas modernos.»

rismo desarrollado en la Teoría del Derecho de Bentham, pero provenían del propio padre del Derecho penal moderno, Beccaria, quien bajo la influencia de Montesquieu había ofrecido ya una definición plenamente utilitarista del fin de la pena: «El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo» (2).

Sin embargo, la influencia del utilitarismo no fue muy importante en el continente europeo durante el siglo pasado y el primer tercio de éste. Por el contrario, la versión clásica del libre albedrío fue renovada y reafirmada en la filosofía kantiana. Kant sostenía que la pena debía ser impuesta al culpable por la sola razón de que ha delinquirido y fue el primero en argumentar, en contra de las tesis utilitaristas, que cualquier otra justificación de la pena implicaba tratar al condenado como «instrumento» (3). Este punto de vista predominó sobre el pensamiento jurídico penal europeo hasta que se produjo la segunda fisura, esta vez con más repercusión. Se trata de la aparición de la Escuela Positiva constituida por Lombroso, Garofalo y Ferri, cuya influencia fue enorme en las últimas décadas del siglo pasado y las primeras de éste.

Para la Escuela Positiva, constituyó prácticamente un dogma cientista la negación de la libertad de la voluntad, y la afirmación del determinismo (somático en Lombroso y social en Ferri). La función de la pena es exclusivamente servir de instrumento de defensa social contra el peligro que ciertos individuos suponen. Al fin y al cabo, «conforme a los principios genuinos del positivismo, la discriminación entre el loco y el criminal apenas sí tiene razón de ser, como osadamente reconoció el propio Ferri en el Congreso de Antropología Criminal de Ginebra de 1896» (4).

3. Si hacemos una esquemática comparación entre estas tres posiciones, concluiremos que para las tesis retribucionistas (típicamente Kant) la justificación de la pena exige la responsabilidad del condenado por el mal que la pena retribuye y una cierta proporcionalidad entre la pena y, por una parte, el mal retribuido por ella, y, por otra, el grado de responsabilidad del agente. Para las tesis utilitaris-

(2) CESARE DE BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1764), Alianza Editorial, Madrid, 1968, pp. 45-46. Sobre la importante influencia de Beccaria en Bentham puede verse H. L. A. HART, *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 40 y ss.

(3) Que un ser racional nunca puede ser tratado como medio es notoriamente el punto de apoyo de la metafísica de las costumbres como construcción racional de la moralidad. Vid. E. KANT, *Cimentación para la metafísica de las costumbres* (1785), Aguilar, Buenos Aires, 1961, pp. 117 y ss.

(4) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, cit., p. 29.

tas, la justificación de la pena exige que sea eficaz para prevenir general y especialmente el delito (es decir, el mal) y que cause al destinatario un mal menor que el que se causaría a la sociedad no imponiendo la pena y que no exista otro medio menos perjudicial para conseguir el mismo fin. Finalmente, para las tesis de la Escuela Positiva, la justificación moral de la pena sería un problema metafísico imposible de aceptar por la ciencia jurídica; la pena, por tanto, no se justifica, sino que se explica como una necesidad social, cuya finalidad es disminuir el peligro que para la sociedad suponen los delitos, y cuya aplicación debe hacerse precisamente en proporción a la peligrosidad del agente (5).

La comparación puede ser más clara si establecemos un cuadro que refleje las respectivas tesis sobre la justificación originaria de la pena (es decir, el fundamento del «ius puniendi»), su finalidad y sus condiciones:

	<i>Retribucionismo</i>	<i>Utilitarismo</i>	<i>Escuela Positiva</i>
Justificación	Realizar la justicia. (Según Kant, «la ley penal es un imperativo categórico».)	Utilidad social.	No es posible.
Finalidad	Retribuir el mal causado causando un mal al culpable.	Prevenir especial y generalmente la comisión de delitos.	Defensa social.
Condiciones	a) <i>Proporcionalidad</i> entre la pena y el mal causado. b) <i>Proporcionalidad</i> entre la pena y la responsabilidad del agente.	a) <i>Necesidad</i> de pena, es decir, que no exista otro medio menos perjudicial. b) <i>Proporcionalidad</i> . Es decir, que el perjuicio causado por la pena sea menor del que se derivaría de no castigar.	a) <i>Proporcionalidad</i> con el peligro ante el que la pena reacciona.

4. La influencia de la Escuela Positiva fue amplia, pero no definitiva de una nueva doctrina *dominante* en Derecho penal. Probablemente influyó más en los márgenes del Derecho penal clásico, tales como el desarrollo de la Criminología (en coexistencia con la Dogma-

(5) Para la comparación entre utilitarismo y retribucionismo puede verse H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968, especialmente el Capítulo IX, y CARLOS SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 427-432, cuyo resumen utilizó en parte en estas comparaciones. En particular, sobre el utilitarismo y la justificación de la pena, MARTÍN DIEGO FARRELL, *Utilitarismo, Ética y Política*, Abeledo, Buenos Aires, 1983, pp. 212 y ss.

tica Penal), el desarrollo de las medidas de seguridad, la configuración jurídica del tratamiento de los dementes, el Derecho penal de menores, etc. No obstante, la polémica ha vuelto una vez más a plantearse a mediados de este siglo con ocasión de los procesos de reforma de los códigos penales en gran parte de Europa.

El influyente trabajo del Profesor Enrique Gimbernat «¿Tiene un futuro la Dogmática Jurídicopenal?» data de 1970 (6) y tiene como referencias principales la «Fundamentación del Proyecto de Código Penal alemán de 1962» y el «Proyecto alternativo», elaborado por Baumann y otros, así como los trabajos aparecidos con este motivo en Alemania y en España. En Suecia, la polémica se suscitó también en torno al Código Penal de 1962, como queda de relieve en las obras de Alf Ross «The Campaign against Punishment» (7) y «Skyld, Ansvar og Straf» (8). En Inglaterra, por citar otro ejemplo significativo, el debate sobre la pena de muerte, junto a las propuestas de reforma elaboradas por la British Medical Association, son el marco de referencia de la obra de Bárbara Wootton (9) (con la que principalmente debatiría Alf Ross), mientras que el Informe de la Comisión Wolfenden de 1957 da lugar a la intervención de lord Patrick Devlin, «The Enforcement of Morals», y a los trabajos de H. L. A. Hart «Inmorality and Treason» y «Punishment and responsibility» (10).

La peculiaridad en este último período de la discusión reside en la interferencia activa de científicos ajenos al mundo jurídico, principalmente psiquiatras, psicólogos y sociólogos (11), y, junto a ello, en que las consecuencias finales de la crítica al principio de culpabilidad llegarían más lejos que en las discusiones anteriores: llegarían hasta proponer la desaparición de la pena y, por tanto, del Derecho penal llevando a sus últimas consecuencias los presupuestos que en su día formulara la Escuela Positiva. Como dice Gimbernat: «La crisis de la idea de la culpabilidad trae consigo la de la pena; y sin

(6) E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la Dogmática Jurídicopenal?*, en «Estudios de Derecho penal», Civitas, Madrid, 1981, pp. 105-130.

(7) A. ROSS, *The Campaign against Punishment*, Scandinavian Studies in Law, vol. 14, 1970, pp. 109-148.

(8) A. ROSS, *Skyld, Ansvar og Straf* (Culpa, responsabilidad y pena), Berlingske Forlag, Copenhagen, 1970.

(9) Las obras de Bárbara Wootton a las que se dedica el trabajo de Ross son *Social Science and Social Pathology*, de 1959, y *Crime and the Criminal Law*, de 1963.

(10) PATRICK DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1975. H. L. A. HART, *Inmorality and Treason*, en «The Philosophy of law», Oxford University Press, Oxford, 1977. *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968.

(11) E. GIMBERNAT, *¿Tiene...?*, *cit.*, p. 107: «De nuevo estamos asistiendo, por consiguiente, a la venerable polémica enriquecida ahora por los conocimientos de la nueva sociología y del psicoanálisis (cuyas tesis centrales encuentran una aceptación cada vez más amplia)...» A. ROSS, *The Campaign...*, *cit.*, p. 111: «In our days, the programme's adherents are to be found mainly among psychiatrists, psychologists, sociologists, and other experts with a "scientific" outlook...»

pena no puede haber Derecho penal, y sin éste tampoco una Ciencia del Derecho penal en sentido tradicional» (12). O, como dice Alf Ross: «El sistema tradicional, que basa la punibilidad en la retribución por la culpa, debería ser reemplazado, conforme a este punto de vista, por un sistema diseñado como un instrumento de higiene social preventiva» (13).

Para Gimbernat, el objetivo ha sido combatir este «efecto dominó», es decir, demostrar que la existencia del Derecho penal no depende del principio de culpabilidad. De acuerdo con su teoría, la caída del principio de culpabilidad no arrastra consigo la caída de la pena, ni del Derecho penal, ni, por ello, de la Dogmática Jurídico-penal. Para Ross, el objetivo era, en cierto sentido, el contrario: combatir los presupuestos pseudocientíficos que fundamentan la crítica del principio de culpabilidad, es decir, demostrar que ningún requerimiento científico exige excluir el principio de culpabilidad y que, por el contrario, es éste un principio básico para el Derecho penal (14).

La tesis de Gimbernat es plenamente convincente en su parte positiva, esto es, en la defensa de la posibilidad de fundamentar suficientemente la pena, el Derecho penal y la Ciencia del Derecho penal sin recurrir al principio de culpabilidad. Lo cual podemos suponer que dejará tranquilos a los juristas.

Pero se equivoca al asumir como una necesidad científica la negación de la culpabilidad, y se equivoca también al pensar que el único riesgo de esta negación reside en el «efecto dominó» que él rebate. La tesis de Ross es, por otra parte, concluyente al señalar cuál es el verdadero peligro de la negación del principio de culpabilidad, y al demostrar su innecesidad científica. Esto significa que ambas tesis podrían resultar compatibles al rebatir distintas consecuencias del determinismo.

5. Gimbernat rechaza con suficiente fundamento las imputaciones hechas por la doctrina clásica del libre albedrío contra la Escuela Positiva y las nuevas formas de determinismo. Efectivamente, de la negación del libre albedrío no se derivarían necesariamente la crueldad ni la arbitrariedad del Derecho penal (Gimbernat, pág. 111), y el Derecho penal puede encontrar otros apoyos valorativos; y no es nada despreciable el argumento de Gimbernat sobre la crueldad y arbitrariedad del Derecho penal en países dominados por el libre arbitrio, y la posición humanista de algunos cualificados negadores de

(12) E. GIMBERNAT, *¿Tiene...?, cit.*, p. 107.

(13) A. ROSS, *The Campaign..., cit.*, p. 117.

(14) A. ROSS, *The Campaign..., cit.*, p. 136: «The moral stigma of punishment must be assumed to be of particular importance for the ability of criminal legislation to influence current moral attitudes». La negación determinista de la culpabilidad parte, según Ross, «of the false assumption that it is impossible to formulate and apply a criterion of mental responsibility, an error stemming from exaggerated demands on the knowledge needed to make moral and legal judgements» (*ibidem*, p. 146).

él, como Bauer. En segundo lugar, es también concluyente el rechazo de Gimbernat a la presunción de que la negación de la culpabilidad traiga como consecuencia necesaria la invasión de la responsabilidad por el resultado (Gimbernat, pág. 122). Es en tercer lugar admisible que, sin apelar al principio de culpabilidad, pueda encontrarse un apoyo para defender la inimputabilidad de los enfermos mentales o los menores (Gimbernat, pág. 125), y es, por fin, admisible que el efecto inhibitor de la pena pueda hasta un cierto punto mantenerse sin apelar a la culpabilidad (Gimbernat, pág. 115). Aunque en esta última cuestión rozamos el filo de la navaja, es decir, cuál es el alcance del efecto inhibitor que pretendemos atribuir al Derecho penal.

Donde he de separarme abiertamente de las contestaciones de Gimbernat es en tres puntos: *primero*, en que sea una exigencia científica la negación de la culpabilidad en base a las aportaciones del psicoanálisis y demás «científicos empíricos» (Gimbernat, pág. 110), o, lo que es lo mismo, que esté fundada la afirmación de Schmid en el sentido de que «una criminalidad que tiene causas y una constatación de la culpabilidad son incompatibles» (citado por Gimbernat, pág. 106). *Segundo*, en que cuando afirmamos el principio de culpabilidad, exigimos que el juez tenga por demostrado en cada caso concreto que el agente ha actuado con absoluta libertad, lo que según Gimbernat es imposible ya que ni siquiera podría afirmarlo el psicoanalista tras años de tratamiento (Gimbernat, págs. 109 y 110). *Tercero*, y el más importante: en que el mayor efecto inhibitor en la conciencia de los ciudadanos se consiga prescindiendo del principio de culpabilidad, o, dicho en otras palabras, que la pena sin culpabilidad sea más razonable y menos irracional que la pena con culpabilidad (Gimbernat, pág. 115).

6. En relación con el primer aspecto, creo que el punto de partida de Gimbernat se basa en la recurrente confusión entre la ciencia del Derecho y su objeto: el Derecho como sistema normativo. Parece que la Ciencia del Derecho penal quiere, una vez más, descontaminarse de juicios de valor para autoafirmarse «científicamente» (15).

La cuestión estriba en que apelar a la culpabilidad o no hacerlo, suponer el libre albedrío como base de un reproche moral o suponer simplemente el peligro de la conducta como base de una medida inhibitoria, son opciones que se realizan a nivel del objeto, esto es, al nivel del sistema normativo penal como condiciones de justificación. Las condiciones de justificación del sistema normativo no son transferibles a las condiciones de verificación de la ciencia que estudia sistemáticamente la composición y funcionamiento de tal sistema normativo. Del mismo modo que un tratado antropológico no es menos científico porque sistematice y explique el sistema de relaciones huma-

(15) Sobre el carácter de la Ciencia del Derecho me he ocupado en *El realismo jurídico escandinavo*, F. Torres, Valencia, 1981, pp. 201 y ss.

nas en una sociedad primitiva, y más científico si —hipotéticamente— nos explicara la composición y funcionamiento de «Walden II» o del «Mundo Feliz», lo mismo ocurre en la Ciencia Jurídica (16). Mi convicción es que la Dogmática Jurídicopenal con las funciones que le atribuye Gimbernat (Gimbernat, págs. 127 a 129) (17) no sería más ni menos científica por interpretar un sistema normativo que apele a la culpabilidad que por interpretar un sistema normativo que sólo apele a la utilidad o a la defensa social (el mismo Gimbernat, pág. 129, afirma que lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias).

Pero además, la tesis es inconcluyente porque se niega a sí misma. Gimbernat rechaza como herejía metafísica la apelación al libre albedrío (pág. 108), pero admite que «se puede negar la posibilidad de demostrar la libertad de decisión en el caso concreto y, no obstante, afirmar la dignidad de la persona y la idea del Estado Liberal de Derecho» (pág. 111). Parece que al cerrar la puerta a una afirmación valorativa, se abren las ventanas a todas las demás. Porque el Profesor Gimbernat tendrá que admitir, y con él todos los deterministas, que no ha existido, existe ni existirá ciencia alguna que fundamente empíricamente la dignidad humana. Es más, si el psicoanálisis nos hace dudar del libre albedrío, la Antropología, la Historia y la Sociología deberían hacernos dudar con mayor fundamento de la libertad, de la igualdad o de la interdicción de crueldad entre los hombres, es decir, de la dignidad humana.

Estas consideraciones debieran ser suficientes para resituar el problema de la culpabilidad donde tiene realmente su sede: en la relación del Derecho penal con los valores.

Esto permite establecer una primera conclusión: tiene razón Gimbernat cuando afirma que la negación del principio de culpabilidad no arrastra consigo la negación de la pena, del Derecho penal y de la Dogmática Jurídicopenal. Pero hay que sostener, en contra de su tesis, que afirmar el principio de culpabilidad no es incompatible con la constatación de que la criminalidad tenga causas y que no constituya ninguna base irracional para el Derecho penal ni para la Ciencia del Derecho penal. Para el Derecho penal constituye una base valorativa, no necesariamente irracional. Para la Ciencia del Derecho penal es absolutamente indiferente.

7. El segundo aspecto se refiere a la imposibilidad «de demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido un determinado delito» (pág. 109), lo que constituye, según el punto de vista que critico, una batalla perdida y una provocación a los especialistas.

(16) Véase la conocida proyección caricaturesca de ALF ROSS, en *Tü Tü*, Abeledo, Buenos Aires, 1961.

(17) Véase también, y en el mismo sentido, N. LUHMANN, *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983 (ORIG. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1974).

Efectivamente, la demostración de la libertad de la voluntad como dato empírico sería imposible en abstracto y en concreto, pero no es eso lo que pretende la afirmación del principio de culpabilidad. Lo que, por el contrario, significa es que el juez, al condenar a un inculpado imponiéndole una pena prevista por la ley penal, *trata al imputado como si fuera un ser racional y libre*, como si tuviera una conciencia a la que dirigir un reproche moral contenido ya en la norma. El sistema penal así concebido, y el juez al aplicarlo, parten de la libertad de albedrío de todos los hombres normales, y sitúan como excepción la inimputabilidad de algunos (menores, dementes) o la inimputabilidad de cualquier persona en determinadas circunstancias que le eximen de culpabilidad (ciertas circunstancias eximentes). El libre albedrío actúa así no como un dato empírico que el juez debiera comprobar, sino como un presupuesto valorativo general del sistema que *convierte a la reacción penal en un reproche con contenido moral*.

Esta opción valorativa tiene límites que nadie parece discutir, como el caso de los dementes, pero tiene límites puramente convencionales, como demuestra paradigmáticamente la diferencia con que cada sistema penal resuelve la minoría de edad penal.

En conclusión, hay un error en la tesis de que libre albedrío es indemostrable en el caso concreto, porque el tratar a los hombres como seres libres es un presupuesto valorativo general que no exige demostración o prueba en el caso concreto, más bien exige demostración en el caso concreto la negación del libre albedrío (18).

También en este aspecto la tesis de Gimbernat es inconcluyente porque afirmar la dignidad de la persona o su igualdad ante la ley deberían exigir en el caso concreto —de acuerdo con idéntica tesis— que el juez comprobase empíricamente que el inculpado tiene dignidad, lo que evidentemente es imposible.

8. Finalmente, hay que abordar la última discrepancia que sostengo. Aclaradas las cuestiones anteriores, se presenta como una mera opción valorativa respecto a la función del Derecho penal el concebirle como sistema de medidas inhibitorias para la defensa social o concebirle como un sistema de sanciones que contienen reproche moral apelando a la culpabilidad.

Imaginemos que un padre con unas profundas convicciones laicas y científicas llegara a la conclusión de que es incapaz de decidir en términos absolutos cuándo sus hijos actúan culpablemente o no, ya

(18) «Todas y cada una de las condiciones que la ley requiere para poder estimar la exención de responsabilidad criminal, son condiciones de excepción que necesitan probarse bien por resultado de los hechos tales cuales se conceptúan justificados, bien por virtud de declaración expresa y especial del Tribunal "a quo"» (Tribunal Supremo, sentencia de 23 de febrero de 1891). «Las causas de exención de responsabilidad, como excepciones del principio de la intencionalidad del agente, que siempre se presume, han de constar probadas en toda su integridad...» (Tribunal Supremo, sentencia de 1 de febrero de 1894). En este sentido la Jurisprudencia ha sido constante.

que la conducta de éstos viene obviamente determinada por multitud de factores genéticos y sociales que escapan a su control y a su conocimiento. Decide entonces prescindir de todo sentimiento de culpabilidad y, con el único propósito de que la vida familiar funcione, establece una serie de medidas mecánicas para disuadir a sus hijos de ciertas conductas. Aunque esto sea irrelevante, pudiera incluso darse el caso de que nuestro buen padre fuera un ferviente admirador de Skinner y llegara también a la conclusión de que los mejores elementos disuasorios, y los más disuasores por otra parte, consisten en un sofisticado sistema de pequeñas descargas eléctricas ante los actos no admisibles en la convivencia familiar.

Sea que llegue a este extremo o no, la cierto es que, si el método empleado es eficaz, sus hijos podrían llegar a tener un comportamiento perfecto, pero me temo que sus hijos nunca llegarían a tener conciencia moral; es decir, nunca llegarán a comportarse como hombres libres porque no fueron educados como hombres libres.

Posiblemente así sea más fácil reinterpretar hoy la obsesión de Kant por aclarar que el juicio de culpabilidad es un juicio sintético, y que la ley penal es un imperativo categórico. Con palabras de Kant: «Así, pues, si se supone la libertad de la voluntad, la moralidad surge a continuación por el mero análisis del concepto» (19).

Si no se supone la libertad de la voluntad, la moralidad no surge. Por tanto, la cuestión no es una cuestión metafísica ni científica, es una elección que tenemos que hacer sobre la función social del Derecho penal. La opción no es entre prevención y retribución, porque, como dice Ross, la idea de culpa y de responsabilidad moral no es alternativa a la prevención, «porque la desaprobación (o el reproche cuando se expresa directamente al acusado) es en sí misma una forma de conducta reactiva con una función (preventiva) de influir en la conducta... El castigo, incluso una multa, no se experimenta sólo como el precio a pagar por cometer un delito en la forma en que uno paga la entrada del cine. Debe asumirse que el estigma moral del castigo tiene una importancia particular en la capacidad de la legislación penal para influir las actitudes morales generales... el aspecto moral del sistema penal, la desaprobación moral que caracteriza a la pena es, a través de su influencia en los sentimientos y actitudes morales, de una significación decisiva para la función preventiva del sistema» (20).

Si una infundada urgencia científico-positiva lleva a alguien a optar por la desmoralización del sistema penal, deberá asumir que ha prescindido de educar moralmente a los ciudadanos mediante el Dere-

(19) E. KANT, *Cimentación...*, *cit.*, p. 136, y concluye KANT, afirmando que «tenemos que atribuir a todo ser dotado de razón y de voluntad esta propiedad de determinarse a obrar bajo la idea de libertad» (pp. 138-139).

(20) A. ROSS, *The Campaign...*, *cit.*, pp. 136-137.

cho, porque sólo «la capacidad de actuar espontáneamente, y de elegir entre alternativas; de tomar y mantener decisiones, de revisar las decisiones y cambiar racionalmente de opción, de sentirse culpable y de sentir orgullo por los éxitos... es lo que hace posible la moralidad» (21).

Ross concluye su discusión con Bárbara Wootton diciendo que mientras no se inventen píldoras anticrimen los juristas «tendrán que insistir en que son las fuerzas morales las que aglutinan la sociedad, y, por ello, que son esas mismas fuerzas las que la legislación penal debe intentar movilizar en la lucha contra el crimen» (22).

O dicho con palabras de MacCormick: «Permitamos que el Derecho se funde en la mera coerción, y todos seremos los perdedores» (23).

(21) MARY WARNOCK, *Ethics since 1900*, Oxford University Press, Londres, 1960 (reimpresión 2.ª edición 1971), p. 146.

(22) A. ROSS, *The Campaign...*, *cit.*, p. 147.

(23) NEIL MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 246.

El delito de violación: la conducta típica

AVELINA ALONSO DE ESCAMILLA

Profesora de Derecho penal de la Universidad de Alcalá de Henares

El objeto del presente estudio es proponer una reflexión, comparando la antigua regulación del delito de violación en el Código Penal, con la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

Se ha buscado como punto de partida el estudio jurisprudencial del antiguo delito de violación, centrándolo en tres sentencias del Tribunal Supremo, que quizá signifiquen una cierta evolución en el tratamiento de la violación, cuando han surgido nuevas manifestaciones de la conducta típica, como son la penetración anal y la oral. Como se sabe, y en relación con estas figuras, el Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo elevó una exposición detallada al Gobierno, a través del Ministro de Justicia y en uso de la facultad que confiere al intérprete de la ley el artículo 2, párrafo segundo, de nuestro Código Penal, razonando la incriminación más severa de tales hipótesis del antiguo delito de abusos deshonestos. También resultará ilustrativo el tratamiento que, tanto el Proyecto del año 1980 como la Propuesta de 1983, confieren a la penetración anal, que configuran como una figura intermedia entre la violación propiamente dicha y el delito de abusos deshonestos.

Terminaré este modesto estudio con una referencia al Anteproyecto de Ley Orgánica de actualización del Código Penal, en el que se contenían subtipos del delito de violación, posibilidad que desaparece en el Proyecto, aunque determinadas enmiendas del Grupo Parlamentario Socialista han conseguido un texto definitivo que contempla diversas manifestaciones de la conducta típica. Merece la pena resaltar ya desde el principio cómo dichas enmiendas se presentan en el Senado, por el Grupo Parlamentario referido, sin que ni el Consejo General del Poder Judicial ni los propios redactores del Anteproyecto hayan podido opinar sobre el texto definitivo.

Quizá en la actualidad el número de ataques sexuales que se cometen es menor, en proporción a la densidad de población, y, aun

en números absolutos, a cualquier época pasada, pero lo que es más importante, la publicidad, las detenciones y las condenas, y, sobre todo, la repulsa de la sociedad crece constantemente. Ese paso de lo velado, lo oculto y lo vergonzoso a la conciencia pública es una muestra clara de cómo el respeto humano ha de ser un claro pilar de nuestra civilización. La solidaridad por parte de la sociedad ha de ser decisiva, para que progrese en el camino de la correcta incriminación de unos delitos especialmente brutales, odiosos e inhumanos; que tan sólo deshonran (en la antigua terminología de nuestro cuerpo legal) a quienes los cometen.

I. EL ANTIGUO DELITO DE VIOLACION
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.
ESPECIAL CONSIDERACION DE LAS SENTENCIAS
DE 1 DE JUNIO DE 1981, 20 DE MAYO DE 1985
Y 7 DE NOVIEMBRE DE 1987

Para el Tribunal Supremo, violación ha sido yacer y yacimiento se entendía como trato carnal entre hombre y mujer. Luego la referencia a la conducta heterosexual en el tipo condicionaba que el yacimiento se refiriera a la penetración vaginal (1). Esta ha sido la interpretación unánime jurisprudencial, aunque, como veremos a continuación, no exenta de controversia. A este respecto, he elegido las tres sentencias del Alto Tribunal mencionadas anteriormente y, precisamente, éstas porque pienso que quizá ponían de manifiesto una cierta evolución en el pensamiento jurisprudencial.

La primera (STS 1-6-1981), parte de un completo confusionismo creado en los propios hechos declarados probados por la Audiencia, al no pormenorizar en tal relato cómo y de qué manera se lleva a cabo la agresión a la víctima utilizando tan sólo un lacónico «obligó», que a lo que obligó es a casar la sentencia y dictar otra mucho más benigna en cuanto a la pena, por entender el Tribunal Supremo que no se había cumplido el tipo de la violación real y que a lo sumo estábamos ante un supuesto de estupro de prevalimiento. Veremos a continuación cómo en esta ocasión, además de yacimiento propiamente dicho, según la antigua regulación, hubo penetración anal. La segunda sentencia (STS 20-5-1985) se pronuncia sobre una violación, en la que ejercí la acusación particular en representación de la víctima, y en la que el Tribunal Supremo aplicó la agravante de ensañamiento porque durante dos horas la víctima soportó un brutal

(1) Cfr., entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 2-8-1984, 15-7-1985, 25-2-1986, 26-9-1986, 3-11-1986, 24-11-1986, 8-6-1987, 7-3-1988, 10-5-1988 y 27-5-1988.

(2) Aquí omite la sentencia referirse en concreto a los actos libidinosos que consistieron precisamente en penetración anal y oral.

ataque sexual, que incluyó violación propiamente dicha y también penetración anal y oral. La última sentencia (STS 7-11-1987) es la que motiva la exposición al Gobierno.

Los hechos probados de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1981 establecen «que el procesado, R. V. O., cuando se hallaba bajo los efectos de una fuerte intoxicación etílica y de sustancias estupefacientes, sobre las 22 horas del día 28 de noviembre de 1979, se acercó, en compañía de un amigo, a un vehículo estacionado en C., en cuyo interior se encontraba la joven M. B. L., de diecisiete años de edad, acompañada de su novio J. L. I., de veinte años, e introduciéndose el procesado en el vehículo les conminó a que lo llevasen a la playa de P., a lo que accedieron. En el trayecto el procesado se proveyó de un destornillador de las herramientas del vehículo, lo que utilizó como instrumento amenazador, y así ordenó durante el camino al conductor que parase y que comprara tabaco en un bar cercano y, al regresar éste a los pocos minutos diciendo que estaba cerrado, aprovechó esta oportunidad M. para darse a la fuga, pero fue perseguida y obligada a regresar al coche. Al llegar a P., el procesado volvió a ordenar a J. que fuese a buscar tabaco, esta vez con el coche, y al quedar solos “obligó” a M. a subir a unas rocas apartadas, donde abusó de ella, introduciéndole el pene en la boca, en el ano y en la vagina, desflorándola; a continuación bajaron a la carretera donde fueron encontrados, y detenido el procesado por la Guardia Civil, alertada por J.».

La Audiencia consideró los hechos como constitutivos de un delito de violación del artículo 429.1 del Código Penal, concurriendo en la conducta del acusado la atenuante de embriaguez no habitual como muy calificada e impuso una pena de seis años y un día de prisión mayor. Interpuesto el correspondiente recurso por la defensa, el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia y dictó otra por la que consideraba los hechos como constitutivos de un delito de estupro de prevalimiento del artículo 434.1 del Código Penal, aplicando la misma atenuante como muy calificada, e impuso una pena de seis meses de arresto mayor. En los Fundamentos de Derecho de la sentencia se establece «que sin que el *factum* delate una particular situación de riesgo o peligro inmediato para las personas del conductor y su novia... y, ciertamente que la noche, la soledad y la incierta y anormal situación creada facilitaron de hecho la acción del acusado con correlativa desventaja para la mujer... que no puede calificarse el gravísimo delito imputado... debe llevarse la conducta del acusado al campo de aplicación del párrafo primero del artículo 434 del Código Penal, en atención a que la persona agraviada es menor de dieciocho años...». En esta sentencia se pone de manifiesto cómo es del todo absolutamente necesario que los hechos probados establezcan con absoluta claridad y precisión la manera de llevarse a cabo la conducta típica. Aunque, en mi opinión la palabra «obligó» se podía

haber interpretado como sinónimo de fuerza o intimidación. Cuando te tienen que obligar a hacer algo, es obviamente porque no querías hacerlo. Pero hay además otra cuestión, y es que ni la Audiencia ni el Tribunal Supremo consideran dicha conducta constitutiva más que de un solo hecho delictivo (violación o estupro), cuando en los hechos probados sí se dice con absoluta claridad que además de yacimiento hubo penetración anal.

Los hechos probados de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1985 establecen «que entre las 4,30 y las 4,45 horas del 1 de agosto de 1981, J. A. G., de veinticuatro años, se dirigió a la calle C. para coger un autocar que la trasladaría a su lugar de trabajo como agente de taquilla del Metropolitano de Madrid. Tal autocar era habitualmente conducido por A. C. P. conocido de vista de la viajera. Cuando ésta se acercó al autocar, vio sentado en el asiento del conductor al que ha reconocido ser el procesado A. D. P., y extrañada le preguntó si no iba A., el conductor habitual, contestándole el proceso que iba él. Seguidamente ella subió al autocar y una vez dentro el procesado se arrojó sobre ella golpeándola, arrancándola la ropa, echándola después sobre los asientos traseros del autocar le oprimió el cuello con las manos y realizando el acto sexual completo, siguiendo después de realizado el acto carnal golpeándola y maltratándola durante unas dos horas, durante las que, teniéndola desnuda, continuó realizando actos libidinosos con ella (2), y golpeándola y maltratándola hasta que entre las 6,30 y 6,45 llegó A. C. P., al que se acercó J. A. G., y mientras éste la atendía el procesado aprovechó para huir. J. A. G. fue atendida en el Equipo Quirúrgico de Buenavista, donde le apreciaron “violación, desgarró profundo de vagina; intento de estrangulamiento, hematomas en diversas partes del cuerpo y epistaxis traumática”. El procesado ha sido condenado entre los años 1974 y 1980 a cuatro penas de arresto mayor y multa. J. A. G. sufrió una fuerte depresión nerviosa que impidió el tratamiento quirúrgico de sus lesiones y desgarró hasta el 17 de septiembre, tardando en curar otros catorce días».

La Audiencia consideró los hechos como constitutivos de un delito de violación del artículo 429.1 del Código Penal, concurriendo en la conducta del acusado las agravantes de ensañamiento, nocturnidad y reincidencia, imponiendo una pena de dieciocho años de reclusión menor. Interpuesto el correspondiente recurso para la defensa del acusado, el Tribunal Supremo confirmó en todos sus pronunciamientos la sentencia de primera instancia. La novedad que introduce esta sentencia es la aplicación de una agravante como el ensañamiento, que históricamente se había referido a los delitos contra la vida y la integridad personal. Evidentemente, como viví de cerca la tramitación y resolución de este asunto, tal planteamiento me consta surgió en el ánimo del juzgador como consecuencia del brutal ataque sexual que sufrió la víctima, ataque que como ya referí con anterioridad

incluyó, además de yacimiento, penetración anal y oral. Se planteó en aquella ocasión la necesidad de agravar (con el juego de las agravantes genéricas) la violación clásica como yacimiento, porque habían concurrido las hoy nuevas manifestaciones de la conducta típica (penetración anal y oral), que el Tribunal no quiso penar por separado, como debería haber hecho en una correcta incriminación. Me constan todas las críticas que se pueden hacer a la aplicación de la agravante de ensañamiento, respecto de la lesión del bien jurídico protegido libertad sexual, pero aun a riesgo de inexactitud técnica, esta sentencia supuso evidentemente, en mi opinión, un paso adelante. Aun utilizando la vía de la agravación que no era la correcta, sino la de su incriminación independiente.

Los hechos probados de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1987 establecen «que sobre las 0,20 horas del día 22 de julio de 1985, el procesado J. M. B., de veinte años de edad y sin antecedentes penales, abordó a I. L. H., de veinticinco años de edad, cuando ésta se introducía en el ascensor del inmueble donde vivía, tras haberle facilitado el acceso, al llamar aquél con los nudillos en el portal de entrada y creer ella que se trataba de un vecino, y una vez dentro del ascensor el procesado, que había pulsado un piso más elevado del que había pulsado la víctima, le conminó con una navaja a que la entregara el dinero que llevaba, consiguiendo apoderarse de 2.900 pesetas. A continuación y por espacio de unos veinte minutos, durante los cuales mantuvo el ascensor en movimiento de ascenso y descenso, y siempre bajo el amedrantamiento de la navaja, le hizo poner de rodillas, obligándole a chuparle el pene, y, rompiéndole con la navaja las bragas, le introdujo el miembro viril por el ano, estando ella agachada. A continuación, y al descender el ascensor a la planta baja por haberlo llamado un vecino, el procesado se dio a la fuga, perseguido por éste, a quien la ofendida alertó, siendo detenido por un funcionario de policía, habiéndose recuperado lo sustraído. La ofendida sufre un cuadro de reacción psicótica depresiva consecutivo a la agresión sexual sufrida que comporta la imposibilidad de disfrutar de los placeres de la vida cotidiana, insomnio, estado de ánimo totalmente deprimido, escaso rendimiento en el trabajo y temores a salir de casa y a coger el ascensor, necesitando tratamiento médico y psicoterapia de apoyo por tiempo no determinado. El procesado sufre una neurosis obsesiva de características fuertemente psicopáticas, con el resultado de un comportamiento antisocial, llevándole a una perturbación, siquiera no grave, de la mente en relación con los hechos de matiz sexual».

La Audiencia consideró los hechos como constitutivos de un delito de abusos deshonestos previsto y penado en el artículo 430 del Código Penal, concurriendo en la conducta del acusado las circunstancias modificativas de agravante de abuso de superioridad y atenuante de enajenación mental incompleta, a la pena de tres años de

prisión menor. Interpuesto recurso de casación por la representación de la acusación particular por infracción de ley por inaplicación del artículo 429.1 del Código Penal, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia, «acordando elevar al Gobierno de la Nación Exposición Motivada en orden a la promoción, si lo estima oportuno, de un Proyecto de Ley que parifique punitivamente el yacimiento natural con mujer producido contra o sin su voluntad, con los obtenidos en las mismas condiciones con personas de cualquier sexo».

Tal Exposición Motivada establecía lo siguiente:

«Excmo. Sr.:

Haciendo uso de lo prevenido en el artículo 2, apartado primero, del Código Penal, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene el honor de exponer a V.E. lo siguiente:

1. El respeto total e incondicionado al principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de nuestra Constitución, de larga, fecunda y firme tradición en España y en los países de nuestro entorno jurídico y cultural, obliga a considerar a la ley como única fuente del Derecho penal y, por consiguiente, a no realizar interpretaciones contrarias a su texto, mucho menos cuando el hacerlo pudiera suponer un desfavoramiento del inculpado.

2. No son infrecuentes los supuestos en los que han de enjuiciarse conductas que a la luz del texto legal han de calificarse inequívocamente de abusos deshonestos del artículo 430 del Código Penal y no de violación del artículo 429 del mismo texto legal a pesar de las gravísimas consecuencias de toda índole que tales hechos conllevan. Nos referimos principalmente al coito anal, que a pesar de sus connotaciones se viene considerando, tanto el heterosexual como el homosexual, como delito de abusos deshonestos en los términos acabados de indicar tipificados en el artículo 430.

3. La realidad social conformadora de la interpretación de las normas jurídicas, conforme el artículo 3.1 del Código civil, que tiene vocación generalizadora y *cuasi* constitucional y que alcanza en el campo penal una inferior proyección por cuanto acaba de indicarse, creemos que puede y debe servir también para intentar construir un sistema jurídico armónico y homogéneo, lo más próximo posible a las legítimas y generalizadoras inquietudes y exigencias de la Comunidad a la que sirve y a un principio de equilibrio en cuanto a los valores o bienes jurídicos protegidos y las penas a ellos asociadas.

4. La invasión sexual a través del coito en sus varias manifestaciones de una mujer o de un hombre, mediante la intimidación o la fuerza, acarrea unas consecuencias muy graves, de tipo físico a veces y, sobre todo, psíquico, como lo son las profundas depresiones y obsesiones que en ocasiones limitan o impiden una vida normal durante largo tiempo, a veces indefinido, según la edad y circunstancias del agraviado, y hasta incluso reacciones patológicas permanentes dentro de la personalidad de la víctima referida al sexo.

5. Esta situación, Excmo. Sr., viene proyectándose a mujeres y hombres. La propia terminología aceptada y asumida por el común

de las gentes se refiere a las violaciones como sinónimo de práctica sexual vaginal y anal, e incluso acaso de forma más distante bucal, y en este sentido los medios de comunicación ofrecen constantes ejemplos en orden a la gravísima situación de jóvenes internos en establecimientos penitenciarios y a los jóvenes en general de uno y otro sexo, que son objeto de prácticas como las que acaban de indicarse, son estigmas profundos, a veces irreversibles en cuanto gravísimo atentado a algo tan elemental y primario como lo es la libertad.

6. La diferencia punitiva entre la violación que lleva aparejada la pena de reclusión menor y los abusos deshonestos violentos que tienen asociada la de prisión menor, no parece que tenga suficiente justificación en estos casos.

7. La Propuesta de Anteproyecto de Código Penal que con una Introducción de V. E. se publicó en 1983, distingue con acierto el yacimiento con una mujer usando fuerza o intimidación o con mujer menor de doce años al que incorpora la pena de prisión de seis a doce años (art. 169.1 y 2); el yacimiento con una mujer privada de sentido o abusando de su enajenación, si no concurren las anteriores circunstancias, con prisión de cinco a diez años (art. 170); el acceso carnal con cualquier persona no previsto en los artículos anteriores, concurriendo alguna de las circunstancias en ellos señaladas, con prisión de cuatro a ocho años (art. 171), y, finalmente, al abuso sexual de cualquier persona, concurriendo alguna de las circunstancias expresadas en los artículos anteriores, en los que se impone la pena de prisión de seis meses a tres años, sin que como se deduce de lo expuesto contemple tampoco la situación que ahora se expone y eleva a la alta consideración de V. E. El problema queda, pues, a juicio de esta Sala, en esta importante Propuesta de Anteproyecto, sin resolver.

8. La doctrina científica aporta como siempre consideraciones de interés. Sin propósitos exhaustivos podemos citar, entre otras, las siguientes:

Bustos Ramírez estima que el sujeto activo de la violación sólo puede ser el hombre, ya que se exige el yacimiento que implica la realización del coito, y sujeto pasivo sólo puede ser la mujer. Ciertamente, dice se trata de una restricción discriminatoria, pues no se ve la razón para que la violación entendida como yacimiento no pudiera tener como sujeto activo a una mujer y como sujeto pasivo a un hombre. Tampoco se ve la razón para restringir la violación al yacimiento como coito y lo lógico sería extenderla a todo tipo de relación sexual semejante a la del coito heterosexual. El comportamiento implica una actividad heterosexual anal (*Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, pág. 134 y ss. Cfr. Carmona 1982, pág. 4 y ss., González Rus, pág. 338 y ss., citados por Bustos, que con razón critica esta restricción).

Luzón (*Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 1987, pág. 81) señala como elemento negativo del delito de abusos deshonestos que si el sujeto activo es el hombre y el pasivo la mujer, no haya ánimo de realizar el coito vaginal. El anal, dice, tanto homosexual como heterosexual, constituye este delito.

Rodríguez Ramos estima que la conducta en el delito de violación está expresada en el verbo "yacer", término equívoco que, sin embar-

go, es unánimemente interpretado como cópula o conjunción carnal (*Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, 1987, pág. 176).

Rodríguez Devesa estima que no pueden ser víctimas de este delito de violación los varones. En esto, dice la ley es terminante (*Derecho penal español. Parte Especial*, 1987, con la colaboración de Alfonso Serrano Gómez, pág. 177).

Desde el punto de vista jurisprudencial, la doctrina es uniforme y constante y no parece que hubiera otro camino dado el contenido del texto legal. Ni el ensanchamiento era ni es posible, porque vulneraría el principio de legalidad, ni tampoco cabía hacerlo en relación con las mujeres, porque hubiera representado un quebrantamiento del principio de igualdad. No caben en este punto interpretaciones correctoras en perjuicio del reo.

Esta Exposición no pretende otra cosa, Excmo. Sr., que llamar la atención del Gobierno sobre un problema que preocupa a la Sala por el número relativamente frecuente de casos de las circunstancias apuntadas y por las consecuencias especialmente graves, sociales e individuales, que estos hechos producen. La realidad social y lo que parece que son inquietudes y exigencias legítimas comunitarias se inclinan por una modificación legislativa en este sentido.

Todos los delitos que se cobijan en este Título son vulneraciones graves a la libertad sexual, salvo excepciones cualificadas, y, por consiguiente, parece oportuno que en su protección y punición se tengan en cuenta los efectos que cada uno de ellos produce.

Acaso fuera oportuno configurar dos modalidades delictivas: abusos graves a la libertad sexual, en la que se comprenderían las actuales violaciones de mujer por un hombre, que muy probablemente sigue conservando específicas connotaciones; el coito anal producido con víctima hombre o mujer, y aquellas otras agresiones brutales, como la introducción en vagina o ano de cualquier objeto capaz de provocar no sólo lesiones físicas muy graves, sino también gravísimas afecciones psíquicas como la Sala ha tenido oportunidad de conocer, hechos que se penarían (con efectividad superior a la actual) con prisión de ocho a diez años, por ejemplo.

Abusos menos graves que lo serían todos los demás (salvo los tipificados como faltas), que serían castigados con prisión de cinco a siete años, por ejemplo.

Por consiguiente, si existe desde el punto de vista social y en orden a sus efectos principales una evidente analogía, sino casi identidad en el hecho de unas y otras penetraciones violentas (y en este sentido puede citarse la opinión de Cobo del Rosal, Ferrer Sama, etc., además de los criterios ya citados, entre otros muchos), aunque no haya en sentido propio yacimiento o acceso carnal en su acepción más restringida, parece oportuno, y esto es lo que en definitiva eleva la Sala a la superior consideración de V. E., que se reflexione si los argumentos que hemos utilizado son válidos sobre oportunidad de llevar a cabo por vía legal, que no es otra que la de la ley orgánica, la correspondiente reforma para parificar en la pena este tipo de agresiones brutales y de extraordinaria gravedad para las víctimas y la propia sociedad, con secuelas físicas, psíquicas y morales de incalculable trascendencia.

distinguiéndolas de otro tipo de abusos o ataques a la libertad sexual que ofrecen sin duda un inferior rango y significación.

Como es bien conocido, el propósito de V. E. de preparar la presentación de un estudio definitivo de nuevo Código Penal de manera más o menos inmediata, la Sala, con esta Exposición y con cuantos problemas análogos se presenten ante ella, pretende contribuir dentro de sus posibilidades a ofrecer a V. E. a través del artículo 2 del Código Penal estas expresiones de su inquietud frente a problemas penales que al ser contemplados bajo el prisma judicial alcanzan a veces unas dimensiones y perfiles muy específicos.

Madrid, a 2 de noviembre de 1987.—Fdo.: Enrique Ruiz Vadillo.»

II. EL ANTIGUO DELITO DE VIOLACION PARA LA DOCTRINA CIENTIFICA. NUEVAS MANIFESTACIONES DE LA CONDUCTA TIPICA

No pretendo en este apartado hacer una detallada exposición doctrinal sobre la ya antigua figura de la violación en nuestro Derecho Penal y ello por dos motivos: el primero, porque hay excelentes trabajos y monografías sobre el tema (3), y el segundo, porque tampoco es el objeto del presente estudio tal exposición, sino un análisis divulgativo de la actual situación.

La Doctrina se ha mantenido casi unánime en cuanto a la interpretación de yacimiento como penetración vaginal, interpretación condicionada, como hemos dicho, por el propio tipo penal (4). Algún autor se ha pronunciado por una interpretación amplia del término yacimiento, como sinónimo de acceso carnal, lo cual no parece de todo punto acertado, máxime cuando el propio legislador ha empleado distinta terminología para referirse a uno (art. 429) u otro tipo penal (arts. 434 y 435) (5).

(3) Vid., entre otros, GONZÁLEZ RUS, *La violación en el Código penal español*, Granada 1982, y *El bien jurídico protegido en el delito de violación*, Salamanca 1982; ORTS BERENGUER, *El delito de violación*, Valencia 1981; Díez RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, Barcelona 1985, y *El Derecho penal ante el sexo*, Barcelona 1981; SAINZ CANTERO, *La reforma del Derecho penal sexual*, «ADPCP», 1978; CASAS NOMBELA, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en la PANCP*, «Revista Complutense», núm. 6, monográfico, Madrid 1983; GIMBERNAT ORDEIG, *La mujer y el Código penal español y Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español*, «Estudios de Derecho penal», Civitas monografías, Madrid 1976; CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, Bosch, 1981.

(4) Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 7.^a ed., Valencia 1988, quien afirma que «tanto del sentido literal del término "yacer", como de la referencia expresa al sujeto pasivo femenino, se deduce que el coito ha de ser heterosexual vaginal, quedando excluido del ámbito de la violación el coito anal».

(5) Vid. COBO DEL ROSAL, *La supresión del artículo 428 del Código penal de 1944 por el texto revisado de 1963*, «ADPCP», 1964, pp. 67 y ss., y GONZÁLEZ RUS, *ob. cit.*, «La violación...», p. 338, quien refiriéndose al coito vaginal y anal afirma que «son cavidades naturales en las que la penetración se produce de forma similar».

Muchos eran los problemas dignos de consideración que planteaba la antigua regulación de la violación. Para empezar el relativo a los sujetos de tal delito. Activo el hombre, pasivo la mujer, con todas las críticas que pudieran y debieran hacerse desde una perspectiva de «lege ferenda», pues ningún argumento podía resultar convincente para mantener tal discriminación que viola flagrantemente el artículo 14 de nuestra Constitución (6). En cuanto a la conducta típica, en la antigua redacción del artículo 429 sólo tenía cabida el coito vaginal heterosexual, aunque tal interpretación no hacía más que poner de manifiesto las incongruencias que se derivaban de no incluir el coito anal hetero y homosexual en el tipo de violación y sí, por ejemplo, en el de estupro.

La Doctrina se encuentra, sin embargo, dividida en cuánto al tipo de incriminación del acceso carnal heterosexual u homosexual, bien considerándolo una manifestación de la conducta típica, y como tal tipificándola y penándola como la violación clásica (7), bien como tipo intermedio entre la violación y el abuso deshonesto, con una pena también intermedia (8). Como veremos a continuación y con las salvedades que se apuntarán, tal es la postura mantenida por el Proyecto del 80 y la Propuesta del 83.

Se rechaza, sin embargo, por la Doctrina la ampliación de la violación hasta el coito oral por sus diferencias materiales y valorativas respecto del coito vaginal y anal y para obviar la imposibilidad de delimitar la violación y los abusos deshonestos como consecuencia de ampliar sin límite las manifestaciones de aquélla (9). Además se opina que tal supuesto es más una hipótesis de masturbación que de penetración sexual propiamente dicha (10).

(6) Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*, «La protección...», pp. 36-37.

(7) Vid. en tal sentido, entre otros, GONZÁLEZ RUS, *ob. cit.*, «La violación...», pp. 310 y ss.; SAINZ CANTERO, *ob. cit.*, p. 257; CARMONA SALGADO, *ob. cit.*, p. 98; CASAS NOMBELA, *ob. cit.*, pp. 220 y ss., y DÍEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*; «La protección de la libertad sexual», p. 43, quien afirma, «comparto las tesis que propugnan equiparar de "lege ferenda" el coito anal al vaginal. A las razones ya mencionadas añadiría que tal coito es el que en las relaciones homosexuales equivale en significado al coito vaginal en las heterosexuales».

(8) Vid. ORTS BERENQUER, *ob. cit.*, p. 103, quien mantiene tal posición intermedia afirmando que el coito vaginal comporta unos mayores efectos, siendo principal tal manifestación de la sexualidad.

(9) Así argumenta DÍEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*, «La protección...», p. 43, y muy recientemente VALENCIA, *El caso de la «fellatio in ore» como materia de un delito sexual*, «Derecho penal y criminología», núm. 37, 1989, p. 123, quien hablando del «coito bucal» dice: «El agente no realiza, desde el punto de vista naturalístico ni penal, un acto de penetración carnal, ya que la boca no está destinada, fisiológicamente hablando, a la recepción del pene ni a originar un acomplamiento anatómico.»

(10) Cfr. CARMONA SALGADO, *ob. cit.*, p. 93, y GONZÁLEZ RUS, *ob. cit.*, p. 339. En la Doctrina extranjera, cfr. MAGGIORE, *Derecho penal, Parte Especial*, Vol. IV, Bogotá 1955, p. 60.

III. EL DELITO DE VIOLACION EN EL PROYECTO DE 1980 Y EN LA PROPUESTA DE 1983

PROYECTO DE LEY ORGANICA DE CODIGO PENAL DE 1980

LIBRO II. TITULO III. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Capítulo I

De la violación y de los abusos deshonestos violentos

Artículo 200.—Será castigado con la pena de prisión de seis a doce años el que yaciere con una mujer usando fuerza o intimidación.

Artículo 201.—Será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años el que, no concurriendo las circunstancias expresadas en el artículo anterior, yaciere con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:

1.º Cuando la mujer se hallare privada de sentido o abusando de su enajenación, y

2.º cuando fuera menor de doce años cumplidos.

Artículo 202.—El que tuviere otra clase de acceso carnal con cualquier persona, concurriendo alguna de las circunstancias de los artículos precedentes, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

Artículo 203.—El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en los artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, atendida la gravedad del abuso o las circunstancias del hecho y del ofendido.

ANTEPROYECTO DE LEY ORGANICA DE CODIGO PENAL DE 1983

LIBRO II. TITULO VI. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

Capítulo I

De la violación y de los abusos sexuales violentos

Artículo 169.—1.—Será castigado con la pena de prisión de seis a doce años el que yaciere con una mujer usando fuerza o intimidación. 2.—Con la misma pena será castigado el que yaciere con mujer menor de doce años.

Artículo 170.—Será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años el que no concurriendo las circunstancias expresadas en el artículo anterior, yaciere con una mujer cuando ésta se hallare privada de sentido o abusando de su enajenación.

Artículo 171.—El que tuviere otra clase de acceso carnal con cualquier persona no previsto por los artículos anteriores, y concurriendo

alguna de las circunstancias por ellos señaladas, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

Artículo 172.—El que abusare sexualmente de cualquier persona, concurriendo alguna de las circunstancias expresadas en los artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, atendida la gravedad del abuso o las circunstancias del hecho y del ofendido.

En primer lugar y como punto de partida, la valoración global que debe hacerse de ambos es positiva. Sobre todo porque se está intentando proteger por encima de todo la libertad sexual y además porque el legislador de ambos se plantea la incriminación de conductas heterosexuales y homosexuales desde un mismo plano y porque también se presta atención a nuevas manifestaciones de la conducta típica de violación, como es la penetración anal.

Aunque ésta es la cuestión central del presente estudio, sin embargo, no quiero dejar pasar el momento sin comentar el supuesto de violación de mujer menor de doce años, que el Proyecto del 80 y la Propuesta del 83 tipifican de distinta manera.

Efectivamente, para el legislador del 80, la violación real del artículo 200 es la más grave. A continuación y en el artículo 201 se tipifican conjuntamente las dos hipótesis de violación presunta (mujer privada de sentido o enajenada y menor de doce años), con pena menor que la que se impone según el artículo 200.

Sin embargo, para el legislador de la Propuesta del 83, se tipifican en un mismo artículo, el 169, la violación real y la de menor de doce años, siendo el artículo 170 el que regula el yacimiento con mujer privada de sentido o enajenada.

En mi opinión es más acertada la posición de la Propuesta, puesto que los yacimientos con menores de doce años son experiencias traumatizantes para el normal desarrollo de la personalidad y de la auto-determinación sexual, en base a la dependencia psíquica del menor respecto del mundo adulto y a su inmadurez afectiva, por lo que deben contenerse dentro del tipo más grave de la violación. Por ello se añade en la Propuesta del 83 a la rúbrica y junto a la libertad sexual, la indemnidad sexual. También acierta la Propuesta cuando cambia la rúbrica del Capítulo I, convirtiendo los abusos «deshonestos» de Proyecto, en abusos sexuales, y ello para adecuar obviamente las rúbricas del Título y del Capítulo. Aunque la palabra «violentos», en mi opinión no es del todo adecuada en relación con las hipótesis de los abusos sexuales, ya que éstos, según el tipo penal, han de realizarse con las circunstancias de la violación. Y en ésta hay tres subtipos, uno de violación real (arts. 200 y 169.1 del Proyecto y Propuesta, respectivamente), que es la genuina violenta, y dos de violación presunta; es decir, sin intervención de fuerza o intimidación (arts. 201 y 169.2 y 170 del Proyecto y Propuesta, respectivamente).

La cuestión ha de centrarse, sin embargo, en los tipos que contienen los artículos 202 del Proyecto del 80 y 171 de la Propuesta del 83. Dichos artículos contemplan el tipo intermedio (penetración anal heterosexual y homosexual). Diversos autores opinan, sin embargo, que la «violación» heterosexual y homosexual deberían tener la misma consideración en cuanto a tipo y pena (11).

En mi opinión, creo más acertado y mejor técnicamente distinguir el yacimiento heterosexual vaginal del acceso carnal anal heterosexual y homosexual, porque aunque esta opinión se enfrente a la grave objeción que suponen los accesos carnales homosexuales con menores, el «yacimiento» siempre comporta el riesgo de un posible embarazo, y esto es algo que le importa al legislador y prueba de ello es la indicación ética que exime de responsabilidad a la mujer que lleva a cabo un aborto, cuando su embarazo es como consecuencia de violación.

IV. EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGANICA DE ACTUALIZACION DEL CODIGO PENAL. TIPOS Y SUBTIPOS DEL DELITO DE VIOLACION. INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL AL ANTEPROYECTO. EL PROYECTO DE LEY ORGANICA Y LA DESAPARICION DE LOS SUBTIPOS

En su Exposición de Motivos, la Comisión explicaba que «cumpliendo recomendaciones de los tribunales, se modifica el delito de violación a fin de dar la adecuada respuesta a determinados accesos carnales violentos, cuya simple punición como abusos deshonestos resulta claramente insuficiente».

Como consecuencia, el texto del Anteproyecto contenía la siguiente redacción:

ARTICULO SEXTO

El Capítulo I del Título IX del Libro II del Código Penal queda redactado como sigue:

Capítulo I

De la violación y de los abusos sexuales

Artículo 429.—Será castigado con la pena de reclusión menor el que yaciere con una mujer usando fuerza o intimidación.

(11) Vid., por todos, CASAS NOMBELA, *ob. cit.*, pp. 220 y 221, quien hace una muy detallada exposición del problema.

Con la misma pena será castigado el que yaciere con mujer menor de doce años.

Artículo 430.—Será castigado con la pena de prisión mayor en sus grados medio a máximo el que, no concurriendo las circunstancias expresadas en el artículo anterior, yaciere con una mujer cuando ésta se hallare privada de sentido o abusando de su enajenación.

Artículo 430 bis.—El que tuviere acceso carnal con cualquier persona, no previsto en los artículos anteriores, y concurriendo algunas de las circunstancias por ellos señaladas, será castigado con la pena de prisión mayor.

Artículo 430 bis a).—El que abusare sexualmente de cualquier persona, concurriendo alguna de las circunstancias previstas en los artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión menor.

Como se vé, en el Anteproyecto se siguió la técnica empleada por el legislador del Proyecto del 80 y de la Propuesta del 83, creando un tipo intermedio (430 bis), para la hipótesis de la penetración anal.

El texto inicial fue pasado a Informe por parte del Consejo General del Poder Judicial, informe que se pronunció en el siguiente sentido:

«De conformidad con su contenido y por coherencia con la modificación que se introduce en la rúbrica de su Capítulo I, la rúbrica del Título IX del Libro II del Código Penal debería ser “De los delitos contra la libertad sexual”.

El Capítulo I del Título IX del Libro II del Código Penal que trata “De la violación y de los abusos sexuales”, también presenta algunas modificaciones de consideración. En el artículo 429 se castiga la violación de una mujer usando fuerza o intimidación o cuando fuere menor de doce años; pero el otro supuesto tradicionalmente comprendido en el precepto, el yacer con una mujer cuando se hallare privada de sentido abusando de su enajenación, ha pasado a integrar una figura de penalidad atenuada en el artículo 430. No obstante, parece aconsejable introducir una matización en este ámbito e incluir el caso en que el agente hubiera provocado la privación de sentido de la víctima dentro de la penalidad grave del artículo 429.

El nuevo artículo 430 bis, que se refiere al que tuviere con cualquier persona otro tipo de acceso carnal, requiere algunas precisiones. La palabra tipo que emplea el precepto tiene un significado técnico-jurídico muy concreto en Derecho penal, por lo que puede resultar equívoca; se debería sustituir por algún sinónimo como “forma”, “clase”... La redacción no es excesivamente concreta y puede suscitar dudas en orden a si se refiere sólo a la penetración anal o puede abarcar otros supuestos de acceso carnal.

Tanto el mencionado artículo 430 bis, como el artículo 430 bis a), que regula los abusos sexuales, se definen con referencia a las circunstancias que han de concurrir en la violación conforme a los artículos 429 y 430, pero no aplican la diferenciación de penalidad que se establece en estos últimos, lo cual puede entrañar una contradicción. Se propugna, pues, que se instaure una penalidad atenuada cuando

el acceso carnal del artículo 430 bis o los abusos deshonestos del artículo 430 bis a) se efectuasen en una persona privada de sentido o abusando de su enajenación, siempre que la privación de sentido no hubiera sido provocada por el sujeto activo del delito.»

Véase en relación con el texto del Anteproyecto, cómo se tuvo en cuenta la indicación del Consejo sobre la redacción inicial del 430 bis, que contenía al principio la expresión «el que tuviere otro tipo de acceso carnal». Quizá la decisión de suprimir completamente tal referencia ha desembocado en una redacción poco afortunada. En mi opinión, podría haber quedado como sigue: «Cualquier otro acceso carnal con persona de uno u otro sexo...»

No se tuvo en cuenta, sin embargo, la observación plenamente acertada en relación con el desglose del tipo de violación clásica (art. 429 antiguo) en los propuestos 429 (con fuerza o intimidación o de mujer menor de doce años) o 430 (violación de mujer privada de sentido o abusando de su enajenación), con sus correspondientes penas, más grave en la primera hipótesis que en la segunda, para reflejarlo cuando pasamos al tipo del 430 bis, que se refiere al acceso carnal, pienso, como sinónimo de penetración anal. Pues bien, esta diferencia en cuanto a la gravedad y duración de la pena que ha importado al legislador para desglosar en tipo (429 y 430) y pena (reclusión menor y prisión mayor), ha de importarle también, si quiere ser congruente consigo mismo cuando salta al tipo siguiente (430 bis).

Evidentemente se ha de distinguir en el 430 bis lo que se distinguió con anterioridad en los 429 y 430. En mi opinión, el 430 bis debería contemplar en su redacción cualquier otro acceso carnal con persona de uno u otro sexo, no previsto en los artículos anteriores, pero realizado con alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 429, y referirse a continuación al supuesto del artículo 430, a no ser que la privación de sentido haya sido provocada por el sujeto activo.

Es éste un momento que no puedo dejar pasar sin referirme críticamente a las penas que se prevenían y que se prevén tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/89 para este delito.

En primer lugar, la pena de la violación que se contiene actualmente en el Código Penal de reclusión menor es, a todas luces, desproporcionada, y ya se ha dicho muchas veces porqué. Vida y libertad sexual son dos bienes jurídicos protegidos distintos. El primero es el más importante sin discusión, y si el homicidio tiene en nuestro Código asignada una pena de reclusión menor, difícilmente se puede entender cómo la violación está castigada con esa misma pena. Porque «in extremis», al violador le va a compensar matar a su víctima para que no le denuncie.

Luego, aunque en este preciso momento social y político, es decir, por razones de política criminal, no «convenga» rebajar la pena de

la violación (decisión que se toma tanto en el Proyecto del 80 como en la Propuesta del 83), la crítica queda hecha.

Por lo que se refiere al artículo 429, éste habría de contemplar el yacimiento con una mujer usando fuerza o intimidación o con mujer menor de doce años con su correspondiente pena. A continuación se contemplaría tal yacimiento con una mujer abusando de su enajenación o cuando se hallare privada de sentido en artículo o apartado independiente, con pena inferior a la prevista para las dos primeras hipótesis, teniendo en cuenta además e incluyéndolo dentro del precepto, la posibilidad de que la privación de sentido haya sido provocada por el sujeto activo.

El artículo 430 bis del Anteproyecto, hoy desaparecido de la ley, contemplaría la penetración anal, debiendo contener esa misma estructura, distinguiendo si tal acceso carnal se consigue empleando fuerza o intimidación o con persona menor de doce años, o si lo es abusando de su enajenación o porque la persona se hallare privada de sentido, con la misma salvedad apuntada para el tipo de la violación, a saber, que la privación de sentido haya sido provocada por el sujeto activo.

Este tesis que mantengo para la correcta tipificación del acceso carnal, vía artículo 430 bis del Anteproyecto, se habría de mantener igualmente respecto del tipo de los abusos sexuales del correspondiente 430 bis a) del Anteproyecto, para el que propongo también la misma estructura en el tipo, con la salvedad tantas veces apuntada respecto de la privación de sentido provocada.

He analizado con anterioridad el texto del Anteproyecto, proponiendo ciertas modificaciones en conjunto del delito de violación y de abusos sexuales. La propuesta, en síntesis, es contar con tres tipos para la correcta incriminación de estas figuras delictivas.

En primer lugar, la violación propiamente dicha, como sinónimo de yacimiento vaginal heterosexual, como conducta más grave; en segundo lugar, el acceso carnal, en mi opinión como penetración anal heterosexual y homosexual como tipo intermedio, y, por último, los abusos sexuales que incluirían desde la penetración oral a la manipulación vaginal o anal con objetos, hasta cualquier otro abuso sexual imaginable, como tocamientos...

Pues bien, el texto del Anteproyecto, con los tres tipos de violación, acceso y abuso, ha desaparecido sin más del Proyecto, provocando las más variadas y airadas críticas desde los más diversos sectores de la sociedad, dando lugar a que el Grupo Parlamentario Socialista del Senado haya presentado diversas enmiendas al Proyecto, añadiendo al tipo originario de la violación las hipótesis de penetración anal y oral. Por supuesto, no puedo estar de acuerdo con semejante opinión, porque ya he argumentado suficientemente la mía, que es contraria a la que se mantiene desde el Senado.

V. LA LEY ORGANICA 3/1989, DE 21 DE JUNIO,
DE ACTUALIZACION DEL CODIGO PENAL

En el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989 (12) se establece: «La necesidad de una reforma de los llamados delitos “contra la honestidad” del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad. Una primera modificación se impone: respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión “honestidad” por “libertad sexual”, ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado. La modificación introducida en el Capítulo I del Título IX del Libro II supone incluir en el delito de violación, además del coito vaginal, el rectal y bucal; asimismo, con la nueva redacción, los sujetos pasivos pueden ser tanto hombres como mujeres. De esta forma se pretende que el tipo penal responda a la realidad de la dinámica delictiva actual. Por otra parte, la modificación propugnada no alcanzaría plenamente su finalidad si, en coherencia con todo lo anterior, no se modificara también el Capítulo VIII del Título VII.»

En los artículos 17 y 18 se contiene la materia objeto de este trabajo, regulándose de la siguiente manera:

«Artículo 17.—Las rúbricas del Título IX del Libro II del Código Penal y del Capítulo I de dicho Título, serán, respectivamente: “De los delitos contra la libertad sexual” y “De la violación y de las agresiones sexuales.”

Artículo 18.—Los artículos del Código Penal que a continuación se citan quedan redactados como sigue:

Artículo 429.—La violación será castigada con la pena de reclusión menor.

Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:

1.—Cuando se usare fuerza o intimidación.

2.—Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación.

3.—Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

Artículo 430.—Cualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas, será castigada con la pena de prisión menor. La pena será la de prisión mayor si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios.

(12) Cfr. *BOE* núm. 148 de 22 de junio de 1989, pp. 19351 y ss.

Artículo 436.—Se impondrá la pena de multa de 30.000 a 300.000 pesetas al que cometiere cualquier agresión sexual, concurriendo iguales circunstancias que las establecidas en los dos artículos precedentes.

Artículo 443.—Para proceder por los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal cuando se tratare de menores o incapaces.

En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esta clase.

Artículo 446.—Los comprendidos en el artículo precedente y cualesquiera otros reos de corrupción de menores en interés de tercero serán condenados también a la interdicción del derecho de tutela. Cuando la Autoridad Gubernativa tuviere conocimiento de la existencia de un menor de edad que se hallare en estado de prostitución o corrupción, sea o no por su voluntad, pero con anuencia de las personas que sobre él ejercieran autoridad familiar o ético-social o de hecho, o careciere de ellas, o éstas le tuvieren en abandono y no se encargaren de su custodia, lo comunicará de inmediato a la Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores y al Ministerio Fiscal, para que actúen de conformidad con sus respectivas responsabilidades.»

Como se ha visto, la ley cambia las rúbricas del Título IX y Capítulo I del Código Penal, estableciendo como bien jurídico protegido la «libertad sexual», libertad sexual que protege en su Capítulo I, de la violación y de las agresiones sexuales. La expresión «agresiones sexuales» sustituye a la primitiva del Anteproyecto de Ley Orgánica, «abusos sexuales», expresión que contempló ya la Propuesta del 83. En mi opinión era preferible la expresión «abusos sexuales», ya que agresiones es un término que pone de manifiesto una conducta violenta, luego significa lo mismo que significaba «abusos sexuales violentos» en la Propuesta del 83. Debería haberse conservado la expresión del texto del Anteproyecto de Ley Orgánica «abusos sexuales». Y ello porque el actual artículo 430 se está refiriendo, en relación con la conducta típica, a la «realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo (429) expresadas». Ya me referí anteriormente a esta cuestión, pero no está de más insistir en que el artículo 429, regulador de la violación, contiene un subtipo real (429.1), «cuando se usare fuerza o intimidación», pero también dos subtipos más de violación presunta (429, 2.º y 3.º), «cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación» o «cuando fuere menor de doce años cumplidos».

La Ley Orgánica 3/1989 contempla en su artículo 17 la nueva redacción del artículo 429, artículo que ha excedido con mucho las expectativas que había suscitado su nueva regulación.

En mi opinión, la redacción del actual artículo 429 del Código Penal es imperfecta por varios motivos. El primero de ellos, porque

el legislador ha decidido mantener los tres subtipos del delito en un mismo artículo con una misma pena. Anteriormente me mostré partidaria del desglose en dos artículos, uno que contemplara la violación real y la presunta de menor de doce años y otro que contuviera la violación de la persona privada de sentido o abusando de su enajenación, debiéndose tener también en cuenta si tal privación de sentido hubiera sido provocada por el sujeto activo. En segundo lugar, tampoco puedo estar de acuerdo con que se mantenga la pena de reclusión menor para el delito de violación, aunque supongo que se ha mantenido tal pena porque una vez más nos enfrentamos a un nuevo «parcheo» del Código Penal, sin que de verdad se afronte un nuevo texto legal. De cualquier manera, me muestro partidaria tanto de la dosimetría como de la estructura que se planteaba desde la PANCP, ya en el año 1983.

Además, el actual artículo 429 del Código Penal contempla en su dinámica comisiva «el acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal». Independientemente de la defectuosa técnica legislativa empleada (13), se han equiparado en tipo y pena conductas que en mi opinión tienen cierta graduación delictiva. Y si ya me mostré partidaria del tipo intermedio entre la violación y el abuso sexual, consistente en la penetración anal, igualmente me he de mostrar contraria a que se contemple en el mismo tipo penal el yacimiento y la penetración o acceso oral o bucal. Desde luego por entender que tal conducta se corresponde más con el tipo del abuso sexual que con el de la violación, pero también por intuir que tal tipificación lo va a hacer prácticamente inoperante, por lo que va a resultar des-criminalizada tal manifestación de la conducta típica del delito de violación. Si ha sido una opinión doctrinal conocida, la crítica sistemática a la pena gravísima de la violación, y si también nos consta la tremenda prudencia que aqueja al intérprete de la ley, cuando se trata de la imposición de penas largas privativas de libertad, evidentemente tendremos que esperar a ver cuál sea la aplicación que hagan los tribunales de este precepto, pero me cuesta pensar que una penetración bucal o un acceso carnal oral se vaya a castigar con una pena de doce años y un día a veinte años de duración.

Por lo que se refiere a la conducta típica, el artículo 429 contiene las siguientes manifestaciones: en primer lugar y en cuanto a las relaciones heterosexuales, tanto el yacimiento vaginal como el acceso carnal anal y oral; contemplando las relaciones homosexuales masculinas, se contienen tanto el acceso carnal anal como el oral; por último, y en relación con la conducta homosexual femenina, queda excluida propiamente del ámbito de aplicación del artículo 429, por no ser ima-

(13) Obsérvese la distinta terminología empleada por el legislador en la Exposición de Motivos (coito vaginal, rectal y bucal), carente de rigor técnico jurídico, y la que resulta en la letra de la ley (acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal).

ginable ni yacimiento ni acceso carnal alguno con sujetos activo y pasivo femenino. Luego los ataques a la libertad sexual femenina con tales sujetos, solamente tienen cabida en el artículo 430, tipo básico o cualificado, en el supuesto de que haya manipulaciones vaginales, anales u orales con objetos.

El artículo 430 del Código Penal se refiere a «cualquier otra agresión sexual». Aquí me vuelvo a referir a la inexactitud de tal manifestación, cuando a continuación se refiere el precepto a que ha de realizarse «con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo (429) expresadas».

Las manifestaciones de tal conducta típica son, en una interpretación «a sensu contrario» de los artículos 429 y 430, párrafo segundo, cualquier abuso sexual que no consista en «acceso carnal, sea por vía vaginal, anal o bucal», ni «en agresión que consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios», luego toda clase de tocamientos del sujeto activo sobre el pasivo, o de éste sobre aquél.

La pena del artículo 430, párrafo primero, es sustanciosamente inferior a la de la actual violación, pues de la reclusión menor de ésta, se pasa a la de prisión menor, por lo que se han mantenido las penas para estas conductas, idénticas a como se contenían en los antiguos artículos 429 y 430 (14). A continuación se refiere el precepto a un tipo cualificado al que asigna la pena de prisión mayor, «si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios». En relación con el contenido de este artículo, se está pretendiendo tipificar determinadas prácticas sexuales más graves en opinión del legislador, cuando se refiere el precepto a las manipulaciones vaginales, anales u orales (según la letra de la ley), con cualquier objeto o cuando se utiliza la imprecisa expresión «medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios», que ya veremos qué posible interpretación jurisprudencial se puede hacer de ella. Lo que parece estar pretendiendo calificar y cualificar el legislador son determinadas prácticas sadoomasoquistas que pueden añadir un mayor desvalor al delito, pero si es así, en mi opinión tales conductas deben agravarse, no con el tipo cualificado, sino con la agravante genérica de ensañamiento del artículo 10.5 del Código Penal, siempre que el sujeto activo pretenda atacar la libertad sexual de su víctima, con tal conducta delictiva.

(14) Curiosamente, entre la pena que corresponde a la violación, que es la de reclusión menor, y la pena asignada al abuso sexual, que es la de prisión menor, se encuentra la prisión mayor, que es precisamente la pena que se había establecido por los redactores del Anteproyecto de Ley Orgánica para el tipo intermedio de acceso carnal anal.

En cuanto a disposiciones comunes, el actual artículo 443 del Código Penal se refiere no sólo al delito de violación, sino también a los de agresiones sexuales, estupro y raptó. Dice el precepto en su segundo párrafo que el perdón del ofendido o del representante legal (comprendido, claro es, al ascendiente respectó del menor), o guardador de hecho, no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esta clase. Yo hubiera preferido una sola referencia a la responsabilidad penal.

Para terminar, he de criticar globalmente, por lo se refiere a la materia objeto de este pequeño estudio, la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, reforma que se fraguó en el Senado, sin pedir opinión ni al Consejo General del Poder Judicial ni a la Fiscalía General del Estado y a espaldas de quienes habían sido los redactores del inicial Anteproyecto, lo que sin duda ha provocado su defectuosa técnica legislativa.

Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado

ALFONSO CARDENAL MURILLO

Profesor Titular Interino de Derecho penal. Universidad de Extremadura (Cáceres)

I

La doctrina acepta, en términos generales, que existe delito cualificado cuando la pena se encuentra determinada por la ulterior producción de un resultado más grave, que se superpone a la realización de un delito base inicial. No resulta pacífico, sin embargo, el entendimiento de la relación en que deben hallarse resultado ulterior más grave y delito base, o el modo en que aquél ha de haber sido abarcado por el autor, ni de las posibles circunstancias concomitantes que convierten al delito cualificado en un delito de naturaleza distinta a la de aquellos otros por los que está configurado.

El concepto de delito cualificado por el resultado fue elaborado por la dogmática tradicional atendiendo a la concreta realidad positiva en que se hallaban descritos. Y es éste, sin duda, el motivo de que fuesen entendidos inicialmente, tanto en el Derecho comparado como en el Derecho español, a modo de construcción típica en la que se aceptaba que el resultado más grave pudiera ser imputado a título fortuito (1). Ello representaba una manifestación característica de la antigua responsabilidad objetiva, un reflejo del *versari* en las *partes especiales* de los Códigos penales modernos, que infringía sin duda el principio de culpabilidad, y que dio lugar a la tendencia gene-

(1) Vid., a título de ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, pp. 17-18; HUERTA TOCILDO, S., *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid, 1977, pp. 98 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, pp. 32 y ss.; cfr. también en la doctrina alemana anterior a la reforma de 1953, LÖFFLER, K., *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, 1895, pp. 268 y ss., con indicaciones bibliográficas en la nota 26; RADBRUCH, G., *Erfolgshafung*, en «Vergleichende Darstellung. A. T.», T. II, 1908, pp. 333 y ss.

ralizada favorable a una reforma que recondujese estos casos, así como cualquiera otra posible manifestación de responsabilidad objetiva, al respeto del mencionado principio. Es de todos conocida la exigencia formulada en este sentido por los autores alemanes anteriores a la 3.^a Ley de Reforma del Código Penal alemán (2). De igual modo, puede percibirse este mismo sentir en la doctrina española anterior a la reforma de 1983 (3).

Cuando, en 1953, se introduce en el Código Penal alemán el § 56 (actual § 18), la noción de delito cualificado por el resultado sufrirá una paralela transformación, al determinarse ahora que la *consecuencia especial* que determina una pena más grave ha de ser imputable al autor o al partícipe *al menos por culpa*. Ello obligará a excluir del concepto de delito cualificado los supuestos en que el hecho resultaba sólo imputable a título de caso fortuito. No obstante, la doctrina seguirá utilizando «inadecuadamente», si bien a conciencia, la misma terminología (4). Así, la doctrina alemana afirmará, prácticamente de modo unánime, que hay delito cualificado siempre que el hecho pueda ser encuadrado en el actual § 18, lo que significa reconocer *a priori*, desde un plano formal, cuatro posibles combinaciones entre

(2) MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, T. II, trad. por J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1957, pp. 43 y ss.

(3) Entre otros, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*. PG, Madrid, 1949, pp. 228 y ss.; PEREDA, J., *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, en «ADP», 1956, pp. 213 y ss.; QUINTANO RIPOLLES, A., *Curso de Derecho penal*, T. I, Madrid, 1963, p. 216; RUIZ VADILLO, E., *Desviaciones al principio «no hay pena sin culpabilidad» en el Código Penal español*, en «Libro Homenaje al R. P. Julián Pereda», núm. monográfico de la revista «Estudio de Deusto», 25-26, Bilbao, 1965, pp. 669 y ss.; DEL ROSAL, J., *Tratado de Derecho penal español. Parte General*, Vol. II, Madrid, 1972, pp. 165 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho penal español. Parte General*, 5.^a ed., Madrid, 1976, p. 375; CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal. Parte General*, Vol. II, 17.^a ed., Barcelona, 1975, p. 617.

(4) Algunos autores así lo han señalado, expresa o tácitamente, al proponer una nueva denominación para los casos a los que ahora resultaría aplicable el § 18 del StGB alemán o el artículo 1.2 del Código Penal español. Vid., a título de ejemplo, MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal*, trad. por J. Córdoba Roda, T. II, Barcelona, 1962, pp. 183, 228, etc., quien prefiere hablar de «delitos cualificados por el resultado culposamente causado»; aunque correcta la traducción de Córdoba, los términos empleados por Maurach: «durch hinzutretende Fahrlässigkeit qualifizierten Erfolgsverbrechen» (*Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Karlsruhe, 1971, p. 158) se corresponden literalmente con los de «delitos de resultado cualificados por imprudencia sobrevenida»; QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma...*, pp. 32 y ss., quienes consideran que la denominación de delitos cualificados es más apropiada para referirse a la problemática de la responsabilidad objetiva.

Otros autores, como STRATENWERTH, G., *Tendencias y posibilidades de una reforma del Derecho penal*, en «Política criminal y reforma del Derecho penal», Bogotá, 1982, p. 302, siguen refiriéndose con el término de «delitos cualificados» sólo a los casos (rechazables) en que el resultado ulterior es imputable a título fortuito o a imprudencia inconsciente, en el mismo sentido que se pronunciaron los autores del Proyecto Alternativo alemán (*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer T., Straftaten gegen die Person I*, Tübingen, 1970, p. 49).

el *delito base* y la *consecuencia especial* o resultado más grave (5): 1.º Tipo básico doloso y resultado cualificado doloso. 2.º Tipo básico culposo y resultado cualificado culposo. 3.º Tipo básico doloso y resultado cualificado culposo. 4.º Tipo básico culposo con resultado cualificado doloso (6), aun cuando esta última modalidad no ha sido considerada por el legislador en ninguna ocasión (7).

Desde una consideración material se ha alegado que la estructura típica (en sentido no técnico) de esta clase de delitos será la configurada por el tipo doloso, como delito base, y el tipo imprudente en cuanto a la consecuencia ulterior (8), única modalidad a la que hacen referencia las reflexiones que siguen, por considerarse la más utilizada en la práctica por el legislador, y aquella de la que la doctrina habitualmente se ha ocupado. Sólo una vez determinada la naturaleza de los casos de estructura dolo-culpa, procedería analizar las otras modalidades de delitos cualificados; no obstante, la extensión ya de por sí amplia de esta primera problemática, y la escasa relevancia práctica de las restantes modalidades, excusa en cierto modo prescindir de su estudio.

II

Un sector muy amplio de la doctrina penal alemana, con posterioridad a la reforma del § 56 StGB, se manifiesta partidario de admitir los delitos cualificados por el resultado en su concepción actual (el resultado más grave necesariamente debe ser abarcado al menos por culpa), dado que, una vez excluido conceptualmente el resultado fortuito, estos delitos se muestran completamente respetuosos con el prin-

(5) QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma...*, pp. 36-37, mantienen el cambio que la expresión «al menos, por culpa» no es más que un recurso lingüístico del legislador para establecer el requisito de la concurrencia de imprudencia, pero no el reconocimiento de la posibilidad de que se permita una modalidad de delito cualificado distinta de la combinación dolo-culpa. En contra de esta opinión, aunque de modo crítico respecto a la formulación legal del artículo 1.2, SUAREZ MONTES, R. F., *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2.º del artículo 1*, en «Comentarios a la Legislación penal (La reforma penal de 1983)», T. V, Vol. I, Madrid, 1985, pp. 43 y ss.

(6) Los autores alemanes aluden a todas estas modalidades, excluyendo la de estructura culpa-dolo. *Cfr.*, por todos, HIRSCH, H. J., *Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts*, en «*Goltdammer's Archiv für Strafrecht*», 1972, pp. 65-66; GÖSEL, K. H., *Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB*, en «*Festschrift für Richard Lange*», Berlin-New York, 1976, pp. 219-220 y 238-239, y DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Delitos calificados por el resultado y el artículo 3 del Proyecto de Código Penal de 1980 (I)*, en «ADP», 1982, pp. 629 y ss.; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, 3.ª ed., Madrid, 1985, p. 270, nota 47.

(7) DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos cualificados... (I)*, p. 629, nota 5.

(8) HIRSCH, H. J., *Zur Problematik...*, en «GA», 1972, p. 66; en análogo sentido, QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma...*, pp. 36 y 37.

cipio de culpabilidad (9). En España, tras la reforma de 1983, pese a resultar aún pronto para extraer conclusiones, parece prevalecer la tendencia a rechazar la técnica de los delitos cualificados (10).

El estado de opinión generalizado en Alemania no ha impedido que se hayan producido algunas críticas, basadas en la consideración de que en los delitos cualificados, pese a la exigencia de cuando menos culpa con respecto al resultado, sigue observándose un núcleo de responsabilidad objetiva (11). No existe, en opinión de algunos autores, una razón jurídica suficientemente fuerte que justifique la mayor

(9) Vid., por todos, OEHLER, D., *Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm*, en «Goldammer's Archiv für Strafrecht», 1954, p. 33; HIRSCH, H. J., *Zur Problematik...*, en «GA», 1972, p. 75; RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil*, T. I, Frankfurt, 1983, comentario al § 18, núm. marg. 1; RENGIER, R., *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, Tübingen, 1986, p. 60.

(10) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma...*, p. 35, quienes sustentan que sería más adecuado el recurso a la técnica concursal. El primero sigue manteniendo la misma opinión en su *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1986, p. 282; SUÁREZ MONTES, R. F., *Los delitos cualificados...*, p. 51, se muestra vacilante, pues si bien aquí se pronuncia partidario de la supresión, con anterioridad a la reforma, en su artículo *La preterintencionalidad en el Proyecto de Código Penal de 1980* (en «ADP», 1981, p. 824), lo había hecho a favor de la técnica de los delitos cualificados (cfr., también de modo vacilante, en *Los delitos cualificados por el resultado en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, en «Rev. Fac. de Derecho de la Univ. Complutense», monográfico núm. 6, Madrid, 1983, pp. 627 y ss. y en especial las pp. 639 y ss., donde por razones técnicas admite la conveniencia de conservar algunas modalidades de los delitos cualificados).

También con anterioridad a la Reforma, DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos cualificados por el resultado y el artículo 3 del Proyecto de Código Penal de 1980* (11), en «ADP», 1983, pp. 112 y ss., se pronunció en contra. En este mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, J., *El principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal*, en «Doctrina penal», 1984, pp. 655 y 657; OCTAVIO DE TOLEDO, E., y HUERTA TCHILDO, S., *Derecho penal. Parte General*, 2.^a ed., Madrid, 1986, pp. 113 y ss.; CEREZO MIR, J., *Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983*, en «La Ley» (4-04-1988), p. 4, columna 1.^a

Finalmente, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal suprime el actual artículo 1.2 (inciso segundo). Sin embargo, a pesar de inclinarse aparentemente por la tesis del concurso (cfr. SUÁREZ, R. F., *Los delitos... en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*, p. 620), acude aún en ocasiones a la técnica de los delitos cualificados, con el inconveniente de haber suprimido la fórmula del artículo 1.2 (vid., SUÁREZ MONTES, R. F., *Los delitos... en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal*, pp. 632 y ss. y 639).

(11) SUÁREZ MONTES, R. F., *Los delitos cualificados...*, p. 48; BLUME, E., *Erfolgsstrafrecht heute?*, en «Neu Juristische Wochenschrift», 1965, p. 1261; LORENZEN, C., *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, Berlin, 1981, pp. 162 y ss. Otros autores rechazan también la vigencia de los delitos cualificados, pero entendiéndolos sólo por tales aquellos en que el resultado es imputable a título fortuito o a imprudencia inconsciente, así STRATENWERTH, G., *Tendencias...*, y los autores del *Alternativ-Entwurf...*, *Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person* (Erster Halbband), 1970, p. 45.

Otros consideran que, pese a no infringir el principio de culpabilidad, sería más coherente con los principios que rigen la estructura de los códigos actuales no recurrir a la técnica de los delitos cualificados. Cfr. SCHUBARTH M., *Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1973, p. 767.

penalidad que estos delitos habitualmente prevén. Los partidarios de su mantenimiento alegan, por el contrario, que las penas impuestas, superiores a las que resultarían de añadir a la pena correspondiente al delito doloso la del delito culposo en relación de *concurso ideal*, se debe a la presencia en ellos de un injusto adicional que no puede ser abarcado con la mera aplicación de la normativa concursal; reconocen, sin embargo, que a veces las asignadas por el legislador resultan del todo excesivas, lo que, en ocasiones, podría dar lugar a dudas sobre si el principio de culpabilidad, aunque no infringido, quedaría plenamente realizado (12).

Podría incluso afirmarse, entrando en detalles, que de hallarse algún supuesto con una pena asignada superior a la que correspondería de aplicar el principio de proporcionalidad del sistema (13), habría que reajustar el marco penal en la medida en que se estimase necesario, para evitar la infracción del principio de culpabilidad. Consecuentemente, resultará obligado establecer, en atención a la naturaleza de los delitos cualificados y al principio de proporcionalidad, los límites dentro de los cuales le está permitido moverse al legislador, a menos que quiera infringir el principio de culpabilidad (si no en sentido formal, sí en sentido material) (14).

Los partidarios del mantenimiento de los delitos cualificados por el resultado fundamentan los marcos penales superiores en un injusto adicional que se advertiría en esta clase de delitos. Ello no significa necesariamente que en todos los casos a los que resulta formalmente aplicable el § 18 del StGB alemán o el artículo 1.2 del Código Penal español quepa apreciar este injusto adicional; puede ocurrir incluso que algunos de ellos, pese a contener dicho injusto adicional y pese a respetar las exigencias de los preceptos señalados, sobrepasen el marco punitivo que debería corresponder a su injusto, lo que al fin y al cabo podrá corregir el legislador. El problema que aquí se plantea es el de la legitimidad, en abstracto, de la técnica de los delitos cualificados, así como el de sus límites; no, en cambio, el estudio particularizado de cada una de sus modalidades y la crítica de su regulación individualizada.

Respecto a los supuestos de estructura dolo-culpa, señala Rudolphi que la pena resultante en el delito cualificado puede ser mayor que la que se obtendría de la mera adición entre la correspondiente al delito culposo y al delito base, dado que el resultado más grave es considerado como la realización de un riesgo contenido de modo ca-

(12) Vid. HIRSCH, H. J., *Zur Problematik des...*, p. 75; RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar...*, A. T., T. 1, comentario al § 18, núm. marg. 1.

(13) QUINTERO OLIVARES, G., *Acto, resultado y proporcionalidad (aportación a la reforma del Código Penal español)*, en «ADP», 1982, pp. 383 y ss.

(14) Vid. *infra* el apartado IV, donde se estudia la problemática de los «Límites del marco penal en los delitos cualificados por el resultado».

racterístico en el delito base (15). Dicho de otro modo, el autor que ha producido el resultado lesivo más grave por imprudencia, al ejecutar el delito base doloso, ha infringido un deber que sobrepasa el desvalor de acción contenido en la mera causación culposa del resultado más grave.

La consideración sobre el mayor desvalor de injusto que contiene la situación de riesgo es en principio correcta, siempre que —como hace el propio Rudolphi— se acentúe su relación con el delito doloso base; es decir, que, en atención al mayor peligro de que se produzca el resultado lesivo en determinadas situaciones «típicas» (lesiones-lesiones más graves), el legislador realiza una llamada de atención al autor del hecho base, imponiéndole un «especial deber» en orden a que preste una mayor atención para evitar realizar la situación de riesgo del resultado más grave, que tiene mayor probabilidad de producirse que en condiciones normales (16). Y este especial deber se ve infringido cuando el autor abarca subjetivamente los elementos objetivos que configuran la situación de riesgo, independientemente de que se haya o no representado en el caso concreto la producción del resultado ulterior. En cambio, si se prescindiera, al apreciar la situación de riesgo, de la conexión con el delito base, desaparecería la fundamentación del injusto adicional que determina la mayor gravedad de la conducta frente a la mera causación imprudente del resultado lesivo, porque entonces la situación de riesgo (apreciada subjetivamente por el autor) configuraría sin más el tipo de injusto del delito imprudente común.

Oehler (17) sitúa el fundamento de la mayor punición en el ámbito del delito doloso base, pues es el peligro (unido a la acción dolosa) para el objeto lesionado lo que determina la agravación de la penalidad en los delitos cualificados por el resultado. En definitiva, también hace recaer en el mayor desvalor de injusto el fundamento de mayor punición de estas conductas, sin que importe a estos efectos que, como ha señalado Díez Ripollés (18), se produzca la doble valoración de un mismo elemento del injusto (la situación de riesgo), una para fundamentar el mayor desvalor de acción en el delito doloso base y otra para configurar el injusto del delito imprudente (19).

(15) RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar...*, A. T., T. I, comentario al § 18, núm. marg. 1.

(16) En sentido análogo, HARDWIG, W., *Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt*, en «GA», 1965, p. 100. Sin embargo, debe rechazarse la idea que, al hilo de esta consideración, late en Hardwig, relativa a un *núcleo de verdad del versari*, la cual le llevará a afirmar que en estos delitos no hacía falta haber introducido la exigencia de imprudencia respecto al resultado ulterior (cfr., pp. 99 y ss.).

(17) OEHLER, D., *Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt*, en «ZStW», 1957, p. 514.

(18) DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos cualificados... (II)*, en «ADP», 1983, p. 109. Vid. *Infra*, donde se rechaza esta objeción de Díez Ripollés.

(19) OEHLER, D., *Das erfolgsqualifizierte Delikt...*, 1957, p. 512, si bien para él

Hirsch, que en buena medida sigue a Oehler, mantiene que, si en términos generales puede hablarse de delitos dolosos que contienen una peligrosidad general respecto a la producción de ulteriores resultados característicos más graves, en sentido más preciso cabría realmente distinguir dos grupos. En primer lugar, el más genérico, en el que un delito doloso puede conllevar una consecuencia fáctica previsible por el autor; cuando ésta efectivamente se produjese, el desvalor de acción de la conducta realizada por el sujeto quedaría suficientemente abarcado con la aplicación del concurso ideal entre ambas conductas (lo que llevaría a determinar la pena a través del marco del delito doloso). Y otro grupo, más específico, compuesto por los delitos cualificados; en ellos, el riesgo peculiar que contiene la lesión realizada dolosamente, puesto en relación con la consecuencia más grave previsible, exigirá una agravación de la pena del tipo doloso, que no será posible cubrir con el marco penal de éste (marco que establece el concurso ideal de delitos). En tales casos, según Hirsch, la mayor agravación punitiva encuentra justificación en el hecho de que el grado de riesgo que despliega la acción peligrosa insita en el tipo doloso, no es abarcado o consumido en su totalidad por el delito culposo (común) (20).

La peculiaridad del delito cualificado por el resultado, determinante de su esencia, residiría en el riesgo de consecuencias más graves, contenido de modo inherente y típico en el delito base. La penalidad derivada del concurso ideal (marco del delito doloso básico) no sería suficiente para castigar el desvalor total de acción (21). En cualquier caso, debe tratarse de un riesgo específico del tipo básico, en «relación inmediata» con (y no «con ocasión de» realizar) éste. Por ejemplo, en el § 226 StGB se alude al riesgo de muerte inherente a las lesiones producidas; en el § 239 (resultado muerte en una detención ilegal), el riesgo específico consiste en que el detenido perezca de hambre o de frío (22).

En sentido análogo se pronuncia F. C. Schröder, quien señala como fundamento de la mayor punición el hecho de que el peligro inherente al tipo doloso constituye una imprudencia merecedora de especial castigo (*Leichtfertigkeit*), sobre la base de la lesión consciente del deber que la misma implica, situación debida a que el juicio de previsibilidad se halla contenido en el delito base doloso (23).

la inobservancia del deber objetivo de cuidado pertenece al ámbito de la culpabilidad; no al del injusto.

(20) Vid. HIRSCH, H. J., *Zur Problematik des...*, pp. 71 y 77.

(21) HIRSCH, H. J., *Zur Problematik des...*, p. 71.

(22) Vid. HIRSCH, H. J., *Der «unmittelbare» Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, en «Festschrift für Dietrich Oehler», Köln/Berlin/Bonn/München, 1985, pp. 130 y ss.

(23) SCHRÖDER, F. C., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, T. 1, Berlin/New York, 1985, comentario al § 18, núms. marginales 34 y 35.

No obstante, matiza Schröder, este fundamento de mayor punición, aplicable únicamente a los delitos cualificados de estructura dolo-culpa, no lo es a todos los tipos de delitos cualificados vigentes. En realidad, estos casos, a su juicio, podrían constituir un supuesto de concurso ideal, siempre que éste determinara una asperación de la pena; aunque ello supondría la inadecuada introducción del principio de asperación para todos los casos de concurso ideal (24).

Tampoco Jescheck, pese a no contarse entre los partidarios decididos de los delitos cualificados, se muestra contrario a su permanencia en su configuración actual (25). Poco después de redactarse el § 56 de la 3.^a Ley de Reforma del Código Penal alemán, mantuvo que, de aceptarse la permanencia de los delitos cualificados por el resultado, debía introducirse en su regulación la idea de la adecuación, por ser la más correcta político-criminalmente; proponiendo que se redactara el § 56 con el siguiente texto: «Si la ley vincula a una consecuencia especial del hecho una pena más grave, ésta afectará al autor sólo cuando el hecho sea apropiado según las reglas de la experiencia para producir dicha consecuencia» (26). La idea de adecuación no es manejada por Jescheck como criterio causal, sino como criterio de atribución jurídica sobre la base de la teoría de la probabilidad (27).

Con posterioridad, en su *Tratado*, manifiesta de nuevo que la exigencia al menos de culpa (actual § 18) en la producción del resultado ulterior, mantiene a este tipo de delitos dentro del principio de culpabilidad (28). Sin embargo, según Jescheck, la nueva exigencia de imprudencia se reduce, en los delitos cualificados, a la previsibilidad objetiva del resultado (29), pues la inobservancia del cuidado objetivamente debido respecto a la consecuencia más grave está ya contenida en la realización del tipo básico doloso. De aquí la exigencia jurisprudencial de la relación de inmediatez entre resultado ulterior y la comisión del delito base, dado que el fundamento de la pena en estos

(24) SCHRÖDER, F. C., *Leipziger Kommentar*, comentario al § 18, núms. marginales 34 y 35.

(25) De otra opinión DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos cualificados... (I)*, pp. 647 y ss., quien considera que Jescheck se muestra partidario, frente a la regulación actual, de retrotraer la regulación de los delitos cualificados a la situación anterior a la reforma del 1953. En contra de esta opinión, cfr. *infra* la nota 29, en la que se recoge la opinión actual de Jescheck relativa a la tesis sugerida por él años antes (en *Niederschriften*) y en base a la que Diez Ripollés conformó tal opinión.

(26) Vid. JESCHECK, H. H., *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, T. II, Allgemeinen Teil, Bonn, 1958, p. 250.

(27) Vid. JESCHECK, H. H., *Niederschriften...*, pp. 249 y ss.

(28) JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Vol. I, trad. por S. Mir Puig y Fco. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, pp. 355 y ss.

(29) No obstante, reconocerá que la restricción de los delitos cualificados a la relación de adecuación resultaría menos compatible con el principio de culpabilidad que la exigencia de imprudencia del actual § 18, cfr. JESCHECK, H. H., *Tratado...*, Vol. II, p. 787, nota 49.

delitos radica en el peligro específico que conlleva el delito base (30). No se muestra partidario, sin embargo, de la gravedad punitiva asignada a este tipo de delitos, que en ocasiones sobrepasa notablemente la correspondiente a la pura culpabilidad imprudente, lo que invita a dudar de su compatibilidad con el principio de culpabilidad (31).

Reflejo de que el fundamento de este tipo de delitos se encuentra en la especial gravedad del peligro inherente al delito doloso base es la exigencia, cada vez más frecuente, por parte del legislador, de que concurra imprudencia temeraria respecto del resultado ulterior; lo que, en opinión de Jescheck, permite vincular más estrechamente estos delitos al principio de culpabilidad (32).

Nota, pues, común a los defensores de los delitos cualificados es la integración en el tipo básico doloso del peligro del resultado más grave, cuyo desvalor global de injusto sobrepasa al que resultaría de apreciar, en relación de concurso ideal con el tipo básico doloso, el tipo imprudente del resultado más grave. Pero con ello no se habría caracterizado aún suficientemente la naturaleza del delito cualificado, siendo necesario, además, determinar la razón de tal injusto adicional. Este se fundamentará, bien en la transformación del tipo base doloso, por el peligro inherente al mismo (que sólo se tendría en cuenta a efectos de agravación de la pena en el caso de concurrir efectivamente la producción del resultado), bien en que la situación de riesgo, al producirse en conexión con el delito doloso base, transforme el injusto imprudente en uno de especial gravedad.

La doctrina alemana, sin perder de vista la segunda posibilidad, parece inclinarse más bien a favor de la primera (33), acaso movida por razones de orden práctico, tendentes a justificar la elevación del límite mínimo del marco penal que los delitos cualificados suelen contener. El razonamiento que parece subyacer a esta posición sería el siguiente: mientras que el concurso ideal del § 51 StGB remite al mar-

(30) JESCHECK, H. H., *Tratado...*, Vol. 1, p. 356. Sobre la relación de inmediatez, vid. WOLTER, J., *Der «unmittelbare» Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, en «GA», 1984, pp. 443 y ss.; HIRSCH, H. J., *Der «unmittelbare» Zusammenhang...*, pp. 113 y ss.; RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar...*, comentario al § 18, núm. marg. 3.

(31) JESCHECK, H. H., *Tratado...*, Vol. II, pp. 785 y ss.

(32) JESCHECK, H. H., *Tratado...*, Vol. I, pp. 356-357, y Vol. II, p. 786.

(33) Además de algunos de los autores mencionados, vid., claramente, BOLDT, G., *Zur Struktur der Fahrlässigkeitstat*, en «ZStW», 1956, p. 356, quien, tras afirmar el mayor grado de injusto del delito doloso base, por contener la situación de peligro, considera que la realización imprudente y antijurídica de la consecuencia es «la actualización de la puesta en peligro potencial existente de modo típico en el delito base doloso».

En sentido análogo, al entender que el peligro es un elemento del tipo básico, KÜPER, W., *Gefährdung als Erfolgsqualifikation*, en «Neue Juristische Wochenschrift», 1976, p. 546; y ULSENHEIMER, K., *Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte*, en «GA», 1966, pp. 266 y 271, quien, tras afirmar que el núcleo de injusto de los delitos cualificados reside en el peligro especial inherente y típico al delito base (p. 266), considera que el resultado ulterior (imprudente) ha de constituir la realización del peligro característico derivado de la acción típica del delito base (p. 271).

co total del delito de mayor gravedad, el legislador, en los delitos cualificados, cuando eleva el límite mínimo, lo hace precisamente porque no concurre meramente el delito base y la producción imprudente del resultado, sino porque la situación de riesgo inherente al delito base transforma su injusto en uno más grave; de aquí que el delito cualificado pudiera ser considerado, en palabras de Hirsch, como «un concurso ideal tipificado y cualificado» (34), en el que ahora se valoraría el injusto del delito base doloso ya transformado y el del delito imprudente del resultado ulterior.

Por el contrario, la fundamentación de la mayor gravedad centrada únicamente en la consideración de un injusto imprudente más grave, sólo con dificultad justificaría la elevación del límite mínimo del marco penal del delito más grave (habitualmente el del delito base doloso), al que remiten las reglas del concurso del § 51 del StGB. Si bien es esto cierto, no impide que el legislador, en uso de su autonomía, considere aconsejable distinguir estos casos, en que concurre, efectivamente, una imprudencia portadora de un injusto especialmente desvalorado, de aquellos otros en que no concorra el desvalor adicional de injusto, y a los que resultarían aplicables sin más las reglas generales del concurso ideal. Se trata también de la regulación de una especie de concurso ideal tipificado y cualificado.

Prueba de que la doctrina alemana se ha fijado también en este segundo argumento es el hecho de que exija, cada vez con mayor frecuencia, una imprudencia temeraria para poder apreciar delito cualificado por el resultado (35). Independientemente del juicio que merezca esta exigencia, lo que con ella se pone de manifiesto es el interés de justificar el mayor desvalor del injusto (y de la culpabilidad) correspondiente a la conducta del autor en los delitos cualificados por el resultado, atendiendo a la especial gravedad del comportamiento imprudente.

No obstante, el argumento del injusto adicional no ha convencido a los partidarios de la «supresión». Las razones aducidas por éstos se dirigen principalmente a negar tal injusto adicional, o a poner de relieve que con él se valora la conducta del autor de un modo totalmente anómalo a como se acostumbra; dando lugar, cuando menos, a una quiebra del principio de igualdad jurídica. En general, estos autores no dejan de subrayar el peligro latente de la responsabilidad objetiva, referida al *plus* de penalidad que supone en el delito cualificado la constatación de un comportamiento imprudente especialmente grave, al superar aquélla la suma de las que corresponderían al delito doloso y al culposo efectivamente realizados.

(34) HIRSCH, H. J., *Zur Problematik des...*, p. 71; HIRSCH, H. J., *Der «unmittelbare» Zusammenhang...*, p. 133.

(35) Entre otros, JESCHECK, H. H., *Tratado...*, V. I, pp. 356-357, y Vol. II, p. 786; RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar...*, comentario al § 18, núm. marg. 4.

Así Martin Schubarth, pese a conceder que en estos delitos podría apreciarse un contenido adicional de injusto, proveniente del peligro típico que determinadas acciones comportan para la producción de ulteriores resultados lesivos más graves (36), se inclina a favor de la supresión, por constituir estos delitos a su juicio un cuerpo extraño en la legislación penal. Entre otras razones, alega la de que los tipos así estructurados valoran el peligro de forma distinta a como el legislador acostumbra, dado que, normalmente, en las acciones peligrosas, el legislador interviene *antes* de que se produzca el resultado lesivo, y precisamente aquí sucede al contrario (37). Pero, además, según este autor, los delitos cualificados por el resultado despliegan su efecto de modo incoherente, al no tener en cuenta el peligro (dado que no se pune) en una misma conducta, si ésta no ha conducido al resultado lesivo más grave (38). Por último, la teoría del injusto adicional fracasaría en los casos en que el delito base constituye ya de por sí un delito de peligro (como en el abandono de menores del art. 127 CP suizo y en la puesta en peligro de la vida del art. 129 del mismo cuerpo legal) (39).

También Erwin Blume considera desafortunada la técnica legislativa de los delitos cualificados, al hacer depender la elevada penalidad de que se produzca, efectivamente, el resultado ulterior, en lo cual interviene decisivamente el azar, tal como ocurre en la punición por imprudencia en general. A fin de cuentas, que el autor responda sólo por el delito base o por el cualificado dependerá, no de su imprudencia, sino de su buena o mala fortuna. Por tanto, los delitos cualificados representarían una reliquia de la responsabilidad objetiva (40).

Partiendo de las premisas sentadas por Schubarth, pretende Díez Ripollés demostrar que la tesis del injusto adicional es incorrecta, y que su aplicación a los delitos cualificados conduce a la infracción del principio de culpabilidad (41). Ante todo, considera que, en opinión de la doctrina alemana dominante, se parte de la base de que en el tipo doloso el contenido de injusto adicional concurre siempre, lo que llevaría a plantear, si ello fuera cierto, que «el no valorarlo en determinado tipo de casos (cuando el tipo básico no se inserta en un delito cualificado por el resultado) implica una peculiar valoración de lo injusto de las conductas en cuestión».

En realidad, el tipo doloso básico, en contra de lo sustentado por Díez Ripollés, sólo constituirá el tipo básico de un delito cualificado por el resultado cuando efectivamente se constate en él un injusto

(36) SCHUBARTH, M., *Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte*, en «ZStW», 1973, p. 766.

(37) SCHUBARTH, M., *Das Problem...*, p. 770.

(38) SCHUBARTH, M., *Das Problem...*, p. 767.

(39) SCHUBARTH, M., *Das Problem...*, p. 770.

(40) BLUME, E., *Erfolgsstrafrecht heute?*, cit., p. 1261.

(41) Díez RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos cualificados... (II)*, pp. 103 y ss.

adicional, cuando el autor abarque subjetivamente los elementos objetivos que configuran la situación de riesgo del resultado más grave, lo que no siempre ocurrirá con la simple realización del delito doloso base (v.gr., el autor de una bofetada no apreció el picaporte de la ventana —que configuraba la situación objetiva de riesgo de producción de lesiones más graves— con que la víctima se golpea como consecuencia de la bofetada). Consiguientemente, no debe confundirse el tipo básico, insito en el delito cualificado, con el delito doloso base del que procede; pues si se presumiese *a priori* en este último la situación de riesgo que permite hablar de un injusto adicional, entonces probablemente no sólo se podría hablar de una «peculiar valoración de lo injusto», sino más bien de *versari*. Esta interpretación, sin embargo, no resulta posible, entre otras razones, porque el propio legislador exige cuando menos culpa; lo que requiere que se compruebe si el autor, en el caso concreto, abarcó subjetivamente los elementos objetivos que configuraron la situación de riesgo determinante del resultado lesivo (en el ejemplo anterior, que el autor observara y tomare consciencia de la presencia del picaporte y la posibilidad de que la víctima pudiera golpearse con él de resultas de la bofetada). Y todo ello con independencia de que se hubiera representado o no el posible resultado lesivo más grave (42). Presupuesto este grado mínimo de conocimiento sobre los factores objetivos de riesgo, el principio de culpabilidad queda a salvo.

Evidentemente, este último supuesto es el que puede permitir a la doctrina sustentar que el peligro característico, inherente al tipo básico, cuando efectivamente concurre, supone un desvalor de injusto adicional que no es posible incluir en el marco del delito doloso base. Es cierto que, una vez abarcada subjetivamente por el autor la situación objetiva de riesgo, podrá decirse, con Struensee (43), que concurre el tipo de injusto del delito imprudente; pero aquí no se trata, como reconoce el propio Schubarth (44), de una acumulación del delito doloso con el imprudente, sino que más bien, es la íntima interconexión la que conforma el contenido de injusto de estos delitos (45). Consiguientemente, para su adecuada valoración no es posible acudir sin más a la normativa del concurso ideal, que presupone la concurrencia de dos injustos que se superponen o aparecen unidos, conservando, sin embargo, cada uno (el doloso y el imprudente) su identidad; antes bien, se trata de un único delito, el delito cualificado,

(42) Vid. STRUENSEE, E., *El tipo subjetivo del delito imprudente*, trad. por J. Cuello en colaboración con J. L. Serrano, en «ADP», 1987, pp. 423 y ss.

(43) STRUENSEE, E., *El tipo subjetivo...*, pp. 435 y ss. (puede verse el resumen de las pp. 448 y 449).

(44) SCHUBARTH, M., *Das Problem...*, p. 766.

(45) En este mismo sentido, BOLDT, G., *Zur Struktur...*, p. 356, quien rechaza el entendimiento de los delitos cualificados como una mera combinación de delito doloso y culposo.

en el que su desvalor de injusto no puede ser abarcado con el marco de la pena del delito doloso base, sino que aquél, necesariamente, debe sancionarse más gravemente que este último, al que consume.

Problemas más serios plantea la crítica de Schubarth, en el sentido de que la teoría del injusto adicional fracasa en los casos en que el mismo delito base que se inserta con posterioridad en el delito cualificado se encuentra ya configurado por un delito de peligro (46). En estos casos sólo cabrá justificar un injusto adicional en las hipótesis en las que el peligro que contenga el delito base sea un peligro *abstracto*, donde no resulta necesario constatar los elementos objetivos que configuran la situación de riesgo concreto para un bien jurídico, característica de los delitos cualificados.

En cambio, no resulta posible obviar la crítica de Schubarth cuando el delito base se encuentre constituido ya por un delito de peligro *concreto*, pues en estos casos la exigencia de imprudencia respecto al resultado ulterior (*siempre y cuando éste venga determinado por la efectiva realización del riesgo que con el establecimiento del delito de peligro concreto se pretendía prevenir*) no supone ningún elemento adicional en el injusto y, consiguientemente, resulta injustificado elevar el marco penal por encima del establecido para el delito de peligro concreto correspondiente; sin que quepa alegar, como hace la doctrina dominante, que el injusto del tipo imprudente contenido en el delito cualificado es el de una imprudencia consciente de mayor desvalor de injusto, al exigirse en ella la previsibilidad subjetiva del resultado, lo que no ocurre en el delito de peligro concreto; y ello porque, entre otras razones, como ha afirmado Struensee (47), la previsión del resultado no desempeña papel alguno en el desvalor de injusto imprudente; ni cabe distinguir la imprudencia consciente de la inconsciente atendiendo a la efectiva previsión o previsibilidad del resultado, sino en el conocimiento actual o potencial de la antijuricidad, ya en el escalón de la culpabilidad (48).

(46) SCHUBARTH, M., *Das Problem...*, p. 770.

(47) STRUENSEE, E., *El tipo subjetivo...*, pp. 435 y 436.

(48) La ubicación de la delimitación entre imprudencia consciente e inconsciente en el ámbito del conocimiento de la antijuricidad proviene de Karl Engisch (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit in Strafrecht*, 1964 —reimpresión de la edición de Berlín de 1930—, p. 400), quien considera que la imprudencia inconsciente no significa, por fuerza, el desconocimiento de las circunstancias que fundamentan la antijuricidad, sino también el desconocimiento de la prohibición específica. Continuando esta línea, Armin Kaufmann (*Das fahrlässige Delikt*, en «*Zeitschrift für Rechtsvergleichung*», 1954, p. 50) entiende que la consideración de la imprudencia como tipo de injusto, comporta el entendimiento de la imprudencia inconsciente como error evitable sobre la contrariedad a cuidado (el sujeto desconoce que está obrando de contrariedad a cuidado, pero tuvo la posibilidad de corregir su error), y no, en cambio, en el hecho de que el agente fuese consciente o no de que su actuar posibilitaba causalmente un determinado resultado. En palabras de Horn, los conceptos de imprudencia consciente e inconsciente son sólo especiales expresiones para designar la consciencia de la antijuricidad y el «error evitable de prohibición» en el ámbito de delito impru-

La mayor gravedad del injusto imprudente que configura en este caso el delito cualificado coincide (y, por consiguiente, debe haber sido en su caso valorada ya), con el injusto del delito de peligro concreto que configura el delito base. De ahí que donde el legislador imponga un marco penal más grave que el correspondiente al delito de peligro concreto, deberá ser efectivamente corregido, en la medida en que se estime necesario, conforme al principio de proporcionalidad (49).

En definitiva, el injusto del delito cualificado se agota con la valoración conjunta del injusto que contiene el tipo básico y la situación objetiva del peligro, siempre y cuando los elementos que la configuran resultan abarcados subjetivamente de modo sustancial por el autor (elementos que constituyen ya el injusto del delito imprudente), si bien, al igual que ocurre en la imprudencia, el legislador se abstiene de castigar hasta que no se produzca efectivamente el resultado ulterior.

Estas mismas premisas permiten rechazar la segunda crítica de Díez Ripollés a la tesis del injusto adicional, que en su opinión estaría viciada en tanto que pretendería apoyarse en una inexcusable doble consideración del desvalor de acción que implica una misma conducta causante de un solo resultado más grave (50); pues si se apreciase en el delito base una situación de peligro concreto respecto al resultado más grave, el juicio de previsibilidad objetiva que el delito imprudente contiene, al tener que ser estimado para configurar la conducta culposa, forzosamente deberá estar apoyado en el mismo elemento objetivo que aquel primero necesitó para valorar la situación de peligro concreto. Esta situación «implicaría valorar una misma circunstancia objetiva dos veces para configurar el injusto de una conducta», lo que resultaría inaceptable (51).

Sin embargo, cabría contraargumentar frente a la crítica de Díez Ripollés que no se trata aquí de dos delitos distintos, el delito cualificado por el resultado (constituido por el delito base y por la situación de peligro típico inherente a él) y la producción culposa del resultado más grave, sino de un solo delito —el delito cualificado por el resultado— que sólo se pune como tal en el caso de que acaezca el resultado más grave.

La necesidad de que el sujeto haya abarcado subjetivamente los elementos que configuran la situación de riesgo, unida a la considera-

dente (*Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlín, 1969, pp. 14 y 15). En este mismo sentido se ha pronunciado, en España, Joaquín Cuello Contreras (*Culpabilidad e imprudencia*, ejemplar mecanografiado, Cáceres, 1987, *passim*).

(49) Vid. *infra* la alusión al delito de abandono de niños con resultado muerte del artículo 488 del Código Penal español.

(50) Vid. Díez Ripollés, J. L., *Los delitos cualificados... (II)*, en «ADP», 1983, pp. 105 y ss. (en especial la p. 107).

(51) Díez Ripollés, J. L., *Los delitos cualificados... (II)*, en «ADP», 1983, pp. 105-106.

ción de que no debe procederse a castigar estos delitos, a no ser que se produzca efectivamente el resultado lesivo, constituye precisamente la razón de la exigencia de culpa referida al resultado ulterior. Mediante ella consigue el legislador comprobar la concurrencia de las dos características básicas que configuran el delito cualificado. Son, pues, exigencias de tipo garantista las que inducen al legislador a exigir culpa respecto al resultado ulterior; pero la configuración del injusto del delito cualificado por el resultado se agota ya con la realización por el sujeto del elemento objetivo determinante de la situación de peligro inherente al delito base, al igual que ocurre en la imprudencia. Lo que sucede es que el legislador, atendiendo al carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal, renuncia a castigar por el delito cualificado en ausencia del resultado ulterior.

Ello no significa que aquí se haya producido una mera superposición de un delito doloso y otro imprudente, sino que el legislador no quiere renunciar a la regla general de castigar conductas con una componente de imprudencia sólo cuando efectivamente se produce el resultado lesivo. En favor de la solución adoptada por el legislador podrían aducirse los mismos argumentos que en el modo de la punición de la imprudencia, dependiente del acaecimiento del resultado lesivo: el carácter probatorio de éste en relación con la infracción del cuidado, el hecho de que la conciencia social sólo se conmociona cuando a la imprudencia sigue la lesión del bien jurídico, etc. Aunque en sede de delitos cualificados por el resultado la característica esencial la constituye la mutación de la naturaleza del delito base, la no aplicación de esta figura a supuestos en que no se produce el resultado ulterior, se debería a la propia índole de su componente de imprudencia.

Existen otras posiciones críticas que, si bien no están encaminadas a la supresión de estos delitos, sí son partidarias de restringir los supuestos a los que resultan aplicables (52).

Así, Arthur Kaufmann (53), Günter Stratenwerth (54) y los autores del Proyecto Alternativo alemán (55) entienden que el concepto de delito cualificado por el resultado se reduce a aquellos supuestos en los que el resultado más grave es imputado al autor a título de

(52) En cierto modo, podría situarse aquí a los partidarios (como Jescheck) de exigir imprudencia temeraria con respecto a la consecuencia ulterior; pero, como se señaló, ello es más bien la manifestación doctrinal, acaso incorrecta, del supuesto motivo (mayor gravedad del injusto) que indujo al legislador a tipificar genéricamente determinadas conductas como delitos cualificados que una exigencia de imprudencia temeraria que deba constatarse caso por caso, salvo expreso mandato legal.

(53) KAUFMANN, ARTHUR, *Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2.^a ed., Heidelberg, 1976, pp. 244 y ss.

(54) STRATENWERTH, G., *Tendencias y posibilidades de una reforma del Derecho penal*, en «Política criminal y reforma del Derecho penal», Bogotá, 1982, p. 302.

(55) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person*, Erster Halband, Tübingen, 1970, p. 49.

caso fortuito o culpa inconsciente; y, en tanto que los mismos supondrían una manifestación de responsabilidad objetiva, reclaman su supresión. Si se prescinde de la cuestión terminológica —que en este momento carece de trascendencia—, puede decirse que aciertan cuando afirman (indirectamente), respecto a los demás supuestos (a los que no consideran propiamente delitos cualificados), la no infracción del principio de culpabilidad.

Efectivamente, el resultado fortuito debe quedar excluido del concepto «actual» de delito cualificado por el resultado, mas no así la culpa inconsciente. Pues, en contra de lo que señalan estos autores, no resulta necesario exigir imprudencia consciente para que se respete el principio de culpabilidad en estos casos especialmente agravados. En realidad, la exigencia de que el dolo del autor haya abarcado no sólo el resultado lesión del delito base, sino también el «peligro de producción del resultado más grave» no supone necesariamente la exigencia de constatar imprudencia consciente en relación con la consecuencia ulterior (56). Ciertamente, el principio de culpabilidad requiere que el autor haya constatado la situación fáctica que constituye la situación de riesgo, pero no es correcta la conclusión extraída de ahí, según la cual en la culpa inconsciente no se abarca tal situación de peligro. El autor que actuó con imprudencia inconsciente también ha conocido la situación de peligro que constituye el hecho desvalorado por el legislador, en tanto que representa un peligro intolerable de producción del ulterior resultado lesivo, si bien desconocía actualmente (de modo evitable) la antijuricidad de su conducta (57).

Es por ello por lo que Hirsch (58) se manifiesta partidario de incluir los casos de culpa inconsciente en el concepto actual de delitos cualificados, y reprocha a los autores anteriores que utilicen una peculiar valoración de la gravedad del delito imprudente en atención a la consciencia o no de la culpa, para declarar posteriormente, en base a ella, la conveniencia o no de una regulación específica en estos casos, olvidando que muchas veces es más grave la culpa inconsciente.

Lo que en cualquier caso podría ser cierto es que, como ha señalado Díez Ripollés (59), estos autores lleven a cabo una serie de equiparaciones dogmáticamente incorrectas, tales como, por ejemplo, entre la culpa consciente de lesión y el dolo de peligro (60); o insertar

(56) Como entiende KAUFMANN, ARTHUR, *Schuldprinzip*, pp. 240 y ss.; y en *Ta- gungsbericht. Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1970 in Regensburg*, de Jürgen Meyer, en «ZStW», 1971, p. 276.

(57) Vid. *supra* la nota núm. 48.

(58) HIRSCH, H. J., *Zur Problematik...*, pp. 73-74.

(59) Díez RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos cualificados...* (II), p. 115.

(60) Así ocurre con LANGE, R., *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, T. II, pp. 255 y ss.; KAUFMANN, ARTHUR, *Schuldprinzip*, p. 244; también de este último, en *Strafrechtslehrertagung...*, p. 276.

—como hace Stratenwerth (61)— en el concepto de dolo de peligro el de dolo eventual. Y todo ello para justificar de un modo dogmáticamente criticable la mayor gravedad de los delitos cualificados.

Respecto a la primera equiparación, debe indicarse que, si bien es cierto que la situación objetiva que sirve de base al juicio de riesgo puede coincidir con la misma situación de peligro de producción de resultados lesivos que configura el tipo de injusto del delito imprudente, en la culpa consciente existe ya un conocimiento actual de la antijuricidad que, por el contrario, no es necesario constatar de modo actualizado en la situación fáctica de riesgo conocida por el autor en el delito de peligro (62). Por su parte, respecto a la posible inserción del dolo eventual en el de peligro, mientras que en éste no es requisito indispensable la representación subjetiva del resultado lesivo —ni tan siquiera como probable—, en cambio, en el dolo eventual, ha de existir esta representación de la probabilidad, por mínima que sea.

III

Los partidarios de suprimir los delitos cualificados por el resultado de los Códigos penales, al creer encubiertos en ellos restos de responsabilidad por el resultado, proponen regulaciones alternativas a la actual [cuando no, su supresión (63)] que, en su opinión, resultan más adaptables al desvalor de la acción, al peligro desencadenado por él, y menos dependientes de la efectiva producción del resultado, sometido en buena medida al acaso. De acuerdo con Erwin Blume (64), el criterio rector en la fijación de la penalidad debería ser proporcional a la magnitud del peligro que el autor crea para la víctima, de aquí que considere que el establecimiento de marcos penales suficientemente amplios para los delitos base, en que de modo típico, según la experiencia, se suelen presentar resultados más graves de los pretendidos, podría bastar para sustituir a los delitos cualificados.

(61) STRATENWERTH, G., *Tagungsbericht. Die Diskussionsbeiträge der Strafrecht-lehrtagung 1970 in Regensburg*, de Jürgen Meyer, en «ZStW», 1971, pp. 275-276.

(62) De modo más genérico argumenta DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos cualificados... (II)*, p. 115, «no puede afirmarse que la conciencia de la causalidad adecuada sea lo mismo que la culpa consciente de lesión, pues parece claro que para llegar al juicio de inobservancia del cuidado objetivamente debido han de intervenir elementos normativos que se han de sumar al juicio de previsibilidad objetiva».

(63) Sobre la conveniencia de prescindir de *lege ferenda* de la mayoría de los tipos cualificados, vid. LORENZEN, C., *Zur Rechtsnatur und verfassungsgesrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, Berlin, 1981, pp. 164 y ss. Quien sólo en calidad de compromiso provisional acepta vías alternativas, rechazando la de Jescheck y proponiendo la configuración de tipos de peligro en el sentido de Lange, pero en cualquier caso aceptando únicamente la permanencia de tipos cualificados como el de lesiones-lesiones graves o especialmente graves (p. 169).

(64) BLUME, E., *Erfolgsstrafrecht heute?*, en «NJW», 1965, p. 1261.

Por el contrario, Schröder considera que los delitos cualificados de estructura dolo-culpa podrían constituir un supuesto de concurso ideal, siempre que éste determinara una asperación de la pena (lo que supone poder sobrepasar el marco penal del delito más grave); aunque ello supondría una inadecuada introducción del principio de asperación para todos los otros casos de concurso ideal (65). La solución del concurso ideal regido por el criterio de la asperación es el criterio alternativo que más partidarios ha encontrado (66). Jescheck señaló que, en términos generales, el límite superior del marco penal de los delitos cualificados quedaba satisfactoriamente determinado si se adoptase como regla de asperación la posibilidad de imponer el duplo del límite máximo del delito más grave (67); sin embargo, el límite mínimo quedaba muy rebajado frente a los actuales delitos cualificados, lo que podría salvarse previendo para los «casos especialmente graves» (en los que la atenuación de la pena mínima pareciese insostenible en relación a la situación actual, desde el punto de vista de la política criminal) una pena mínima más elevada (68). En orden a resolver este problema de la pena mínima excesivamente atenuada, aceptando el criterio de asperación propuesto por Jescheck, precisa Mezger que, en vez de prever un tratamiento generalizado del tipo «casos especialmente graves», ha de optarse por uno particularizado en la Parte Especial (69). La crítica que el mismo Schröder formula frente a la solución del concurso ideal regido por el criterio de la asperación es extensible a la propuesta de elevar los límites inferiores del marco penal del delito más grave, en tanto que conductas que no se encontrasen en relación de concurso ideal se verían afectadas por la elevación de este marco penal (70).

Díez Ripollés (71), de modo análogo a Lange (72), propone la creación de delitos compuestos de peligro concreto, integrados por un tipo básico doloso de resultado lesivo para bienes jurídicos, y un tipo doloso de peligro concreto, cuya aplicación dependería de la no producción del resultado.

(65) SCHRÖDER, F. C., *Leipziger Kommentar*, coment. al § 18, núms. marginales 34 y 35.

(66) Cfr., entre otros, JESCHECK, H. H., *Niederschriften...*, T. II, pp. 246 y ss.; MEZGER, E., *Niederschriften...*, T. II, pp. 255 y 257; SCHUBARTH, M., *Das Problem...*, pp. 763 y ss.

(67) JESCHECK, H. H., *Niederschriften...*, T. II, pp. 246 y ss.

(68) JESCHECK, H. H., *Niederschriften...*, T. II, p. 247.

(69) MEZGER, E., *Niederschriften...*, T. II, p. 255.

(70) Entre otros, HIRSCH, H. J., *Zur Problematik...*, pp. 69 y ss.

(71) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos cualificados... (II)*, pp. 124 y ss. Se adhieren a esta misma tesis OCTAVIO DE TOLEDO, E., y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1986, pp. 116-117; y con algunas matizaciones, SUÁREZ MONTES, R. F., *Los delitos cualificados...*, en «Comentarios a la Legislación penal», T. V, Vol. I, pp. 47 y ss.

(72) LANGE, R., *Niederschriften...*, T. II, pp. 255-256 y 259.

Junto a estos tipos compuestos coexistirían los correspondientes tipos básicos dolosos y, por supuesto, la posibilidad de aplicar la penalidad del concurso ideal entre delito base doloso y resultado ulterior imprudentemente causado, cuando acareciera éste; y ello porque el delito culposo de resultado consumiría al tipo doloso de peligro concreto. Consiguientemente, la pena correspondiente al tipo compuesto nunca podría llegar a igualar la resultante del concurso ideal citado.

La PANCP de 1983, así como cierto sector doctrinal español (73), remiten sin más los delitos cualificados a la técnica del concurso ideal (criterio de la *absorción con agravación*); lo que no deja de presentar determinados inconvenientes, como ha señalado Suárez Montes (74).

Las tesis precedentes, a pesar de respetar la penalidad basada en el desvalor de acción (y no en el azaroso acaecimiento del resultado ulterior), olvidan que la técnica de los delitos cualificados por el resultado es tan legítima como la que más, y que se fundamenta en el injusto adicional derivado del peligro típicamente vinculado a la realización del tipo básico, sobre el que el legislador se propone llamar especialmente la atención mediante el establecimiento de una penalidad agravada; para lo cual la solución (actual) del concurso ideal se revelaría insuficiente, y la introducción en el mismo del criterio de asperación conllevaría una agravación generalizada del marco penal del concurso ideal, no justificada para todos los demás casos a los que resulte aplicable dicha normativa.

En los casos de delitos cualificados podría hablarse, como en la creación de ciertos tipos compuestos (por ejemplo, robo con violencia en las personas; aunque en este caso la agravación de la penalidad se debe a un especial componente culpabilístico: el autor, movido por intereses crematísticos, ha llegado a emplear violencia o intimidación), de un «concurso ideal tipificado y cualificado» (75). Del mismo modo que un robo con violencia es considerado como algo más que la mera superposición de dos conductas dolosas (de hurto y coacciones), porque el ataque al bien jurídico es considerablemente intenso de modo característico, también en los delitos cualificados por el resultado el legislador halla algo más que la conjunción de un delito doloso base y la causación imprudente de otro resultado (ahora en atención a un mayor desvalor de injusto, sin necesidad de acudir a consideraciones de carácter culpabilístico); sin dejar de mostrarse respetuoso, por ello, con el principio de culpabilidad, en tanto que la penalidad no llegue a igualar la del concurso ideal entre ambos tipos, *dolosamente* realizados.

(73) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma...*, p. 35; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal...*, p. 282.

(74) SUÁREZ MONTES, R. F., *Los delitos... en el PANCP*, en «Rev. Fac. de D. de la Univ. Complutense», *cit.*, pp. 639 y ss.

(75) En el sentido de HIRSCH, H. J., *Zur Problematik...*, p. 71.

La solución que propone prescindir de los delitos cualificados mediante el establecimiento de marcos penales más amplios, conlleva necesariamente una pérdida de seguridad jurídica, al quedar relativizado el principio de legalidad.

En relación con la propuesta de Díez Ripollés, en el sentido de crear delitos compuestos por tipos dolosos de lesión y tipos de peligro concreto, ha de señalarse que de ese modo se descuidaría la función probatoria que desempeña la producción del resultado. A la regulación que se atuviera únicamente al peligro concreto creado por el autor podrían formularse reparos desde el punto de vista de la seguridad jurídica, en tanto que el marco penal asignado al delito compuesto resultaría distinto al que se determinaría conforme a las reglas del concurso ideal entre el delito base y el resultado imprudentemente ocasionado, siendo así que ambas conductas (la del delito compuesto y la de este concurso ideal de delitos) contienen un mismo desvalor de injusto, como ya se ha señalado.

El recurso por parte del legislador a la técnica de los delitos cualificados por el resultado permite, ante todo, una determinación más precisa del desvalor de injusto de estas conductas. A la exigencia de producción del resultado ulterior corresponde únicamente la función de seleccionar, de entre todas las conductas desvaloradas, aquellas que habrán de punirse, con lo cual se restringe la punibilidad. Por otra parte, la permanencia de los delitos cualificados permite simplificar la determinación de la pena allí donde la técnica del concurso ideal implicaría establecer en primer lugar la correspondiente a cada uno de los dos delitos concurrentes.

No parece correcto, sin embargo, el reproche de Schubarth, de que con la pretendida simplificación de las reglas de concreción de la pena se trasladaría el problema al ámbito de la determinación de la pena; pues no se trata, como este autor afirma, de obviar cuestiones como la de hasta dónde alcanzó el dolo del autor o qué consecuencias han sido causadas sólo por imprudencia y cuáles fortuitamente (76), ya que tales extremos, en cualquier caso, deberán averiguarse, y ello en virtud del § 18 del StGB alemán o de nuestro artículo 1.2, que impiden estimar el delito cualificado si el resultado ulterior no ha sido producido al menos por imprudencia.

IV

Determinada la existencia de un injusto adicional, que no resulta posible abarcar con las reglas generales del concurso ideal entre el delito base y el resultado ulterior más grave, debe ahora procederse

(76) SCHUBARTH, M., *Das Problem...*, p. 771.

(aun en el convencimiento de que el problema requeriría un tratamiento exhaustivo y pormenorizado de cada una de las modalidades concretas que el legislador haya decidido regular) a determinar en abstracto los límites mínimo y máximo del marco penal de los delitos cualificados por el resultado, dentro de los que el legislador deberá moverse para no transgredir el principio de culpabilidad.

La exigencia de culpa respecto al resultado ulterior permite, en primer lugar, no considerar lesionado formalmente el principio de culpabilidad, al requerir que se constate, de una parte, el efectivo conocimiento respecto a los elementos objetivos configuradores de la situación de peligro de un resultado lesivo más grave y, a su vez, que le fuera al autor al menos reconocible la antijuricidad de su conducta causante de la situación objetiva de peligro.

No obstante, pese a encontrarse salvaguardado formalmente el principio de culpabilidad, éste podría resultar transgredido materialmente (o, como otros autores prefieren expresar, «no plenamente realizado»), por causa del inadecuado marco penal que el legislador ha establecido en ocasiones. No suelen, sin embargo, determinar los partidarios del mantenimiento de esta clase de delitos los límites mínimo y máximo, al menos en abstracto, entre los que debería moverse el legislador para no infringir el principio de proporcionalidad.

Rudolphi, para quien el fundamento de la mayor punición de estos delitos reside en que la consecuencia especial representa la realización de un peligro contenido de modo característico en el delito base, encuentra precisamente en la conexión del peligro con el delito base el desvalor de acción que excede al de la pura causación imprudente. En esta medida estima justificado elevar el límite mínimo que resultaría de la apreciación de la normativa concursal entre el delito base y la causación imprudente, pero se cuestiona seriamente si este especial contenido de injusto y culpabilidad justificaría también elevar el límite superior (77).

La circunstancia de que se hayan rechazado las reglas llamadas a regular el concurso ideal de delitos, por la imposibilidad de que permitan abarcar adecuadamente el desvalor global del delito cualificado, no significa que no se pueda acudir a los principios generales que subyacen en ellas, a modo de pauta en la concreción del marco penal del delito cualificado. En este sentido resulta interesante recordar que en más de una ocasión se ha procedido a denominar estos casos como supuestos específicos de un concurso ideal tipificado y cualificado (78).

Por ello no debe extrañar que las primeras limitaciones vengan de la mano de la normativa concursal. Así, podrá mantenerse que

(77) RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar...*, comentario al § 18, núm. marg. 1.

(78) Cfr. HIRSCH, H. J., *Zur Problematik...*, p. 71.

el *límite mínimo* del marco penal de esta clase de delitos, conforme se deduce del concurso ideal previsto en el § 51 del StGB alemán y en el artículo 71 (en relación con el art. 68) del Código Penal español, no podrá ser inferior al límite mínimo de cualquiera de los marcos penales establecidos para los injustos de los delitos que configuran el delito cualificado (criterio de la *combinación*); lo cual constituye también el límite mínimo del marco penal que resultaría de aplicar las reglas del concurso ideal de delitos, tanto en el StGB alemán (§ 51.2), como en el Código Penal español (art. 71 en relación con el art. 68); pues pese a que esta cuestión no quedó expresamente formulada en nuestro artículo 71, como ha señalado Cuello Contreras (79), el límite inferior del marco penal del concurso ideal lo constituye la pena que posea el límite inferior más severo; y ello porque de otro modo podría resultar privilegiado el autor, argumento al que cabe encontrar apoyo legal en el artículo 68. Sin embargo, en la práctica esta situación difícilmente se presentará, pues en pocas ocasiones el *límite mínimo del delito menos grave* sobrepasará al límite inferior del grado máximo del delito de mayor gravedad, que habitualmente está llamado a constituir el límite mínimo del marco penal en el concurso ideal.

Cuestión distinta y más compleja sería no establecer meramente el límite mínimo a partir del cual el legislador no debe fijar un marco penal más bajo en el delito cualificado, sino decidir en qué medida podría elevar este límite mínimo. En principio, esta es una cuestión que queda a juicio de la autonomía legislativa, aunque *a priori* es comprensible que el legislador tienda a elevarlo en la medida en que existe un mayor desvalor de injusto global en el delito cualificado, al concurrir una imprudencia merecedora de un especial castigo. De aquí que el legislador (en el Derecho alemán) habitualmente señale un límite mínimo más grave del que procedería imponer de aplicarse la normativa concursal entre los distintos injustos que configuran el delito cualificado. Ello es así en el Código Penal alemán, porque, conforme a la valoración global del injusto en el delito cualificado, resultaría inadecuado poder castigarlo conforme al límite mínimo del marco penal del delito base sobre el que con posterioridad (al considerarse como delito cualificado) se estima un injusto adicional proveniente de la situación de riesgo inherente a él.

En el Derecho Penal español sucederá algo parecido, al imponer habitualmente el legislador, en las distintas modalidades de los delitos cualificados, la pena del delito base en su grado máximo, o bien la superior en grado, quedando en ambos casos el límite mínimo automáticamente elevado. En el primer supuesto, al límite inferior de la pena que corresponda al grado máximo; en el segundo al límite míni-

(79) Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II)*, en «ADP», 1979, p. 473.

mo en absoluto de la pena superior en grado. Esta elevación del límite mínimo del marco legal, con ser más drástica que aquella con que habitualmente opera el legislador alemán, revela una cierta coherencia con la naturaleza de la normativa concursal que cada uno de los dos sistemas contiene, ya que mientras en el sistema punitivo español se acude en los casos de concurso ideal al principio de asperación —atenuado— (80), en el alemán no ocurre así.

Lo que sí podría servir, en cualquier caso, de pauta al legislador español es que, en tanto no se modifique la regulación del concurso ideal, el límite mínimo de la pena en el delito cualificado podría estar determinado por el límite mínimo del grado máximo de la pena señalada al delito más grave (siempre que este límite fuese superior —como antes se indicó— al límite mínimo del marco penal del delito menos grave); en cambio, imponer una pena por debajo de éste supondría privilegiar al autor del delito cualificado frente a la estimación del concurso ideal entre los injustos por separado que esa misma conducta realiza. Finalmente, imponer una superior quedaría al arbitrio de la voluntad del legislador.

¿Cómo fijar, en cambio, el *límite superior* del marco penal? Se ha aludido a que en el delito cualificado se opera una transformación del injusto, o que éste, al menos, se corresponde con una valoración íntimamente enlazada de los injustos que contiene, es decir, la del injusto correspondiente al delito base y la situación de peligro inherente al mismo. De aquí que algunos autores estimen conveniente la elevación del límite mínimo del marco penal que contiene el delito base, pero no en cambio traspasar o superar el límite superior de este mismo marco. Quienes afirman esto último, como Rudolphi (81), probablemente lo hagan en consideración a que ello supondría valorar el contenido total de injusto del delito cualificado de modo distinto a como el legislador acostumbra cuando concurren de modo individualizado, pero en concurso ideal, ambos injustos. En definitiva, la valoración del injusto del delito cualificado, si bien permitiría elevar el límite mínimo del marco penal del delito base sobre el que se construye, no permite, en cambio, sobrepasar la valoración que de las mismas proporcionarían las reglas de un sistema punitivo concreto.

No deben descartarse, sin embargo, dos consideraciones que se encuentran también presentes en la doctrina sobre la naturaleza de estos delitos, y que podrían afectar a la concreción de su marco penal. La primera, ya aludida, incide en la transformación del injusto

(80) De asperación habla la doctrina dominante, pero acaso, con terminología más correcta, debiera admitirse, con Angel José Sanz Morán (*El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, pp. 31, 180 y 250), que en el artículo 71 se hace referencia a un supuesto de «absorción con agravación».

(81) RUDOLPHI, H. J., *Systematischer Kommentar...*, comentario al § 18; núm. marg. 1.

que se opera en el delito cualificado por el resultado. Si realmente el legislador considera que ésta existe, podrá, en uso de su autonomía, no sólo elevar el límite inferior del marco penal, sino también el límite superior. Hirsch sustenta, en este sentido, que si en el tipo básico del delito de robo violento nos encontramos ante una cualificación dolosa, como consecuencia de considerarse que en él existe algo más que un delito de hurto y unas coacciones, lo que representa un desvío con respecto a las reglas del concurso, sin incurrir en contradicción con el sistema, también será posible que se produzcan cualificaciones imprudentes, es decir, que el legislador proceda de modo análogo en los delitos cualificados por el resultado (82).

Interesará, en cambio, resaltar la segunda característica de los delitos cualificados, en orden a comprobar si le está permitido al legislador imponer una pena por encima del límite superior del marco de la pena del delito base. La concurrencia de una situación de peligro característico sobre el delito base doloso, una vez abarcada subjetivamente por el autor, no supone otro desvalor de acción que el del injusto imprudente del resultado ulterior efectivamente producido; sin embargo, el desvalor imprudente (la situación de peligro inherente al delito cualificado), puede ser valorada por el legislador como merecedora de un juicio de desvalor más grave que en condiciones normales, y en consideración a ello estimar conveniente tipificar y elevar el marco penal del delito base (que, al ser el doloso, habitualmente coincidirá con el delito más grave al que se remite el concurso), para diferenciar esta situación de la que acontece en los supuestos «normales» a los que resultaría aplicable el régimen general del concurso.

Lo que desde luego no resultaría correcto de ningún modo, si se quiere observar el principio de proporcionalidad, sería alcanzar (ni, con mayor razón, superar) el marco penal que resulte de apreciar un concurso ideal entre la pena correspondiente al delito base y la que correspondería a la producción también dolosa del resultado ulterior, y ello porque si las razones de la mayor punición de los delitos cualificados se basan en un mayor desvalor de injusto, el desvalor de la situación de peligro, o lo que es igual, el del resultado imprudente, por muy grave que sea, no podrá igualar o superar al desvalor de injusto que representa la producción dolosa de ese mismo resultado (en concurso ideal con el injusto del delito base).

Este límite absoluto, que en ocasiones sólo podría precisarse con mayor exactitud en atención al análisis de la modalidad de delito cualificado de que se trate, en términos generales, parece respetado por el legislador; sin embargo, en la práctica no siempre ocurre así, ya que en ocasiones lo transgrede o se aproxima demasiado a él. Dos supuestos clásicos de nuestro Derecho positivo, el del resultado muer-

(82) HIRSCH, H. J., *Zur Problematik...*, pp. 70-71.

te en el abandono de niños y el del aborto con resultado muerte de la embarazada, ponen de manifiesto los errores puntuales que deben ser corregidos por el legislador, sin necesidad de llegar a la supresión global de los delitos cualificados.

En efecto, el último párrafo del artículo 411 establece que «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 la muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones a que se refiere el número 1 del artículo 420, se impondrá la pena de reclusión menor, y si se le causare cualquier otra lesión grave, la de prisión mayor». De aplicarse las reglas del artículo 71 a las conductas concurrentes en el delito cualificado de aborto con resultado muerte (modalidad de aborto del art. 411.2 y homicidio imprudente), la pena a imponer sería la de prisión menor en su grado máximo. No obstante, de acuerdo con las premisas antes enunciadas, el legislador, en uso de su autonomía, podría establecer un marco penal cuyo límite superior sobrepasase el marco penal de prisión menor en su grado máximo, si bien éste no podría en ningún caso alcanzar (ni superar) el límite mínimo del marco penal que resultaría de apreciar un concurso ideal entre el mismo delito base (art. 411.2) y la modalidad *dolosa* del resultado cualificante (aquí, homicidio doloso), es decir, la de reclusión menor en su grado máximo. Sin embargo, el límite superior de la pena aplicable al aborto con resultado muerte (reclusión menor), no sólo puede alcanzar, sino también superar, el límite inferior de la pena de reclusión menor en su grado máximo.

Aún más flagrante resulta la infracción de los principios de proporcionalidad y culpabilidad en la modalidad de aborto con resultado lesiones de las previstas en el artículo 420, número 1, pues la pena establecida para este caso sigue siendo la de reclusión menor, muy por encima de la que resultaría de apreciar concurso ideal entre la conducta de aborto del artículo 411.2 y la modalidad *dolosa* del artículo 420.1, que remitiría a la pena de prisión mayor en su grado máximo.

Incluso la concreción de unos límites en abstracto que resulten aplicables a los delitos cualificados por el resultado no resuelve todas las posibles contradicciones que a veces puedan presentar algunas de sus modalidades, cuando el delito base constituye por su parte un delito de peligro (83). Así, el delito de *abandono de niños con resultado muerte*, contenido en el último párrafo del artículo 488 del Código Penal, determina que «cuando por las circunstancias del abandono se hubiera puesto en peligro la vida del niño, será castigado el culpable con las penas anteriores en su grado máximo, y si sobrevi-

(83) Cfr. SCHUBARTH, M., *Das Problem...*, p. 770; vid., también, *supra*.

niere la muerte, se impondrán las penas inmediatas superiores»; calificaciones que en el abandono realizado por el guardador de hecho, tutor o padres del menor (art. 488.2), llevan a imponer respectivamente las penas de prisión menor en su grado máximo y multa, o las de prisión mayor en toda su extensión y multa. En ambos casos se respeta el límite absoluto aludido, y, sin embargo, su regulación encierra una manifestación de responsabilidad objetiva que debería ser corregida sin dilación.

El injusto del tipo básico del delito de abandono lo configura el peligro (concreto) para la *salud e integridad física* del menor, que se deriva de la situación de abandono. En cambio, en el delito de abandono con resultado muerte, el autor debió representarse los elementos objetivos configuradores de la situación de peligro para la *vida* del menor, con cuya representación, sin más, queda cumplido el tipo subjetivo del delito imprudente (84). El marco penal fijado por el legislador para el abandono con resultado muerte en el caso de que el autor fuese el padre, tutor o guardador de hecho, es el de prisión mayor y multa, marco penal que respeta el límite superior que en abstracto se ha fijado aquí para los delitos cualificados. Que en este caso específico el desvalor de injusto del resultado ulterior imprudente abarque o consuma el desvalor de injusto de peligro que el tipo básico del delito de abandono contiene, no empece en nada para que el legislador, en uso de su autonomía, considere esta imprudencia merecedora de una mayor responsabilidad penal; ahora bien, lo que sí resultará seguro es que el límite absoluto del marco penal no vendrá en este caso determinado, por aplicación de la normativa concursal, por el delito de peligro que describe la situación base y el delito doloso correspondiente al resultado ulterior, sino únicamente por el injusto doloso de este último, límite que efectivamente respeta, al no igualar ni superar el límite superior del marco penal asignado a este delito, el límite inferior del homicidio doloso.

Sin embargo, ya se ha indicado en más de una ocasión que en los delitos cualificados, al igual que acontece en los delitos imprudentes, el desvalor de injusto se agota con la efectiva creación del peligro para el bien jurídico lesionado; en nuestro ejemplo, pues, con la constatación por el autor de los elementos que configuran la situación de peligro concreto para la vida del menor. Pero si ello es así, a este desvalor de injusto el legislador le atribuye en el inciso anterior, donde se conmina con pena la puesta en concreto peligro del me-

(84) Vid. STRUENSEE, E., *El tipo subjetivo...*, pp. 435-437, quien, en esencia, mantiene que el desvalor de hecho del delito imprudente lo configura la situación objetiva de riesgo de producción de resultado lesivo, considerado por el legislador «intolerable», mientras que el desvalor de acción, el tipo subjetivo del delito imprudente (la contrariedad a cuidado) lo constituye el actuar del sujeto con conocimiento de la concurrencia en el hecho de aquellas circunstancias objetivas que configuran la situación relevante de riesgo (*El tipo subjetivo...*, pp. 437 y ss.).

nor (85), un marco penal más leve que el que atribuye al abandono con resultado muerte, cuando en realidad la producción efectiva de ésta no supone incremento alguno en el desvalor de injusto realizado por el autor. Consiguientemente, se pone de manifiesto que, tal como está redactado el precepto del artículo 488, late en él una auténtica manifestación de responsabilidad objetiva, al depender la agravación de la pena, no de un desvalor de injusto adicional, que ya ha sido tenido en cuenta por el legislador en el inciso anterior, con la creación del peligro concreto, sino de que se produzca o no el resultado lesivo por puro azar.

Por todo ello, no estaría de más que el legislador introdujera, de algún modo, además de la exigencia establecida en el artículo 1.2 del Código Penal, de cuando menos culpa respecto a la consecuencia ulterior, la formulación de los límites del marco penal para los delitos cualificados en sentido similar al aquí propuesto, y que esta labor estuviera acompañada de una revisión de los marcos penales establecidos para los distintos delitos cualificados establecidos en nuestro Derecho positivo, en virtud de la cual, sin duda, podrían corregirse otros defectos, tales como el acabado de señalar en el delito de abandono de niños con resultado muerte.

(85) La conducta a la que se hace referencia: «cuando por las circunstancias del abandono se hubiere puesto en peligro la vida del niño», constituye ya de por sí un delito cualificado por el resultado (en este mismo sentido cfr. ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal...*, p. 230, y CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, 3.^a ed., 1985, p. 328), que respeta los límites del marco penal aquí establecidos.

Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel (*)

MONIKA FROMMEL

Múnich (R.F.A.)

I. EL PROBLEMA

Cuando se leen los Tratados clásicos de Derecho penal no sorprenden tanto sus conceptos y argumentos, como la brevedad y simplicidad de su arquitectónica. Así, por ejemplo, sucede con los Tratados de Binding, Beling y von Liszt e incluso con el de Adolf Merkel. En este sentido se puede decir que están más cerca de los famosos Tratados de la primera mitad del siglo XIX que de nosotros. La sistemática y la terminología sólo en parte corresponden a los usos actuales. Especialmente de un modo evidente se muestra el Derecho penal receptivo a las influencias del momento histórico. El esquema estructural que hoy es usual se encuentra ampliamente modificado. Sólo en la posguerra, con la polémica entre finalismo y causalismo, se impuso el sistema de estudiar el dolo en el tipo subjetivo antes que la antijuricidad y la culpabilidad. Pero estas modificaciones del esquema estructural no justifican en modo alguno que se diga, a la hora de exponer las fases de desarrollo de la moderna teoría del delito, que la teoría del delito de Welzel «inició una nueva época» («epochmachende Bedeutung») o que supuso la «superación del neutralismo valorativo» («Überwindung des Wertneutralismus») que supuestamente había dominado hasta los años 30 o que los mismos resultados dogmáticos se pueden conseguir también, aunque no se siga la explicación filosófica valorativa del concepto juridicopenal de acción (1).

(*) Traducción de Francisco Muñoz Conde, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Sevilla (España). La versión original de este artículo forma parte del libro *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, editado por Reifner/Sonnen, Campus 1983. El título original es: *Welzels Finale Handlungslehre, Eine Konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht oder die Legende von der «Überwindung des Wertneutralismus» im Strafrecht* (La teoría final de la acción de Welzel. Una respuesta conservadora al Derecho penal de voluntad del nacionalsocialismo —o la leyenda de la «superación del neutralismo valorativo» en Derecho penal).

(1) JESCHECK, 1978, § 22 IV 1.

Que esto es posible lo demuestra ya la Teoría del delito de Graf zu Dohna aparecida en 1936 (2), es decir, también en los años 30 (algo que se dice frecuentemente, al parecer sin segunda intención). Con sobriedad y sin el «pathos» habitual en la bibliografía de la época cuando habla de «eticización del Derecho penal» (3), Dohna define el dolo como consciencia de realizar el tipo delictivo con una acción y lo estudia como elemento del tipo subjetivo tras analizar el tipo objetivo (4).

En cambio, Welzel (5) no pretende resolver cuestiones estructurales o concretos problemas jurídicos, sino una nueva fundamentación metadogmática de la teoría del delito, cuya realización se presenta motivada ideológicamente no sólo por su relación temporal con la bibliografía renovadora de la época.

Si se leen los Estudios sobre el Sistema de Derecho penal aparecidos en 1939 con la esperanza de efectuar un trabajo dogmático sobre el concepto de delito, inmediatamente más de uno se sentirá irritado y se preguntará cuándo ha sido dominante en Derecho penal un «pensamiento causal-naturalista» y hasta qué punto puede la polémica contra una dirección de pensamiento o, en su caso, contra el establecimiento de otra de carácter filosófico valorativo, ayudar directamente a la solución de cuestiones dogmáticas juridicopenales. En el texto mismo se remite al lector de hoy a la explicación de la referencia histórica, invitándolo a investigar la significación de este trabajo dirigido más a la «búsqueda de sentido» (Sinnstiftung) que a la solución de cuestiones jurídicas prácticas.

Esta referencia se pone de relieve, si se leen estos Estudios sobre el Sistema de Derecho penal, no sólo en relación con los resultados

(2) GRAF ZU DOHNA, 1936 (2.^a ed. 1941) (se trata de unos simples apuntes sin bibliografía).

(3) Como era paradigmático en muchos escritos de la época, véase, por ejemplo, SAUER, WILHEM, 1934 a, p. 177. Sauer pertenecía al consejo editor del Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP), que antes de 1933 se llama Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (ARWP), cfr. Frommel, 1984.

(4) GRAF ZU DOHNA, 1936, p. 14. No sorprende que Graf zu Dohna se limite sólo a realizar algunas modificaciones lógicas del esquema clásico sin referirse para nada a las ideas del momento. Ya en su discutido trabajo sobre la antijuricidad de 1905, en el que mantiene la teoría de los elementos negativos del tipo, se muestra bastante distanciado de los juguetes conceptuales ajenos a los problemas jurídicos, siguiendo un método que evita la ideologización, al dejar abierto el ámbito de aplicación (valor cognitivo práctico) de los esfuerzos juridicoteóricos y dogmáticos. Cfr., por ejemplo, la estructura de su obra anteriormente citada: I. Métodos. II. Aplicación de los métodos. Ciertamente intentó Sauer en 1931 rentabilizar el trabajo de Dohna de 1905 como demostración del cambio, que según él, se operó en la dogmática juridicopenal desde una concepción formal hacia una material de la antijuricidad, cfr. SAUER, 1931, p. 171, nota 13. Pero esta construcción surgió más de la necesidad de elaborar una tradición ética ya a finales del siglo pasado que de una exposición de formaciones teóricas absolutamente heterogéneas.

(5) WELZEL, 1931, 703; también en *Studien zum System des Strafrechts*, 1939, p. 491. Recogido en la recopilación de sus trabajos en 1975.

y polémicas de la Dogmática juridicopenal, sino teniendo en cuenta también la forma de proceder de Welzel, y si se analizan los fragmentos del texto que se dedican a la legitimación metadogmática, desde el punto de vista del sustrato social que, claramente encubierto, va a ser legitimado.

En la bibliografía jurídica la exposición de la teoría del delito está, como ha señalado Marxen (6), muy lejos de comprender su tradición en el respectivo contexto histórico. Algunas muestras de un replanteamiento de esta postura se pueden observar, pero aún no se ha puesto en marcha la discusión sobre las particulares diferencias materiales y metódicas que se derivan desde una perspectiva cambiante por principio (7). Hay que esperar que en el futuro los bosquejos históricos que acogen acriticamente la terminología de Welzel, como por ejemplo el reproche de «naturalismo», pierdan fuerza de convicción, porque no puede uno declararse partidario ingenuamente de la «superación del neutralismo valorativo» (Jescheck), cuando está claro que la tendencia, que favoreció tal «superación», comenzó en los años 30 (8) (sin perjuicio de otras eticizaciones del Derecho penal más antiguas, pero que quedaron aisladas).

Partiendo de estas reflexiones voy a exponer ahora las teorías del delito que dominaron el panorama dogmático juridicopenal en los

(6) MARXEN, 1983, *el mismo*, 1975. Lógicamente, esto vale no sólo para la Dogmática juridicopenal, sino en general para todos los procesos de filtro a que están expuestos los tópicos jurídicos tradicionales, y para las explicaciones históricas; cfr., sobre esto, NAUCKE, 1981; *el mismo*, 1982; *el mismo*, 1982 a, p. 525.

(7) Parece, por tanto, recomendable un cierto escepticismo frente al intento de Naucke de oponerse a la instrumentalización del Derecho penal para fines políticos, reformulando el rechazo de base procedente de Kant de las consideraciones utilitaristas políticas (cualesquiera que éstas sean). Marxen trasplanta estas ideas a la teoría del delito y propone, en lugar de la clásica división entre las etapas clásica, neoclásica y finalista, una división entre modelos formales y finales, recomendando la exclusión de consideraciones «politicocriminales» intuitivas orientadas a la imposición de necesidades de pena prejurídicas. Este planteamiento conlleva importantes consecuencias que se podrían evitar si este rechazo de explicaciones «politicocriminales» intuitivas, es decir, no aseguradas científicamente, se limita a la solución jurídica del caso, pero incluyendo la Política criminal como objeto de la Ciencia del Derecho penal. Este desplazamiento de perspectiva conduciría a relevantes modificaciones del modelo propugnado por Naucke y Marxen. No es éste el lugar para explicitar dicho planteamiento. Basta sólo con remitir a la diferente valoración de las relaciones entre Dogmática y Política criminal en el Programa de Marburgo (cfr. NAUCKE, 1982 a, p. 525). Sobre esto existen todavía muchas cuestiones sin responder.

(8) Especialmente sorprendente es la aceptación acritica que hace Bush, 1949, de algunos términos emocionalmente cargados, véase, por ejemplo, lo que dice en la p. 36: «La teoría final de la acción ofrece, además, el único fundamento para esa concepción de lo injusto que afecta a las raíces del Derecho penal, y que se ha venido destacando cada vez con mayor fuerza en la disensión científica de los últimos 15 años (es decir, desde 1934): Derecho penal de resultado, Derecho penal de voluntad, lesión del bien jurídico, infracción del deber...»: también a remolque de Welzel se mueve la exposición histórica de v. Bubnoff de 1966, que, comparada con la de Radbruch de 1904, señala de qué forma tan distinta puede construirse el mismo objeto histórico dogmático. Sobre la importancia historicodogmática de los trabajos de Bush y v. Bubnoff, cfr. JESCHECK, 1978.

años 30, centrándome sobre todo en la teoría de Welzel que es, además de la más importante, la que más influencia ha ejercido. La elección de este autor no se debe a que se le considere un ejemplo de la reacción de la Ciencia del Derecho penal a la toma del poder por los nacionalsocialistas, sino porque aquí nos enfrentamos con un intento, que también se tomó en serio en el ámbito jurídico, de compaginar los cambios políticos con los modelos de la argumentación dogmática característicos del Derecho penal. Además debe tenerse en cuenta que, sobre todo después de 1945, la teoría final de la acción ha dominado la disensión como un desarrollo apolítico de la teoría del delito, uno de los temas preferidos en los libros 'homenajes' (9). Esto provoca la cuestión de su continuidad, situándole al mismo tiempo en un plano que por su lejanía de la praxis nos obliga a determinar la relevancia de la elaboración teórica del Derecho penal.

II. EL DELITO COMO INFRACCION DE UN DEBER

Esta revolucionaria concepción de la, no precisamente cercana a la praxis, teoría general del delito, adoptó en la nueva doctrina científica a veces derroteros voluntariosos. Así, por ejemplo, decía Von Gemmingen en 1935 (pp. 105 y ss.), a la sazón un esperanzado joven docente universitario, con toda seriedad, que «la antijuricidad de la tentativa y ciertamente de la tentativa completamente inidónea es el problema del presente». Pensada como inmanente consecuencia de un «Derecho penal de la voluntad», esta tesis en favor de una «renovación revolucionaria del Derecho penal», como ya anuncia Von Gemmingen de entrada, no carece de lógica interna, ya que la completa ausencia de un resultado observable en el mundo social era idealmente la culminación extrema de un Derecho penal de la actitud interna o, en su caso, de la puesta en peligro, que debería dirigirse a la «voluntad criminal» como tal y no al resultado lesivo social en el mundo externo.

Inequívoco es, sin embargo, el carácter puramente académico de tales esfuerzos bibliográficos —a pesar de su coincidencia con los reclamos de la propaganda nacionalsocialista—. Pero esto no es casual y se puede constatar matizadamente en conjunto en la bibliografía jurídica de la época. Los modelos utilizados por los Catedráticos de Derecho penal y por los que aspiraban a serlo, filtraban los conteni-

(9) En el tema aquí elegido parece reinar una mala ironía. Justamente en 1980 planteaba Lüdersen la tradicional cuestión sobre el contenido real de alternativas tan capciosas como desvalor de acción y/o desvalor de resultado desde el punto de vista sociológico, lo que realmente produce perplejidad. Baumann, en una recensión de 1981, indica que estas viejas disputas están vinculadas desde 1930 al finalismo. Debe además añadirse que en 1933 tales discusiones se politizaron y que, entre tanto, la moderna discusión se ha hecho verdaderamente inextricable.

dos políticos. La función legitimadora de algunos escritos es relativamente limitada. Pero el hecho de que autores nacionalsocialistas, tras los cambios políticos de 1933, pudieran afirmarse en la cúspide de la reputación científica, confirió incluso a exageraciones dogmáticas tan chocantes como las citadas anteriormente, una función legitimadora también para la cada vez más inhumana praxis. Lo que se dice en las tesis académicas fácilmente se puede transplantar a los escritos abiertamente propagandísticos. Así, por ejemplo, el alto «status» dentro del aparato de la Administración de Justicia de Freisler garantizaba la relevancia del Derecho penal de la voluntad que él propugnaba (10). En cambio, sólo por la frecuente cita de los jóvenes penalistas de mayor éxito, Dahm y Schaffstein (11), incluso entre los autores conservadores más escepticos (12), se puede deducir la aceptación cada vez más extendida de la ideología nacionalsocialista dentro de la Ciencia del Derecho penal.

Por lo que se refiere al efecto legitimador, tanto el Derecho penal de la voluntad como la teoría de los tipos de autor de la Escuela de Kiel (13) pueden considerarse como una unidad ideológica, cuya intención era lograr una subjetivación, relativización y anticipación de la intervención del Derecho penal (14). Estas teorías trajeron a la Dogmática de la teoría general del delito un sistema monista, que sustituyó la clásica separación entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad por un pensamiento unitario sintético y que, con la conversión del tipo tradicional en un tipo de autor, dejó la puerta abierta a un

(10) Ya, desde muy pronto, se observa esta tendencia en la Memoria del Ministro prusiano de Justicia Kerrl (siendo Secretario de Estado Freisler) de 1933. El estilo en esta primera etapa del dominio nacionalsocialista era verdaderamente marcial, aunque aparece menos acentuado en el trabajo de Freisler en 1934. El mismo estilo aparece también en la fundamentación oficial del Ministerio de Justicia de 1936, igualmente propugnando un Derecho penal de voluntad eticizante, véase Gürtner/Freisler (esp. pp. 33 y ss.).

(11) Un enorme éxito tuvo la coproducción de estos dos autores que se perfilaban como los representantes de la nueva generación, DAHM/SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht*, aparecida en 1933, pero concebida en 1932. Véase también DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, 1935; y SCHAFFSTEIN, 1935.

(12) Por ejemplo, ZIMMERL/SCHWINGE, 1936; SCHWINGE, 1938. Igual que Heck, ambos autores aseguraban que con el método teleológico «en verdad» podrían ser mejor realizados los intereses del legislador, lo que nadie les discutía, cfr. DAHM, 1938, pp. 225 y ss.

(13) Representada por diversos autores, incluso no penalistas, tales como: Dahm, Huber, Larenz, Michaelis, Schaffstein, Siebert, 1935.

(14) La acogida tan rápida que tuvo esta dirección en los sectores políticos no se puede explicar por su naturaleza de medidas a largo plazo de tipo político-personal provenientes del exterior. Así, por ejemplo, según las Estadísticas, la jurisprudencia utilizó desde el primer momento la Ley sobre el Delincuente Habitual de 1933 con la aprobación expresa del Tribunal Supremo (RG). Igual sucedió con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (RG) sobre la protección de la sangre, que se dio bajo la presidencia de Bumke, véase la biografía de Bunke escrita por Dieter Kolbe, 1975. Muy expresivo es también el análisis que hace Hans Robinson, 1977, de la jurisprudencia de los Tribunales de Instancia.

juicio global de reproche (comprendido tanto de la antijuricidad como de la culpabilidad). Los elementos retóricos de la «nueva teoría del delito» son inequívocos. Desde luego también se hubieran podido conseguir los mismos resultados dogmáticos a través de una ampliación del concepto de bien jurídico hipervalorando los intereses sociales, pero esto hubiera estado en contradicción abierta con el estilo de eliminación de los enemigos científicos (en parte, inventados) y de lucha contra formas de pensamiento supuestamente inevitables (un estilo cuya fuerza movilizadora no debe ser subestimada). En esta lucha fueron «aplastados» los defensores del llamado pensamiento del bien jurídico a pesar de haberse declarado muchos de ellos partidarios del nacionalsocialismo, y del mismo modo fue aplastada también su congruencia metódica, «el pensamiento teleológico».

Desde luego, tanto uno como otro, tal como, por ejemplo, se encuentran desarrollados en el Tratado de Mezger (1933, p. 200), hubieron podido ser también instrumentalizados. Así, por ejemplo, mantenía Klee (15) un concepto de bien jurídico tan nebuloso como el de Mezger, y proponía considerar las «condiciones de vida del pueblo» como «intereses» legítimos, es decir, como bienes jurídicos; una reformulación del concepto de bien jurídico que ya había criticado von Liszt fuertemente a Binding —si bien en unas circunstancias políticas distintas—. Efectivamente, von Liszt criticó, en un importante trabajo, posteriormente ignorado por la doctrina penal, este concepto central del sistema de Binding, que lo describía como un «estado» (16) en el que no era necesario «ninguna modificación visible del mundo externo, ningún cambio en las personas o cosas, ninguna alteración de las leyes causales que rigen la naturaleza». La consecuencia de este «irreal» concepto de bien jurídico es, en última instancia, que «todo» lo que a los ojos del legislador aparece como valioso, por las razones que sean, se convierte en objeto de ataque y en bien jurídico de la respectiva norma penal.

De este modo, el concepto de bien jurídico pierde sus contornos, quedando libre el pensamiento político-criminal para cualquier tipo de especulaciones sobre lo que puede definirse como digno de protección. Por más que también se puedan formular objeciones contra las ideas preventivas patrocinadas por von Liszt, marcadas por el sello de la época (17), no por eso dejan de ser actuales sus críticas

(15) KLEE, 1936, p. 1; en contra, SCHAFFSTEIN, 1935 a, p. 97.

(16) VON LISZT, 1905, pp. 226 y 228. La definición en Binding se encuentra en la edición de sus *Normen* en 1872 y todavía en su *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, AT (1907), p. 113. La misma línea siguen MEZGER y KLEE, cfr. MONIKA FROMMEL, 1984 a.

(17) En contra de lo que piensa NAUCKE, 1982 a, p. 325, debe hacerse notar que la discusión en el ámbito del Derecho penal hasta la 1.ª Guerra Mundial no solía utilizar los datos estadísticos como se utilizaron después, así que los paralelismos entre esta época y la posterior a 1933 en relación con un ámbito tan abstracto como el del «Derecho penal de voluntad» sólo serían convincentes si existiera una función com-

al concepto de bien jurídico de Binding, anticipando la cuestionable evolución que luego tuvo este concepto central del pensamiento juridicopenal. Lo interesante es que la doctrina nacionalsocialista, al atacar el pensamiento del bien jurídico —con todas las transformaciones operadas en éste, tanto antes como después de 1933—, atacaba también el núcleo racional de un pensamiento basado en la verificación empírica de los resultados externos socialmente dañosos. Las razones de este proceder pueden verse claramente en la ley promulgada en 1935 (paralelamente a la supresión de la prohibición de la analogía), sobre «protección de la sangre y el honor alemán».

Por supuesto, que ni Klee, ni Mezger tenían nada, ni desde el punto de vista ideológico, ni desde el dogmático, contra un bien jurídico como el de la «pureza de la sangre alemana». Pero era, sin duda, más impactante flagelar, no sólo la lesión de un «bien jurídico», sino la actitud reprochable antisocial, sobre todo si era la de los judíos, castigados de un modo especialmente duro. Como indicio de «antisocialidad» se consideraba además toda acción que pudiera interpretarse sexualmente —en lo que los jueces alemanes eran puntillosos en extremo—, lo que ciertamente en el marco de tales superbienes jurídicos o cuasi bienes jurídicos puede llegar a ser también una rutina jurídica teórica y práctica, pero más necesitada de fundamentación que la solución del reproche.

La principal peculiaridad de la doctrina nacionalsocialista fue su carácter *etizante*, lo que en la estructura del concepto del delito condujo a un sistema *monista* que pretendía unificar los diversos grados del concepto clásico. La culminación de todo esto fue el *Derecho penal de autor*, sobre todo a partir de 1933 (18), combinado con el *juicio de reprochabilidad o desvaloración*, auténtica declaración de guerra a «los criminales». Esta teoría juridicopenal venía, en definitiva, a *legitimar los cambios reales* que en aquel momento se estaban produciendo.

III. LA TEORIA FINAL DE LA ACCION

Contra el modelo monista del «Derecho penal de voluntad» y de la Escuela de Kiel, Welzel intentó en 1939 seguir manteniendo el esquema tripartito tradicional. De las cuestiones dogmáticas que de ello se derivan no nos vamos a ocupar aquí.

parativa en el sistema y una relevancia siquiera análoga para la concepción politicocriminal. Sobre el empobrecimiento del pensamiento politicocriminal, véase PILGRAUN, 1980, p. 81.

(18) Sólo en 1940, entendido en el sentido del llamado concepto normativo de autor, cfr. DAHM, 1941, y además MEZGER, 1941, p. 353, en un informe sobre una reunión de penalistas en la que se trató del tema.

Welzel restauró el concepto de acción, aunque más fuertemente vinculado a la voluntad criminal que al resultado externo, que en su terminología se consideraba «naturalista», un pensamiento contra el que Welzel a su modo también polemizó en artículos que, a pesar de su tono moderado, pueden considerarse como bibliografía «de lucha» (19). La acogida de estos trabajos fue mejor en lo que se refieren a la crítica al «naturalismo» y al supuesto «positivismo» de von Liszt y sus seguidores, que en relación con las consecuencias dogmáticas juridicopenales, que Schaffstein, en una recensión muy indicativa de la reputación de Welzel (20), consideró ambivalentes. Para Schaffstein, el planteamiento de Welzel era —desde el punto de vista de la Escuela de Kiel— demasiado «filosófico y metodológico», cuestionando hasta qué punto «traspasaba la maraña conceptual característica del pasado». De todos modos, la misma fecha de aparición del trabajo, demuestra que Welzel estaba más bien en la retaguardia de los que aspiraban a una «renovación jurídica». En 1939 los procesos judiciales estaban siendo sustituidos o superados por la intervención policial directa (21).

En lógica correspondencia con ello en esa época estaba muy relativizada la importancia legitimadora de las teorías jurídicas, que habían sido más importantes en 1932-1933 e incluso todavía en 1934, por tratar de tender un puente con las fuerzas conservadoras y obtener su apoyo. Pero en 1939 este proceso había concluido. La teoría de Welzel se presenta así vista como una cauta modificación de la concepción dogmática juridicopenal de la fase inicial. *Cauta*, en tanto que la fundamentación filosófica valorativa apenas afectaba a la polémica contra la idea de bien jurídico, ni a la, al mismo tiempo, subjetiva y ontológica concepción de la acción, auténticos pilares de la «renovación jurídica», sino que las resaltaba filosóficamente. *Modificación*, en tanto que Welzel no adoptó el sistema monista, sino que siguió diferenciando entre injusto y culpabilidad, que no debían ser confundidas en una comprobación global de la reprochabilidad, aunque, eso sí, manteniendo el carácter etizante.

(19) WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, 1935, recogido también en la recopilación de 1975. Este trabajo de Welzel fue citado elogiosamente, por ejemplo, por GALLAS en *Gleispach-Festschrift*, 1936, p. 55 (nota 13). Es digno de resaltar el paralelismo destacado por Gleispach entre «pensamiento jurídico liberal» y «pensamiento jurídico naturalista» o «positivista» (nota 14). Desde luego, quien polemizaba en 1935 contra la «ideología» del «naturalismo», tenía que ser consciente de las consecuencias políticas que esto tenía, pues el lenguaje de la época era inequívoco.

(20) SCHAFFSTEIN, 1937, p. 112. Igualmente ambivalentes, MEZGER, 1935, p. 1394, y VON GEMMINGEN, 1937/1938, p. 244. Ambos estaban de acuerdo con la tendencia básica, aunque no con la forma de su realización, lo que demuestra que Welzel en el Tercer Reich sólo en parte pudo imponer su teoría, que, sin embargo, se impuso rotundamente sin apenas modificaciones tras 1945.

(21) Véase el trabajo de Helmut Mayer igualmente publicado en este colectivo (*Reifen/Sonne, Strafjustiz im Dritten Reich*, 1983).

Un último dato de referencia es la teoría de los tipos de autor formulada en 1940 por Dahm (22) y frecuentemente utilizada en el Derecho penal de guerra. Lo característico de esta teoría es que aparentemente está basada en la Criminología, pero en el fondo es puramente normativa.

Aunque en cierto modo puede servir para explicar el llamado delincuente habitual peligroso, la propia jurisprudencia acogió con escepticismo el tipo de autor del asesino (cfr. Frommel, 1980, p. 559), quedando finalmente sólo para dar una cierta justificación metódica a las vagas descripciones, tales como «dañoso para el pueblo», que se utilizaban en el Derecho penal de guerra. Welzel reaccionó ante estas exageraciones con teoremas especialmente universalistas, aunque también legitimadores. Así, por ejemplo, se puede leer en su «Personalidad y Culpabilidad» (1939, pero citado por la edición de 1975), tras una extensa descripción de los «momentos esenciales y los principios estructurales de la personalidad según las más recientes aportaciones de la psicología, la antropología y la psicología del carácter» (p. 116), que la teoría del «tipo normativo de autor» dogmáticamente no es más que «el tipo criminológico (mejor caracterológico) de autor, viniendo sólo a poner de relieve la hace ya tiempo conocida tendencia del Derecho penal hacia un concepto personal del delito y destacando la importancia que, sobre todo en el Derecho penal de guerra, tienen los elementos subjetivos que se refieren a la actitud interna del autor» [*ob. cit.*, nota 61 a)]. Y finalmente también en sus estudios «sobre el concepto sustancial de ley penal» (de 1944, pero citado por la edición de 1975) expresa con motivo de la delimitación de la teoría de los tipos normativos de autor «dentro del Derecho penal de guerra», sus especulaciones filosóficovalorativas sobre las estructuras prejurídicas que sirven de base a toda norma (dando por supuesta «la equivalencia entre todos los actos creadores de normas»). El lenguaje se llena de referencias valorativas, «valores de la acción», «valores de la actitud interna», precisamente en el momento final de la barbarie. Después de todo esto más de uno se preguntará cómo pudo alcanzar la teoría final de la acción tanta importancia a partir de 1945; una teoría que originariamente tuvo una función legitimadora, pero que, en su construcción, llegó demasiado tarde y respondía a una concepción filosófica «anticuada».

IV. LA RETORICA DE EFICACIA DE LA LUCHA CONTRA EL DELITO

Una explicación de la recepción ingenua o, por lo menos, aséptica de la teoría después de 1945 puede ser la forma en que se fue elabo-

(22) Cfr. la, por lo demás extremadamente cauta, crítica de Bockelmann en su escrito de habilitación de 1939/1940.

rando, tanto antes como después de esa fecha. En su fase inicial no se era consciente de la función legitimadora del sistema que estaba cumpliendo. Un buen ejemplo de ello es el reproche que Welzel dirige a Radbruch de haber favorecido con su «relativismo» «la entrega del Derecho al poder» (Welzel, 1951, p. 188). Sorprende, sin embargo, el mutismo observado por los partidarios de la «etización» del Derecho penal antes del «desastre» de 1945 (23). Kern (24) citaba, por ejemplo, una memoria que se dirigió en 1944 al Ministro de Justicia, censurando la praxis de la Gestapo imponiendo arrestos preventivos al margen del proceso judicial, y «explica» este evidente recorte de competencia de los jueces en la fase final de la guerra utilizando una conferencia que Hans Frank pronunció en 1942 sobre «Idea del Derecho y comunidad popular» (y que después utilizó en 1953 en su defensa) en la que dicho autor decía: «Creo que la dirección autoritaria del Estado e independencia del poder judicial son compatibles, y que también es posible la seguridad jurídica en un Estado autoritario. La mayor parte de los jueces realizan extraordinariamente bien su labor. Sólo a través de una decisión judicial pueden limitarse la libertad, el honor, la vida o una propiedad justa y adquirida honradamente» (Kern, 1954, p. 282). Por muy indignante que pueda parecer esta «justificación» del nacionalsocialismo en un manual de 1954, utilizando tópicos como «Idea del Derecho y comunidad popular», tanto más gráficamente se expresa la incapacidad de muchos juristas en los años 50, e incluso en los 60, para constatar algo más que una simple pérdida de competencias de los jueces o incluso el fallo de algunos. Esto sólo puede significar una revalorización de aquella época, con lo que incluso podríamos, con Kern, destacar el «prestigio de la Administración de Justicia», que él equipara con el «prestigio de los jueces», y seguir considerándola como la «guardadora del Orden jurídico», «portadora de la idea de justicia», devolviéndole «la posición que le corresponde dentro del Estado y el respeto que merece por parte del pueblo» (25). A esta función atribuida por Kern a la Administración de Justicia como guardadora de la seguridad jurídica en el Estado autoritario y, por ello, merecedora de gran «respeto», corresponde una imagen del Derecho penal como eficaz «instrumento de lucha contra el delito», anticipando, subjetivizando y ampliando su «ámbito de protección». Toda esta retórica se expresó del modo más vehe-

(23) Como se ve en la hermética autobiografía de Sauer, 1958, véase, por ejemplo, la p. 159.

(24) KERN, 1954, pp. 244 y ss.: la situación real de la Administración de Justicia bajo el nacionalsocialismo.

(25) EBENDA, pp. 282-283. Como se puede ver en sus respectivas biografías, tanto el Ministro de Justicia Gürtner como el Presidente del Tribunal Supremo Bumke consideraban más importantes los conflictos de competencia que los contenidos. El escrito de Kern es, por tanto, una buena muestra de esta actitud (véase la biografía de Gürtner, en KOLBE, 1975, y la de Bumke, en EKKERHARD REITTER, 1976).

mente en 1932 por Dahm y Schaffstein que pedían mayor dureza y fue, más que ninguna otra, la fórmula ideal para legitimar el nuevo sistema.

Las estadísticas oficiales, que ya en 1933 reflejan un aumento en la dureza de las penas y, con excepción de los delitos sexuales, un retroceso en el número de condenados, fueron utilizadas como una prueba del «éxito» del nuevo sistema; pero lo que en realidad indican es la pérdida de funciones de la Justicia —cosa que, por lo demás, corresponde a la lógica interna de la llamada eficacia—. Hablar de «éxito» en la «lucha contra la criminalidad» significa, estadísticamente, bajar las cifras de condenados, lo que necesariamente pasa por una mayor selección de lo que se define como criminal y, en un modelo represivo, por la ejemplaridad del castigo; a diferencia de lo que ocurre en el modelo liberal, que castiga mucho más suave y matizadamente. Así empezó la praxis a partir de 1933 a castigar ejemplarmente algunos tipos de criminalidad.

Pero este «éxito» no conllevó una siquiera parcial descriminalización en otros ámbitos de criminalidad, que, de todos modos, junto con los enemigos del Estado y los llamados asociales, fueron controlados directamente por la policía, con todas las consecuencias derivadas de un sistema así estructurado.

A la Ciencia del Derecho y a las teorías dogmáticas del Derecho penal le correspondía legitimar esta selección con imágenes del enemigo que fueran plausibles. Y aunque efectivamente se dio está legitimación con modelos matizados, la verdad es que no tuvieron la menor importancia dado el creciente poder de la Gestapo. Nadie fue, sin embargo, consciente de ello, porque se vivía en un mundo puramente ideológico en el que actuaba una única voluntad estatal con los medios de la Administración de Justicia y conforme a reglas jurídicas, aunque, en realidad, había una auténtica lucha de competencias (26).

Por lo demás, la retórica de la eficacia en la lucha contra el delito ha sobrevivido evidentemente al nacionalsocialismo; pero en 1933 se apoyaba ideológicamente en una «etización» del Derecho penal, sin darse cuenta de que su principal particularidad era una actuación ciega y, por tanto, desconocedora de las circunstancias reales.

Las ideas que he expuesto anteriormente pueden servir para analizar más detalladamente la relación existente —y no sólo en 1933— entre el clima político-criminal y la elaboración de las teorías dogmáticas en Derecho penal. El Derecho penal siempre refleja la imagen de la sociedad a la que sirve y no puede prescindir de las necesidades prejurídicas que reclaman el castigo. Vistas así las cosas, el «Derecho penal de voluntad» y la fundamentación filosófico-valorativa que Welzel propugnaba en 1935, no eran más que la última consecuencia de un clima politicocriminal que reclamaba «mayor dureza», ignorando las consecuencias que estas posturas podían tener. Habrá quien consi-

dere que, en todo caso, estas consecuencias no incumben al «jurista». Desde luego, la Ciencia alemana del Derecho penal era en los años 30 bastante enemiga de los conocimientos empíricos. La polémica de Welzel contra «las bases ideológicas de la Ciencia del Derecho penal», que en 1935 sólo podían referirse al «positivismo naturalista» de von Liszt, expresan claramente esta actitud contraria a los hechos empíricos. El que Welzel, a pesar de ello, pudiera convertirse en el Larenz de la Ciencia del Derecho penal de los años 50, prueba una vez más que la ignorancia que muchos juristas tenían de la investigación científica de las consecuencias politicocriminales había cambiado poco. La situación, entre tanto, ha ido mejorando, aunque existe todavía en Alemania una especial inclinación por valorar exageradamente las teorías expuestas en los libros y escasamente basadas en datos empíricos; una tendencia que desde luego tiene efectos negativos para la Política criminal.

Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal (*)

GÜNTHER JAKOBS

Catedrático de Derecho penal y Filosofía del Derecho
de la Universidad de Bonn (Alemania Federal)

I

a) En una sociedad cuyos miembros, además, se encuentran en contacto aunque no se conozcan, o no del todo, deben garantizarse «standards» de conducta generales; pues, si no, sólo cabe orientarse tras indagar con tiempo y esfuerzo cómo será el comportamiento que se puede esperar de los demás, siempre y cuando la indagación llegue a buen término. Ejemplo: nadie se podría conducir en el barullo de un mercadillo si tuviese que contar, seriamente, con todo lo posible en un torbellino humano. Sin embargo, con el Derecho se trata —entre otras cosas— de garantizar comportamientos; y, por lo que se refiere al Derecho penal, de una forma que depende de la constitución del correspondiente destinatario de las normas: sin tipo subjetivo (dolo e imprudencia, conjuntamente: evitabilidad) y sin culpabilidad no hay responsabilidad. ¿Por qué puede permitirse el Derecho penal este subjetivismo —lo opuesto a la estandarización—? O dicho de otra manera, ¿cuál es la tarea de la parte subjetiva del tipo? La tarea se describe frecuentemente como protección del autor frente a exigencias excesivas, como límite de la punibilidad a hechos en los que el autor «hubiese podido comportarse conforme a Derecho, decidirse por el Derecho» (1). Pero, ¿por qué y en qué límites puede el Derecho penal proporcionar protección frente a tales exigencias abusivas? El intento de aclararlo habrá de modificar al mismo tiempo, profundamente, los límites de la parte subjetiva del delito en algunos puntos.

(*) Traducción de Joaquín Cuello Contreras, del original alemán *Über die Aufgabe der subjektiven Deliktsseite im Strafrecht*, publicado en H. WITTER (ed.), *Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 1987, pp. 271-286.

(1) *BGHSt* 2, pp. 194 y ss., 200.

La profunda colisión entre estandarización y subjetivización puede dulcificarse en algunos ámbitos vitales mediante un tipo especial de delito; respecto a este tipo, el Derecho no pregunta por la «capacidad» del autor para enjuiciar las *consecuencias* de una desviación respecto al comportamiento «standard», sino que le obliga a un comportamiento «standard» aun cuando aquél no pueda prever consecuencia negativa alguna (que quizá ni siguiera amenaza producirse). Evitabilidad y culpabilidad sólo deben relacionarse en estos delitos de peligro abstracto (2) (ejemplo: § 316 StGB, embriaguez en el tráfico) con la desviación respecto a un «standard» previamente descrito, no con (otras) consecuencias del comportamiento. No obstante, quedan motivos suficientes para ocuparse, por tres razones, de la colisión entre estandarización y subjetivización. En primer lugar, también los delitos de peligro abstracto tienen una parte subjetiva del delito (ciertamente abreviado). En segundo lugar, sus penas son siempre claramente inferiores a las de los correspondientes delitos de lesión; no son, pues, sustitutos del mismo valor que los delitos de lesión. En tercer lugar, y fundamentalmente, sólo existen delitos de peligro abstracto en determinados ámbitos; en una sociedad dependiente de contactos intensos entre sus miembros está excluida la posibilidad de normar el comportamiento humano completa o prioritariamente sin atender a sus consecuencias. Así, la relación de un médico con sus pacientes sólo sería regulable, en el mejor de los casos, periféricamente (por ejemplo, a través de la regulación jurídica del uso de medicamentos); lo mismo puede decirse de las relaciones educativas, económicas, relaciones en la vida privada y, en general, para todos los contactos no meramente estereotipados.

No sólo la necesidad de estandarización, sino también otra circunstancia, aparece a primera vista en contradicción con la consideración de la parte subjetiva del hecho. En un orden basado en la libertad no pueden admitir las personas responsables el control ajeno sobre su organización interna; lo interno no es objeto de regulación jurídica. Cabría esperar que, como compensación por esta libertad, cada uno tendría que responder por su uso satisfactorio al menos en la medida en que queda por detrás de la media del rol que se le exige (3). Así ocurre, también, en ámbitos determinados, pero no genéricamente. Respecto al *querer*, aparte de las situaciones disculpantes normativizadas, la configuración de la organización interior se define como cosa propia de cada persona responsable; nadie puede apelar para disculparse a que no pudo conducirse respetando la norma «con la mejor voluntad». ¿Por qué ha de ser distinto respecto al *saber*,

(2) Vid HASSEMÉR (1973), pp. 219 y ss.; JAKOBS (1985), pp. 767 y ss.

(3) Las correspondientes propuestas de objetivación —WIMMER (1959), p. 1757; BOOS (1960), p. 373— no han sido aceptadas, al menos en la teoría y legislación penales; su eficacia, reducida, en la Jurisprudencia, no debe pasarse por alto.

siendo así que ambos, el conocer y el querer, están libres del control ajeno? Formulado de otra forma, ¿no sería adecuada, al menos en determinados ámbitos, una especie de responsabilidad por el resultado?

b) Tampoco la responsabilidad por el resultado funciona sin atribución. Si, según la antigua leyenda (4), Odin, junto con otros, mató a una nutria, y porque la nutria era un hombre transformado, debió pagar una compensación, aun cuando ninguno de los autores pudo llegar a conocer la transformación, pese a las dudas sobre la semejanza entre el hecho penal de la leyenda y un hecho penal tal como hoy lo entendemos (5), resulta inevitable el paralelismo: el resultado es atribuible. El acontecimiento es interpretado de tal manera que la nutria no causó su propia muerte, sino que fue matada por los autores; con otras palabras, al hombre transformado en nutria no se le atribuye el hecho de haberse dirigido al lugar donde los autores pudieran matarle, sino que se le atribuye a los autores el hecho de haber matado. Lo que no se puede aclarar sólo con la causalidad; una responsabilidad por el resultado basada en la causalidad debería atribuírsele tanto al autor como a la víctima, y, además, a innumerables personas que, todas juntas, han sido causantes del resultado. La consecuencia sería, en lugar de una posibilidad de orientación, una atribución inexpresiva a cualquiera que tuviera un contacto casual con el autor o la víctima. En la leyenda no se trata de una responsabilidad sólo por la causación del resultado; más bien se define a *una* simple parte del hilo causal existente como única causación decisiva: tampoco la responsabilidad por el resultado es simplemente responsabilidad por la causación (6), sino responsabilidad a causa de la *incumbencia* en una causación. La responsabilidad confirma, pues, no sólo la complejidad de causas implicadas en cada acontecimiento nocivo, sino que aísla una parte del complejo como causa decisiva.

La responsabilidad penal por el resultado presenta inconvenientes. Para demostrarlo hay que aclarar, en primer lugar, que en un Derecho penal en el que la responsabilidad por consecuencias causales produce los mismos efectos que la responsabilidad por consecuencias evitables, no sólo a veces, sino por principio, no se presta consideración alguna a los límites de la capacidad. La responsabilidad por el resultado no se puede concebir como responsabilidad por culpabilidad, en su entendimiento actual, más responsabilidad por lo fortuito —cuya suma produciría algo tan monstruoso que nadie podría entender—. La pregunta del autor: «¿Cómo me podría haber organizado según un plan para evitarlo?», es absolutamente improcedente en la respon-

(4) BRUNNER (1890), pp. 488 y ss.

(5) ACHTER (1950), pp. 10 y ss. y *passim*; E. KAUFMANN (1958), pp. 16 y ss. y *passim*.

(6) Sobre la especificación de la atribución de la conexión simplemente por asociación del resultado con el responsable, vid. HASSEMER (1981), pp. 204 y s.

sabilidad penal por el resultado, como lo es la pregunta en el Derecho penal actual de la culpabilidad —al margen de los casos de inexigibilidad—: «¿Cómo habría podido organizar según un plan motivos para respetar la norma?» Ciertamente que en la responsabilidad penal por el resultado es útil (aunque no suficiente) la disposición individual para evitar el resultado; pero la falta de disposición individual para evitar el resultado no tiene nada que ver con el fundamento de la pena.

Ahora bien, no es posible establecer caprichosamente en qué límites puede un sujeto apelar de forma disculpante a sus capacidades y en cuáles no; pues en Derecho procesal no se puede negar aquello a lo que uno se presta diariamente sin rechistar, y no se puede postular lo que ni se encuentra ni se exige cotidianamente. Si los caracteres que identifican a un acusado son completamente distintos a los de un hombre ordinario, el hecho no podría tener lugar cotidianamente (7). En una vida diaria en que las personas persiguen juntas proyectos o se basan, dividiendo el trabajo, sobre los rendimientos de otros, aquéllas deben exigir que se reconozcan límites a las propias capacidades y concedérselos a las capacidades de los otros si quieren alcanzar sus metas. Sólo en contactos sociales aislados y laxos puede prescindirse por completo de la organización interna del otro; a medida que los contactos son más frecuentes e intensos, esto llevaría, debido a las progresivas posibilidades de daño, al fracaso de los proyectos propios. Ejemplo: no se puede reaccionar siempre conforme a las reglas de responsabilidad por el resultado si, de entre el grupo que efectúa una mudanza en una vivienda reducida, alguien recibe un pequeño roce; si se reacciona así fracasa la comunidad. Quien, en tal situación, juzga a un autor sin atender a su organización interna, parte de una norma que no se adecúa al ámbito que debe regular, es decir, a lo cotidiano. La atribución de consecuencias casuales de cara a la estabilización de expectativas cotidianas no es sólo superflua, sino también obstructiva. Este argumento esgrimido en contra de la responsabilidad por el resultado se desvirtúa, naturalmente, si no existen expectativas cotidianas, o si no se trata de una relación entre personas, sino del divino creador de un orden; frente a él, la ceguera puede constituir una falta. Como ocurre cuando el Derecho se interpreta a partir de relaciones míticas naturales. Pero puesto que estas desvirtuaciones no alcanzan evidentemente a la sociedad de hoy ni a su Derecho penal (pero sí a ordenamientos históricos con responsabilidad por el resultado), no serán objeto de ulterior consideración.

(7) Dicho sea de paso: por ello la responsabilidad por el resultado (como la atribución del resultado feliz) posee un residuo de no cotidianeidad. Respecto a una gran desgracia (o a una gran suerte) ocasionada casualmente, casi nadie podría tranquilizarse sólo por medio de la aclaración basada en la casualidad.

c) La conclusión obtenida hasta ahora sólo excluye una responsabilidad por el resultado que contradice la práctica cotidiana. Pero, puesto que la cotidianeidad discurre en gran medida entre portadores de roles fijos, no se ha obtenido todavía nada en relación con el problema esbozado al principio acerca de cómo se concilia la subjetivización del Derecho penal con la necesidad del comportamiento estandarizado. ¿Debe determinarse la evitabilidad del resultado desde la perspectiva de un portador de roles o desde una persona con sus atributos individuales? El argumento contra la responsabilidad por el resultado obtenido de la práctica cotidiana parece hablar *en favor* de una responsabilidad en función del rol.

Al tratar la responsabilidad por el resultado se mostró que ésta no puede concebirse como una suma de responsabilidad por la culpabilidad y por la causalidad, sino que debe fundamentarse exclusivamente con independencia de la culpabilidad. Lo mismo ocurre con una responsabilidad por el rol. Tampoco ésta podría formarse como suma de algunos casos de culpabilidad de una persona individual y algunos casos de culpabilidad de un portador de roles, sino que debería orientarse exclusivamente a portadores de roles. Nuevamente sería útil la disposición a evitar el resultado para eludir la pena, pero eso no tendría nada que vez con el fundamento de la punición. En el caso de la responsabilidad por el rol se despreciarían, pues, las propiedades específicas de una culpabilidad dirigida a la persona individual *en todos los casos*. Este sería el precio a pagar para que *en algunos* casos, es decir, aquellos en que el rol desborda al individuo, no hubiera que renunciar a las garantías penales. Por ello, es necesario tener dos ideas a la vista en relación con la valoración de la capacidad de rendimiento por medio de la atribución basada en roles: no sólo el aumento del «standard» garantizado penalmente en algunos casos, sino también la modificación del contenido de garantías en todos los casos. La atribución penal dirigida a las capacidades individuales va más allá de los roles. Ello no quiere decir que, del fracaso individualmente reprochable en *un* rol, deban derivarse necesariamente, siempre, consecuencias para cada rol; pero puede ser así, pues el fracaso se refiere no sólo a los caracteres identificadores del portador de roles, sino que alcanza también a aquella parte del sujeto que funda la unidad del portador de roles distintos, es decir, los caracteres identificadores del sujeto independientes del rol. El fracaso puede haberse producido en muchos otros ámbitos vitales, en el mismo sentido en que el autor no ha satisfecho pretensiones que él, en todo caso, o en numerosas situaciones, debe satisfacer. Ejemplificándolo: un cirujano que no respeta en su trabajo *lo que para él fue evitable*, no puede eludir la duda sobre su competencia en otros roles apelando a que el fracaso fue uno específico de un rol, pues se trata del fracaso de aquella parte del sujeto común a varios roles, si no a todos. El autor debe, por tanto, arrastrar el estigma obtenido en un ámbito

vital también en otros ámbitos vitales. El hecho no sólo proporciona motivo para distanciarse a las personas que se tratan con él en los roles en que ha fracasado, sino que aquél resulta aislado en cuanto a la asunción de roles.

La individualización excluye la separación de roles. La separación de roles no sólo propicia el deber de satisfacer exigencias procedentes de diversos ámbitos vitales, sino también la libertad para no resultar desautorizado en cualquier otra situación, por la falta en una sola. Esta libertad queda excluida por la atribución orientada a las propiedades individuales. Precisamente la tarea de una atribución es la de propiciar un distanciamiento lo más amplio posible del autor.

Con ello debería quedar claro por qué el Derecho penal permite renunciar a la estandarización (8): no se trata de aquilatar un principio de culpabilidad jurídicamente apriorístico o de algo semejante, sino de que el precio a pagar por una estandarización sería muy alto. Este precio consistiría en un relajamiento de la carga del autor en *todos* los casos. Todo autor podría introducirse en otras posiciones; él habría fracasado, ciertamente, en un determinado rol, pero en otros exigiría, antes y después, ser tratado como si nada hubiera ocurrido.

La renuncia a una garantía penal del «standard» debe resultar no sólo porque de lo contrario se debilitaría la posibilidad de un distanciamiento del autor, sino que puede resultar no perjudicial porque existen equivalentes funcionales (9), fundamentalmente en forma de deberes civiles compensatorios, cuyo cumplimiento, en parte, está garantizado, a su vez, por seguros y medidas semejantes. Además, respecto a profesiones y otras actividades peligrosas, una autorización formal (desde el otorgamiento de un permiso de conducir hasta una autorización para ejercer como médico especialista) garantiza, por regla general, la capacidad de rendimientos «standards» del autorizado; es decir: seguridad cognitiva. Lo que repercute, a su vez, en la situación normativa: quien no ha superado el procedimiento de autorización sabrá, o podrá saber, la mayoría de las veces, que él no puede estar seguro de disponer de la capacidad suficiente; si, no obstante, actúa, sin causa de justificación especial, en el ámbito peligroso, ha fracasado individualmente también, si la tarea le desborda, puesto que él la ha aceptado a pesar de la capacitación insuficiente. Finalmente, frente a determinados portadores de roles se puede proceder de un modo que está excluido frente al portador del rol de ciudadano normal. Se le puede privar coactivamente de roles; ejemplificadamen-

(8) Sobre las interpretaciones utilitaristas de la parte subjetiva del tipo, vid. BAURMANN (1981), pp. 19 y ss., sobre las interpretaciones como consecuencia de los principios de justicia, o. c., pp. 41 y ss.

(9) La necesidad de punir causaciones del resultado individualmente inevitables podría faltar también porque el ámbito de lo inevitable —como el de la imprudencia no dirigida— aparece unido al peligro de autodaño: el autor no puede saber si él mismo no será la víctima casual. Más ampliamente sobre la imprudencia, *infra*.

te: se puede retirar el permiso de conducir, anular la autorización como médico-especialista, etc. Cabe, pues, en tales ámbitos, la posibilidad de reaccionar frente a un conflicto con criterios de prevención especial, lo que, al mismo tiempo, favorece la seguridad cognitiva.

II

a) El aspecto funcional de la parte subjetiva del hecho debe clarificarse más en base a los particulares elementos del tipo subjetivo y de la culpabilidad (aunque para la finalidad de la presente exposición no se trata de si los elementos subjetivos han de ordenarse en el tipo o en la culpabilidad, y cuáles en cada escalón, ni de si tal distinción tiene sentido). En primer lugar, por lo que se refiere al dolo y a la imprudencia, éstos, como hechos puramente psíquicos, carecen de interés a los efectos de la atribución; pues, si se atiende sólo a los citados hechos psíquicos (o a otros), se podrían investigar sus causas, con lo que no se iría más allá de la constatación de que algo —por determinadas causas— se ha dado o no se ha dado. Cuando el Derecho considera la individualidad del autor resulta claro que no la piensa como un mero conjunto de datos individuales. El Derecho no se ajusta ilimitadamente, sin más, a la constitución individual del autor; si fuese de otra manera, al autor no se le *prescribiría* nada, sino que sólo sería registrado, es decir, descrito lo que ha ocurrido. Este hecho, en parte trivial, contiene la clave de toda la doctrina de la atribución. La atribución supone siempre una parte de no intromisión en el autor; si a éste no se le limita en algún punto la apelación a su individualidad fáctica, no es capaz de atribución. Se trata, por tanto, decisivamente, de la delimitación de la parte subjetiva de un hecho: ¿cuándo puede apelar un autor, para descargarse, a su constitución?, ¿cuándo es la apelación infructuosa y, por añadidura, cuándo una constitución llega incluso a implicar una carga?

La respuesta a esta pregunta depende de qué puede prescribir con sentido el Derecho a sus destinatarios: ¿inteligencia? —en cuyo caso *carga* la circunstancia de que las consecuencias del hecho se desconocieran por estupidez—; ¿o la buena voluntad? —en cuyo caso *descargar* la estupidez de quien tiene buena voluntad—. Si han de establecerse expectativas de roles, también la inteligencia puede prescribirse en la forma de conocimientos «standards» conforme a rol. En cambio, si la atribución va más allá del rol, entonces sólo puede prescribirse aquello que en todo rol debe rendirse necesariamente. Este «común» es la disposición a cumplir la norma; pues no hay rol alguno en el que quedara a disposición del autor satisfacer en menor medida el cumplimiento del Derecho o, incluso, renunciar a ello. Sin embargo, no se espera de personas cuyas fuerzas intelectuales muestran por lo general, o en determinados ámbitos, menos resultados apropiados,

que se marginen a sí mismos de la vida social (salvo que el déficit alcance formas graves; pero entonces ya no se considera asunto propio la organización de su retirada); puesto que cualquiera debe pretender a veces este privilegio de la estupidez en algunos ámbitos vitales, no se podrá consecuentemente negar su necesidad. Por esta razón descarga la estupidez; es decir, si el autor, pese a su mejor disposición a cumplir la norma, no evita un resultado, no se le puede atribuir la producción de ese resultado. Presupuesto mínimo de una atribución más amplia que la del rol es, pues, la evitabilidad individual, siendo así que la individualización no debe ir referida a la disposición a esforzarse en la evitación, sino sólo a la capacidad de rendimiento basada en la disposición, de hecho o supuesta. Lo cual, en este sentido, es inevitable. Con otras palabras: lo que no se ha realizado dolosa ni imprudentemente, no comporta responsabilidad.

Ahora bien, si la evitabilidad, en la concepción descrita, se da, ¿por qué se presta el Derecho a distinguir entre que la realización del tipo fuese conocida por el autor o sólo —supuesta la disposición suficiente— la pudiera haber conocido?, ¿por qué distingue, pues, el Derecho entre dolo e imprudencia? (10). Según el entendimiento común, los hechos imprudentes antijurídicos y culpables no mostrarían una infidelidad a la norma tan drástica como, *ceteris paribus*, los hechos dolosos antijurídicos y culpables, y, por ello, sólo viene en consideración un reproche menor. Pero, ¿de dónde proviene la menor disminución de la fidelidad a la norma? Se podría argumentar que los autores de imprudencias se habrían comportado por lo general de otra manera si hubiesen conocido la producción del resultado, es decir, habrían mostrado la disposición suficiente para evitar un resultado conocido. Por expresarlo con un ejemplo: quien ha dejado en el hornillo un recipiente con agua hirviendo se habría comportado de otra manera si hubiera sabido que un niño lo tiraría y se quemaría. Si se observa con más detenimiento el argumento parece insuficiente. Si alguien previera el resultado y —por lo demás en la situación del autor imprudente— a pesar de ello actúa, sería éste, por lo general, un caso absurdo de producción de un resultado, sólo satisfactorio para un sádico. El fundamento de la disposición a cumplir

(10) FRISCH (1983), pp. 48 y ss., constata una relación teleológico-racional especialmente intensa entre la punición de los hechos dolosos y la protección de bienes jurídicos: «El actuar doloso altera ciertamente la fidelidad jurídica y la confianza en la inviolabilidad del ordenamiento jurídico más, y más profundamente, que el imprudente» (p. 49). La presente investigación proporciona la razón de la clara diferencia de efectos: la fuerza de autorregulación propia sólo de la imprudencia. Frisch establece, además, una conexión valorativo-racional: «La falta de rendimiento personal del autor debe... ser en los casos de actuar doloso también típicamente mayor que en los casos de comportamiento imprudente» (pp. 52 y ss.). Esto es aquí discutido en la medida en que se trata de un cuantante de no rendimiento obtenido independientemente de la finalidad del Derecho penal. Por lo demás, sin embargo, se trata sólo de otra manera de formular la conexión valorativo-racional.

la norma del autor imprudente es sólo lo suficientemente elevado como para excluir el comportamiento nocivo del que el autor no obtiene ninguna ventaja. Esta no es, sin embargo, base suficiente para la indulgencia, pues tal medida de disposición a cumplir la norma podría existir en prácticamente *todos* los autores (salvo en un puñado de sádicos).

Pero, ¿acaso no resulta evidente que la evitación de consecuencias imprevistas «representa un mayor rendimiento» que la evitación de consecuencias que están ante los ojos? (11). Supóngase que la respuesta debe ser afirmativa. De ahí resulta que el autor doloso ya ha rendido algo de lo que puede ser útil para evitar el resultado; pero no resulta que el no rendimiento deba descargar, pues las dificultades para cumplir la norma sólo puede alegarlo en su descargo el autor si no es asunto suyo llevarlo a cabo. Se puede incluso invertir el argumento: de la misma forma que la dificultad especial para cumplir la norma se le carga al autor impulsado por el gusto de delinquir, podría proporcionar la dificultad especial de aquel a quien le falta el cuidado un motivo para la carga.

¿De dónde proviene, pues, la certeza con que hoy se acepta que entre el hecho doloso y el imprudente existe un escalón? Las consecuencias del olvido o de la desatención, sin embargo, no han sido valoradas por el autor porque no le fueron conocidas en el acto. Para el autor de la imprudencia no existe la certeza de que el resultado de su comportamiento será bueno, o aceptable, sólo para él y, a diferencia de lo que ocurre con los hechos dolosos, si se ha producido frecuentemente no lo podrá aceptar. La situación de la imprudencia se diferencia, por tanto, de la del dolo no sólo por la ausencia de conocimiento de las consecuencias, sino también por la inaclorada aceptabilidad de las mismas: las consecuencias del dolo son aceptables (en otro caso no actuaría el autor), pero respecto a las consecuencias de la imprudencia su aceptabilidad en el momento del hecho es una cuestión abierta. El autor de la imprudencia soporta un riesgo natural (lo que no ocurre particularmente en el dolo), a saber: el riesgo de que puede resultar perjudicado él mismo o un tercero cuyo daño el autor sufrirá como propio. En la medida en que la imprudencia no resulta de un desinterés específico, sino de una desatención general no dirigida, difusa en las consecuencias, resulta cargada con el peligro de una pena natural, y este riesgo del autodaño propicia la disposición a cumplir la norma; disminuyendo, por tanto, la nece-

(11) Así SK-SAMSON (vid. RUDOLPHI y otros, 1986), Apéndice al § 16, núm. marginal 36. Que para una consideración psicologizante pueden ser necesarios cuantitativamente más hechos psíquicos no se discute (por eso, también pueden causarse, externamente, bloqueos en más lugares; de ahí resultan las reglas especiales de no exigibilidad en la imprudencia). Que esta cantidad es penalmente relevante habría de ser el *thema probandum*.

sidad de reaccionar penalmente frente a una infracción no dolosa (12). Con ello no se trata sólo del puro miedo a las consecuencias, sino también del miedo frente a las censuras. La imprudencia delata una falta de dominio sobre la propia organización, es decir, incompetencia para «gobernarse», y afecta, por tanto, al prestigio social. Junto al peligro de la *poena naturalis* se produce, pues, también, el peligro de la degradación como sanción informal. Una vez más, no son las «estructuras» de la reprochabilidad, previas al Derecho, las que determinan la decisión, sino que la reprochabilidad y su medida se orientan a las tareas del Derecho penal, mediante la garantía de la disposición a cumplir la norma en orden a estabilizar expectativas y posibilitar la orientación.

En esta tarea, la distinción entre dolo e imprudencia no es siempre adecuada. La distinción resulta chocante si el autor no repara en los hechos, por motivos que le son imputables (13). Se trata de los casos en que el autor, por desinterés hacia el destino de su víctima, no toma siquiera en consideración su situación. Aquí no amenaza al autor una *poena naturalis*, ya que un resultado evitable sólo puede producirse en el ámbito selectivo cuyo desarrollo precisamente le resulta al autor indiferente. Que el autor, en tales casos, resulta *descargado* de las consecuencias de su infidelidad al Derecho (no hay dolo; pues, por falta de interés, no hay conocimiento) contradice la finalidad del Derecho penal, de propiciar el ejercicio de la fidelidad al Derecho y asegurar la ya existente. Ejemplo: si alguien que trabaja con alquitrán nota que ensucia la propiedad ajena, tendrá dolo de daños; en cambio, si no lo nota, porque le resulta indiferente, queda, por ausencia de dolo, impune (§§ 15 y 303 StGB). Tales conclusiones no pueden justificarse por sí mismas (dicho sea de paso, tampoco puede hablarse de un fundamento de disposición a cumplir el Derecho); la ley gene-

(12) Sobre la correspondiente situación en las causaciones inevitables del resultado, vid. ya *supra* 9.

(13) Remisiones bibliográficas sobre el estado de la cuestión en: JAKOBS (1983), p. 13, nota 9; recientemente, SCHÜNEMANN (1985), pp. 360 y ss.; FRISCH (1983), pp. 46 y ss. y 235 y ss. KÖHLER (1982), p. 369 (18) (vid. también pp. 322 y ss.), opone a la crítica de la orientación estricta de la valoración grave/leve (o simplemente punible/no punible) a los hechos psíquicos conocimiento actual/conocimiento actualizable, la siguiente anticrítica: se trataría de una «representación extremadamente normativo-objetivista... para la cual la autorreferencia del sujeto y la diferenciación de los conceptos de atribución resultantes de ella ya no tendrían significado esencial para la fundamentación de la punibilidad. Esta es una interpretación completamente psicologizante de la «autorreferencia», pues también la ceguera frente a otras personas es una interpretación de la relación con ellas, es decir, su menosprecio. No hay ningún motivo para acoger favorablemente tal interpretación. De manera parecida ha argumentado ya HASSEMER (1981), p. 207, para quien sólo el autor doloso ejecutaría un acto de menosprecio personal y social de la víctima; no, sin embargo, el autor imprudente. Pero la ausencia de un interés en conocer a quién se menosprecia no excluye el menosprecio.

raliza (14), ciertamente, para facilitar su manejo. Que la generalización sea necesaria en la medida en que se produce puede dejarse ahora de lado; en cualquier caso, por lo que se refiere al núcleo, sólo por lo que se refiere a él, tiene lugar una aclaración conforme a la función del Derecho penal.

Finalmente, por lo que se refiere al dolo y a la imprudencia, hay que intentar dar una respuesta a la pregunta sobre cuándo puede apelar el autor a su constitución para descargarse. Respuesta: una constitución descarga si se puede demostrar que su modificación correspondería al interés individual actual del autor.

b) Tras lo dicho, queda excluida la suposición según la cual en la culpabilidad (para la que rigen las consideraciones siguientes) se puede llevar a cabo una total individualización. La individualización total conduce a la constatación de que el autor se motivó suficientemente, de una vez, al hecho, y que esta constatación debe mantenerse, pues todo lo demás no afectaría a la realidad del autor. Si *falta* la culpabilidad, si hubo un error de prohibición inevitable y faltó la capacidad de culpabilidad (situación disculpante, vid. *infra*) se individualiza de forma total: el Derecho cede al error o a la enfermedad mental; aquí se toman las constituciones individuales como realmente son. En la culpabilización, por el contrario, protesta el Derecho contra la realidad de lo individual. Ahora bien, ¿contra qué se protesta y qué se acepta?

Para buscar el punto medio entre los elementos de la constitución individual que cargan y descargan en la culpabilidad, sirve de ayuda la reflexión sobre cómo debería ser un ordenamiento que pudiera proporcionar una individualización completa. Tal ordenamiento debería poder renunciar a exigir que se le siguiera; debería, pues, ser seguido en la medida suficiente en base a la consideración de su corrección. Quien se desviara de un orden en tal medida seguro de su fuerza de convicción, aparecería, al menos desde el punto de vista de los defensores de ese orden, como un idiota; sus hechos demostrarían que su modo de vivir no puede servir de norma general. La atribución se agotaría en la constatación de la tontería.

Sin embargo, las reglas jurídicas no se entienden evidentemente como reglas que deban respetarse en base a consideraciones que no tengan en mente las reacciones de otras personas. El Derecho no puede fundamentar la necesidad individual de su respeto, por la sencilla razón de que en sus valoraciones contrastan numerosas jerarquías valorativas individuales. Si el Derecho cediera sin más a este déficit de fundamentación, ya no podría proporcionar ninguna estabilización de expectativas. *Para compensar este déficit de fundamentación, traslada*

(14) Tampoco con una disposición a riesgos desproporcionados personalmente, es decir, si falta el miedo a un *poena naturalis*, tiene eficacia la autoestabilización.

el Derecho la carga de la fundamentación al autor. El autor no es escuchado si argumenta diciendo que las normas, para él, no tienen sentido; más bien, se define la falta de consideración como fuente de la infracción de la norma. Con otras palabras, es tarea del autor la de procurarse al menos por entender el sentido de la norma.

Un desvío de lo no fundamentable con sentido, individualmente, es culpabilidad. Por contra, se disculpa el autor que se desvía de lo que para él estuvo individualmente fundamentado; aquí soporta también el autor el peligro de un desenlace que, conforme a una valoración individual, es nocivo. Esta constatación se adapta a la fundamentación proporcionada más arriba sobre la frontera entre el dolo y la imprudencia: que sea individualmente absurdo ponerse a la obra descuidadamente es más fácil de fundamentar que la individual ausencia de sentido de un hecho doloso que el autor, como la ejecución de la acción demuestra, ha valorado como individualmente con sentido; por eso, se da en la imprudencia la presunción del autodaño, que descarga (15).

c) La regla según la cual la falta de sentido individual descarga, mientras que la realización de tal sentido carga (16), aclara también el tratamiento del error de prohibición: si (!) un autor está dispuesto, en lo fundamental, para cumplir las normas jurídicas, y se pone a ello, un hecho cometido en error de prohibición le proporcionará, por lo general, más daño que utilidad; él decepciona a la víctima, se ve incurso en un proceso, pierde quizá también su prestigio, etc. Con otras palabras: quien quiere vivir sin ser molestado debería atender, en su propio interés, al hecho de si no se estará comportando de forma prohibida. Esta fundamentación del sentido individual del respeto a la norma le permite al Derecho tratar con benevolencia a los autores que, en lo principal, están dispuestos a cumplir la norma en caso de error. Otra cosa distinta ocurre con personas que no llegan a conocer el Derecho por indiferencia, o quizá por animadversión: para aquellos a los que no les interesan las consecuencias, no puede fundamentarse la atención a las normas de una manera que tenga sentido individual. Por eso, no prevé la regla del error de prohibición del § 17 StGB, acertadamente, ninguna atenuación obligatoria de la pena para el caso del error evitable, sino sólo una posible atenuación; así puede distinguirse entre el error por causas que descargan y el error por causas que cargan. Con esta regla elástica pueden tratarse de manera más adecuada los casos particulares, frente

(15) No se trata de que se produzca realmente el resultado nocivo, sino de lo absurdo del acontecimiento *ex ante*, vid. p. 280.

(16) Un caso de aplicación es también el tratamiento del autor con conciencia errónea; sólo ordenamientos seguros de su fuerza de convicción pueden exculpar al autor con conciencia errónea.

a lo que ocurre con una regla estricta como la que la ley prevé con la distinción entre el dolo y la impruencia (17).

d) Que un desvío de los presupuestos del cumplimiento de la norma no fundamentado con sentido individual constituye culpabilidad, mientras que el desvío del presupuesto con sentido individual descarga, aclara, finalmente, en lo fundamental, la regla sobre la capacidad de culpabilidad, aunque aquí resultan complicados dos detalles.

La primera dificultad para trasladar los resultados anteriores a las categorías de la capacidad o incapacidad de culpabilidad proviene de la circunstancia de que un autor no capaz, actualmente, para realizar reflexiones con sentido, debido a su enfermedad mental, naturalmente no puede demostrar ningún sentido individual en absoluto. Pero así no se entiende tampoco la tesis del sentido individual. No se trata de convencer al autor, en particular, de que no se comporta con sentido; naturalmente, la falta de sentido no puede constatarse en personas incapaces de sentido: su afirmación de que hay sentido puede probar su incapacidad.

Esto presupuesto, podría estar claro que la incapacidad de culpabilidad tiene algo que ver con la carencia de sentido individual: en cualquier caso, los prototipos de lo establecido en el § 20 (psicosis, intoxicación y debilidad mental) se caracterizan por el hecho de que el autor no sólo ataca intereses ajenos, sino que, de esa forma, no percibe siquiera los intereses propios. Desde una perspectiva superficial, puede quizá aparecer el comportamiento individualmente (o incluso generalmente) como con sentido; pero el análisis más profundo del psicólogo y psiquiatra experto descubre, sin embargo, muestras objetivas de comportamiento.

Respecto a la segunda dificultad de traslación, se trata de que hay elecciones de sentido muy escurridizas (desde el estafalario hasta el pleitista), autodestructivas o pervertidoras, por lo demás, del orden valorativo común en personas sobre cuya capacidad de culpabilidad no cabe dudar. ¿Cómo distinguir tales proyectos, casos límites de elección de sentido de personas individualmente responsables, de los proyectos de personas psíquicamente enfermas, con el conocimiento alterado o débiles mentales? La respuesta debe hallarse mediante la aplicación estricta de los criterios desarrollados: sólo quien, actualmente, no desarrolla ningún sentido individual, actúa sin culpabilidad. Nadie puede apelar, por tanto, a que la propia elección de sentido se dejó de lado y cada vez le convenció menos (18) (aunque el

(17) Particularidades en JAKOBS (1983), 19/6 ss.

(18) Un fracaso de la planificación no hace retroactivamente absurda la elección, pues la elección de sentido se produce siempre *ex ante*. Se refiere a situaciones pronosticadas y no deviene absurda, como elección *ex ante*, por el hecho de que, *ex post*, haya proporcionado sólo un mal individual. Ejemplo: quien incendia su casa con propósito de estafar, no pierde su culpabilidad por el hecho de que en el incendio haya perecido, en contra de lo esperado, su hijo más querido. No se trata de que se cumpla

convencimiento de la falibilidad de una conducta de vida plena de sentido siempre puede proporcionar una atenuación de la pena). Que los proyectos de sentido se manifiesten constantes es indiferente; también lo que ocurre por mero capricho vincula.

Si se mantienen las condiciones de trasposición enunciadas, puede aclararse la capacidad de culpabilidad desde las tareas del Derecho penal, de cuidar de la disposición a cumplir la norma: puesto que el Derecho no puede fundamentar la capacidad de sentido individual de esta disposición, simplemente la postula. Capacidad de culpabilidad es el concepto correspondiente a este postulado. Elección de sentido individual sin disposición a seguir la norma es culpabilidad. Para determinar si algo es elección de sentido habrá que partir de las preferencias del autor en el momento de la elección. La elección de lo individualmente sin sentido descarga, porque la necesidad de evitar una infracción individualmente absurda puede fundamentarse.

La capacidad de culpabilidad es, para esta concepción, una atribución que se sigue de la necesidad de fundamentar el Derecho. Esta declaración resulta, por lo demás, muy discutida. La formulación más extendida dice: en la capacidad de culpabilidad se trata de una suposición empírico-pragmática (19), o de una generalización (20) (es decir, la cuestión de si, en general, las personas, en la situación del autor, tienen la capacidad de regirse por la norma). Ninguno de ambos conceptos lleva más lejos. La consideración de la praxis cotidiana remite de una cuestión a otra, es decir, por qué en la cotidianidad «se atribuye prácticamente, de forma mutua... un poder»; la respuesta a esta pregunta es inevitable si se quieren determinar los límites de la capacidad de culpabilidad; pero, por eso, queda sin resolver, como ocurre con la pregunta homóloga en el ámbito jurídico-penal. Con una remisión desde un sistema de atribución a otro no se gana nada en la aclaración de los principios de atribución. Lo mismo vale para el planteamiento generalizador; tampoco él puede responder a la aclaración de lo principal, por qué generaliza precisamente la parte impulsiva, es decir, la disposición a seguir la norma (y no, por ejemplo, el saber, la fuerza corporal o alguna otra), y esto sólo si falta una comprobación. Claramente desempeña un papel la relación de finalidad, que, sin embargo, no se pone en cuestión. Sea como sea, el resultado de poner en tela de juicio la relación de sentido es clara: *capaz de culpabilidad es quien desarrolla sentido individual.*

el plan vital, sino de si, en tanto que tal plan, tiene sentido individualmente. Por lo demás, en cuanto a la culpabilidad por una muerte imprudente del niño (no es la culpabilidad por un incendio), puede resultar descuidada la planificación del incendio y, por ello, individualmente irracional. Vid. también (15).

(19) SCHREIBER (1977), p. 245.

(20) KRÜPELMANN (1976), p. 12.

Los estados del § 20 StGB tienen por cometido designar a aquellos autores que no eligen individualmente con sentido. En sentido estricto, es éste, y sólo éste, el caso cuando el comportamiento del autor no puede ya ser entendido como elección individual, porque la motivación al hecho es sufrida por él mismo, objetivamente, como un cuerpo sufre una enfermedad, y si, además, el estar por debajo de una modulación del modelo objetivo, no puede interpretarse como posibilidad límite de comportamiento individual. El autor es, entonces, cualitativamente anormal, en el sentido de que no existe en absoluto la cualidad de ser un sujeto que se comporta. Que esta incapacidad, que al menos en la psicosis masivas puede producirse, quepa medirla de forma exacta, no es un problema jurídico-penal (21).

Si un sujeto actúa, aunque se trate de un sujeto más o menos disminuido en sus capacidades, se elige también, siempre, un sentido individual. Es decir, según los principios de atribución desarrollados, existe capacidad de culpabilidad en el sentido estricto de la palabra. Esta capacidad de culpabilidad en sentido estricto no es cuantificable (22). Ciertamente hay sujetos grandes y sujetos pequeños, pero la respuesta sobre si un sujeto actúa —no necesariamente solo, sino quizá ocultado por modelos objetivos—, sólo permite en teoría un sí o un no como respuesta.

e) Puesto que la regulación del § 21 StGB cuantifica, y puesto que también el § 20 StGB en algunos aspectos emplea conceptos cuantificadores («profundamente», «muy»), con la ley se trata, claramente, no sólo de la delimitación entre la capacidad y la incapacidad de culpabilidad. Más bien ocurre que una parte de lo que se trata bajo el nombre de incapacidad de culpabilidad en el § 20 StGB, y todo lo que la ley designa como capacidad disminuida en el § 21 StGB, no tiene nada que ver con la (in) capacidad en el sentido desarrollado, sino que sigue otras reglas, es decir, las de la exigibilidad e inexigibilidad.

Si el Derecho considera como tarea propia de los destinatarios cuidar de su disposición a seguir la norma; si, por tanto, les atribuye capacidad, no ocurre ello de una manera ciega, especialmente no sin atribución, a las condiciones de la disposición general del destinatario a cumplir la norma. Puesto que algunas expectativas importantes no se pueden estabilizar sólo normativamente, sin fundamentación cognitiva, y puesto que un cumplimiento de la norma sólo basado en la coacción psicológica permanente queda excluida de un Estado liberal, el Derecho debe atender a las condiciones de la disposición al cumplimiento. El Derecho sólo es aceptable, en definitiva, cuando su cum-

(21) No es tampoco un problema penal el de si existe tal incapacidad. Si no existe, la capacidad de culpabilidad en sentido estricto pasa a formar parte del ámbito de la exigibilidad; este último ámbito es genuinamente jurídico.

(22) A. KAUFMANN (1961), pp. 330 y s.

plimiento es conciliable con una vida con sentido individual, si, pues, no puede decirse del Derecho que quebrante a los individuos. Ello no quiere decir que el encuentro entre individuo y Derecho no pueda entrar en una colisión en la que se destruya el individuo, sino que sólo dice que la destrucción no debe cargarse al Derecho. Los casos en que la armonización entre el sentido individual y el cumplimiento del Derecho resulte cuestionable, o simplemente excluida, no han de ser excesivamente infrecuentes, tampoco en el orden actual; pero son, por lo general, casos en los que las consecuencias de la colisión se interpretan sobre el mismo autor, no sobre el Derecho. Ejemplo: un acusado responde con gran credibilidad a la pregunta del Tribunal sobre si él no pensó tratar mejor al objeto de la agresión admitiendo que eso estuvo lejos de su pensamiento, pues el objeto le era antipático; no pudiéndose representar que en una situación semejante le sobreviniese, o pudiese sobrevenirle, un pensamiento de respeto. Si se prescinde de los casos que caen de lleno en el sentido de los §§ 20 y 21 StGB (y también de los casos de perversión sistemática del conocimiento valorativo por parte de personas superiores) (23), el Tribunal no trataría a esta apelación como descargable, sino precisamente como cargable: cuanto más se ha alejado el acusado de cuidar del objeto de ataque, más se ha alejado de las normas del Derecho y mayor es su culpabilidad. El cumplimiento de la norma fue claramente posible para este autor, en esa situación, en menor medida que, *ceteris paribus*, para un hombre de constitución media o sensible. Con otras palabras: como se preocupe el sujeto de la disposición a cuidar de la víctima, es cosa suya, aumentando la culpabilidad con la improbabilidad de que tal preocupación tenga sentido individualmente y se produzca. La problemática es ya conocida en la valoración jurídica de la reincidencia (24): aunque resulte más difícil prescindir de una costumbre que no adquirirla, la comisión, por costumbre, no disminuye la culpabilidad, sino que la aumentá.

Sin embargo, son también posibles colisiones en las que el autor puede rechazar la responsabilidad en base a que, para él, fracasa la integración de las normas jurídicas en su conexión de sentido individual. Llama la atención que el Derecho positivo haya encontrado una regulación expresa no sólo para el ámbito denominado por la ley como «capacidad de culpabilidad», sino también para tipos de casos más alejados, como el exceso en la legítima defensa o el estado de necesidad disculpante (25) —§§ 33 y 35 StGB—. Aunque el Derecho sólo puniese en casos excepcionales a aquel que intenta eludir una

(23) HANACK (1967), pp. 298 y s.

(24) Remisiones bibliográficas en JAKOBS (1983), pp. 398 y s.

(25) La *exclusión* del estado de necesidad disculpante (que no resulte disculpado quien evita su quiebra estafando a otros, ni quien quiere evitar una pena privativa de libertad golpeando a su vigilante) afecta ciertamente a situaciones cotidianas.

catástrofe individual de la que no es responsable, quedaría marcado por el odio de pretender un rango que nadie quiere auto-otorgarse y recortaría mediante esta pretensión las condiciones de existencia del ciudadano, aun cuando sólo lo haga en un caso límite. Un Derecho que pretende ser aceptado globalmente, no pudiendo alcanzar esta aceptación ni mediante convencimiento irresistible ni mediante coacción física permanente, sino que más bien debe persuadir, no puede propiciar tal odio.

En estos casos de ausencia de exigibilidad o de exigibilidad sólo limitada, no decae la capacidad de culpabilidad en sentido estricto; pues el autor encuentra una elección de sentido individual. Pero él puede poner de manifiesto que el fracaso en la integración de la disposición al cumplimiento con la elección de sentido individual no depende de él. Un fracaso es posible, porque el autor habría debido sacrificar su vida u otro bien existencial propio, o de igual categoría que el propio, si hubiese querido cumplir la norma, o porque debe encontrar su elección de sentido en un estado de prudencia reducido o con medios de juicio reducidos o equivocados, etc.; en cualquier caso, puede remitirse la imposibilidad de una integración de la norma en la conexión de sentido individual actual a causas de las que el autor no es responsable (peligro para la vida no causado «culpablemente», o excitación o —con una consideración de lo «culpable»— enfermedad).

Incluso prescindiendo de la vía de la fundamentación diferenciada entre la capacidad de culpabilidad y la exigibilidad, es inevitable una distinción entre la capacidad de culpabilidad y la exigibilidad: la discrepancia entre la norma y el sentido individual respecto a la exigibilidad depende de lo estrictamente que se exija del autor que incluya la norma en su conexión de valor. Que algo sea todavía exigible no se puede decir absolutamente, sino sólo conforme a un baremo determinado; el Derecho podría exigir también aquello por lo que la persona se rompe (y lo exige respecto a cargas que caen bajo la responsabilidad del autor). El acontecimiento psíquico de la atribución no significa, por sí mismo, nada juridicopenalmente. Sólo si con ello se ve afectada la aceptabilidad general del Derecho, toma éste conocimiento de la constitución individual, o la presume. La aceptabilidad, a su vez, se orienta al hecho de que puede resultar comprensible para la generalidad que el Derecho tenga fundamentos para la dureza o pueda ejercer la tolerancia sin peligro de erosión.

El baremo puede regirse por la intensidad (según el perfil) del diagnóstico, es decir, según la importancia del bien a sacrificar, según el cuánto de la prudencia perdida, etc. El baremo puede graduarse, además, según la importancia de que el autor responda de la situación de colisión (lo que frecuentemente presupone un análisis amplio); una embriaguez de cierta importancia puede, pues, permanecer sin repercusiones en la pena si el autor se ha embriagado bajo su

única responsabilidad (en tanto que sea capaz de culpabilidad en sentido estricto), o resultar exculpado si fue embriagado mediante astucia. Y en el baremo debe incluirse también, finalmente, en qué proporción, con la descarga del autor, la atribución (clarificación del curso del mundo) no se pierde, sino que se desplaza, especialmente hacia la víctima. Una alteración de la prudencia producida por desgracia conduce más fácilmente hacia la tolerancia que una alteración de la que responde el autor, pero siempre menos que una «provocación a la ira» por la víctima sin intervención del autor.

Los estados de los §§ 20 y 21 StGB tienen un doble cometido en el ámbito de la exigibilidad: no sólo excluyen dificultades de adaptación ubicuas, sino que también forman *una* condición necesaria (aunque no suficiente) para que el fracaso de la integración entre la norma y el sentido individual no sea cosa del autor (26). Se trata, con el § 20 StGB, por tanto, de dos cuestiones totalmente distintas. De una parte, de la delimitación de la organización colectiva, de un sujeto respecto a una muestra objetiva; ésta es la cuestión de la capacidad en sentido estricto. De otra parte, se trata de la consideración sobre las condiciones de validez práctica del Derecho; se trata, con ello, de un problema de exigibilidad, que, como problema de la capacidad, no se designa correctamente con el § 20 StGB, y que vuelve a aparecer en el § 21 StGB, como problema de una disminución de la capacidad. Esta separación de capacidad y exigibilidad, o incapacidad e inexigibilidad, que Witter ya ha elaborado hace decenios (27) —especialmente respecto al tratamiento de la problemática de los afectos— no sirve sólo a la exactitud terminológica, sino que ayuda también a entender el ámbito del § 20 StGB y la fundamentación para aplicar la atenuación potestativa del § 21 StGB. Quien traslada la regulación de la incapacidad en sentido estricto a la inexigibilidad pierde los criterios específicamente jurídicos de cuantificación; esto descarga al autor que es responsable de su organización interna, pero carga al no responsable. Especialmente la alteración del conocimiento y la anormalidad no pueden obtener en el marco del § 20 StGB

(26) En este lugar, en la exigibilidad, resulta en parte adecuada la reserva agnóstica (mientras que en la capacidad de culpabilidad en sentido estricto es más bien una formalidad): el diagnóstico de cómo aparece la organización interna debe tratarse en la exigibilidad con métodos específicamente jurídicos (para lo que deberá enriquecerse, en su caso, con diagnósticos de corte longitudinal), antes de que pueda resolverse la cuestión de la culpabilidad. Se comprende fácilmente que tampoco puede mantenerse aquí un *status* de inocencia virginal. Los datos proporcionados por los peritos en psicología y psiquiatría se refieren a la cuestión de la exigibilidad, debiéndose solucionar bajo tal aspecto (los conceptos de los §§ 20 y 21 StGB son conceptos *jurídicos* y, por ello, se han de interpretar teleológicamente), sólo que aquí no son —a diferencia de lo que ocurre en la capacidad de culpabilidad en sentido estricto— tales datos relevantes.

(27) WITTER (1960), pp. 28 y s.; el mismo (1962), pp. 91 y ss.; el mismo (1972), pp. 993 y s. y 1023.

más que un significado provisional si se ampara la disculpa por ausencia de exigibilidad pese a la permanencia de la capacidad en sentido estricto. Por encima de todo, la exigibilidad por aproximación a la norma ofrece un margen de desarrollo *jurídico* superior a la capacidad de culpabilidad por aproximación a las situaciones.

III

Conclusiones: la función de la evitabilidad individual (dolo e imprudencia individual) consiste en procurar a la atribución (*Zurechnung*) un efecto abarcador de roles. El tratamiento por lo general más suave de la imprudencia reside en el peligro de una *poena naturalis* inherente a la imprudencia no dirigida. La capacidad de culpabilidad en sentido estricto es una atribución (*Zuschreibung*) (no cuantificable) que se produce porque el Derecho no puede fundamentar el sentido individual de su cumplimiento; capaz de culpabilidad es quien desarrolla sentido individual. El reconocimiento de la inexigibilidad es una consecuencia de las condiciones de validez práctica del Derecho. El § 20 StGB regula, en lo sustancial, junto a la capacidad de culpabilidad, también, casos típicos de inexigibilidad. El § 21 StGB se refiere sólo a atenuaciones de la exigibilidad.

BIBLIOGRAFIA

- ACHTER, V. (1950), *Geburt der Strafe*, Klostermann, Frankfurt-M.
- BAURMANN, M. (1981), *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, Nomos, Baden-Baden.
- BOOB, H. (1960), *Keine Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht*. NJW 13:373.
- BRUNNER, H. (1890), *Über absichtslose Missetat im altheutschen Strafrecht*. *Sitzungsberichte der Berliner Akademie. Forschungen* S. 487.
- FRISCH, W. (1983), *Vorsatz und Risiko*, Haymanns, Köln-Berlin-Bonn-München.
- HANACK, E.-W. (1967), *Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher*. JZ 1967: 297.
- HASSEMER, W. (1973), *Theorie und Soziologie des Verbrechenens*. Athenäum Fischer, Frankfurt-M.
- HASSEMER, W. (1981), *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. Beck, München.
- JAKOBS, G. (1983), *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. De Gruyter. Berlin-New York.
- JAKOBS, G. (1985), *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*. Z Gesamte Strafrechtswiss 97: 751.

- KAUFMANN, ARMIN (1961), *Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum*, en: Bockelmann, P.; Gallas, W. (ed.), «Festschrift für Eberhard Schmidt.» Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, pp. 319 y ss.
- KAUFMANN, E. (1958), *Die Erfolgshaftung*. Klostermann, Frankfurt-M.
- KÖHLER, M. (1982), *Die Bewußte Fahrlässigkeit*. Winter, Heidelberg.
- KRÜPELMANN, J. (1976), *Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das 2. Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969*. Z Gesamte Strafrechtswiss 88:6.
- RUDOLPHI, H.-J.; HORN, E.; SAMSON, E. (ed.) (1986), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4.^a ed., Metzner, Frankfurt-M.
- SCHREIBER, H.-L. (1977), *Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?* Der Nervenarzt 48:242.
- SCHÜNEMANN, B. (1985), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*. Goldammer's Archiv 1985: 341 ss.
- WIMMER, A. (1959), *Über unzulässige Vertiefung der Schuldfrage bei Fehlleistungen von Kraftfahrern*. NJW 12:1753.
- WITTER, H. (1960), *Affekt und Schuldunfähigkeit*. MSchrKrim 1960:20 ss.
- WITTER, H. (1962), *Affekt und strafrechtliche Verantwortlichkeit*. Kriminalbiol Gegenwartsfragen 5:89 ss.
- WITTER, H. (1972), *Die Beurteilung Erwachsener im Strafrecht*, en Göppinger, H. (ed.), «Die forensischen Aufgaben der Psychiatrie.» Springer, Berlin-Heidelberg-New York (Handbuch der forensischen Psychiatrie, tomo 2, cap. C, pp. 966 y ss.).

SECCION LEGISLATIVA

Disposiciones (*)

LEY ORGANICA 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

PREAMBULO

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 doctrina españolas en cuanto 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 spendio 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

(*) Sección elaborada por la Redacción de la Revista.

Libro, mas 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 licencia 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 otro 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 —aún 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, técni-

ca 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:

Muchas son 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 criterios 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, 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 (hasta ahora) y 600, que generan, a su vez, los conceptos de imprudencia temeraria, imprudencia simple con inflación de reglamentos y la misma clase de imprudencia simple sin tal inflación 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 efectos tanto en el artículo 565 (delitos) cuanto en los ahora vigentes artículos 586.3 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 brózas 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 subsumibles 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 a 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 hecho 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 la cuantía del Seguro Obligatorio, 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.

La necesidad de una reforma de los llamados delitos «contra la honestidad» del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad.

Una primera modificación se impone: Respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión «honestidad» por «libertad sexual», ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado.

La modificación introducida en el Capítulo Primero del Título IX, del Libro II, supone incluir en el delito de violación, además del coito vaginal el rectal y bucal; asimismo con la nueva redacción los sujetos pasivos pueden ser tanto hombres como mujeres. De esta forma se pretende que el tipo penal responda a la realidad de la dinámica delictiva actual.

Por otra parte, la modificación propugnada no alcanzaría plenamente su finalidad si, en coherencia con todo lo anterior, no se modificará también el Capítulo VIII del Título VII.

Respondiendo a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar, frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros

miembros del mismo, se tipifican como delitos los malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge, cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados más que una sucesión de faltas, se producen de forma habitual.

De otro lado, para la protección de los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarlos, se incorpora al Código Penal una nueva modalidad de abandono de familia, consistente en el impago de prestaciones económicas establecidas por convenio o resolución judicial, en los casos de procesos matrimoniales, intentando así otorgar la máxima protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella clase.

Finalmente, es objeto de especial sanción una nueva modalidad de abandono de familia, que abarca las conductas consistentes en destinar a menores de dieciséis años a la práctica de mendicidad, de tan lamentable actualidad.

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, entre los que ha causado especial alarma social el de los llamados conductores homicidas, 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 intereses 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.
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 uno a cinco 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, aire comprimido o gas.

Artículo 569

Los que perturbaren levemente el orden en la audiencia de un Tribunal 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:

1.º Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad, o la 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 en el ejercicio de sus funciones.

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 expidieren 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 incurrieren 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.

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 o encargados de la custodia 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.

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 tratare de alguna de las lesiones 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 fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, 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, al arbitrio del Tribunal:

1.º Los padres de familia que dejen de cumplir los deberes de guarda o 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 dieciocho años que dejen de cumplir los deberes de tutela o guarda por los motivos expresados en el número anterior.

3.º Los encargados de un enajenado que dejen de cumplir sus deberes de tutela o guarda o los que dejen de atender a ancianos que dependan de su cuidado.

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 la resolución adoptada 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 una resolución 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 Los representantes de asociaciones o instituciones tutelares o directores de establecimientos u otras personas que, incumpliendo las resoluciones 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 uno a cinco 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:

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 uno a quince días de arresto menor o multa de 50.000 a 100.000 pesetas.

Si el hecho se cometiere con vehículo de motor podrá imponerse, además, la privación del permiso de conducir por tiempo de uno a tres 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 de electricidad, 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 casti-

gado 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 dos a diez días de arresto menor o multa de 50.000 a 100.000 pesetas los que intencionadamente causaren daños 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 la cuantía del Seguro Obligatorio.

Si el hecho se hubiere cometido con vehículo de motor podrá imponerse, 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 estos, podrán también instar la incoación 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

El artículo 243 del Código Penal queda sin contenido.

Artículo cuarto

Uno. La Sección primera, 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 tres meses y un día a cinco años:

1.º El que condujera 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 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 del permiso de conducción por tiempo de dos a diez 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 cuarta 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, radioactivas, tóxicas y asfixiantes, o cualquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieren las reglas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro de 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, presas, canalizaciones 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 pusieren en concreto peligro la vida, la integridad o la salud de las personas.»

Artículo quinto

El Capítulo IV, del Título VIII, del Libro II del Código Penal queda 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 del artículo anterior 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 como resultado de las lesiones 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 cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, adoptivo o afin en los mismos grados 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

El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad,

así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor.

Artículo 426

Queda sin contenido.

Artículo 427

«Las penas señaladas en los artículos 420 y 421, en sus respectivos casos, serán aplicables a las que por infracciones graves de las leyes o reglamentos de seguridad e higiene y de trabajo ocasionen quebranto apreciable en la salud o en la integridad física de los trabajadores.»

Artículo sexto

El artículo 428 del Código Penal queda redactado del siguiente modo:

«Las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos, casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.

El consentimiento a que se refiere el párrafo segundo de este artículo no eximirá de responsabilidad penal en los supuestos del artículo 422 de este Código.»

Artículo séptimo

Uno. El artículo 487 del Código Penal queda redactado del siguiente modo:

«Será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas el que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio, en los casos siguientes:

1.º Si abandonar maliciosamente el domicilio familiar.

2.º Si el abandono de sus deberes legales de asistencia tuviere por causa su conducta desordenada.

El que dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes menores e incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes o cónyuge que se hallaren necesitados, a no ser, respecto al último, que estuvieren separados por causa imputable al referido cónyuge, será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

En todo caso, el Tribunal podrá acordar la privación del derecho de patria potestad o de tutela que tuviere el reo.

El delito previsto en este artículo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal.

El perdón expreso o presunto del ofendido, extingue la acción penal. Dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente.»

Dos. Se incorpora al Capítulo III, del Título XII, del Libro II, del Código Penal un nuevo artículo 487 bis, con el siguiente contenido:

«El que dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.»

Artículo octavo

Uno. 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 16 años para la práctica de mendicidad serán castigados con la pena de arresto mayor.

Si para los fines del párrafo anterior se traficare con menores de dieciséis años, 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, el Ministerio Fiscal instará de la Autoridad judicial competente la adopción de las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor.»

Dos. El actual artículo 489 bis del Código Penal pasa a numerarse artículo 489 ter.

Artículo noveno

Los artículos 563 y 563 bis, b), del Código Penal, quedan redactados como sigue:

«Artículo 563

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.

Cuando los daños a que se refiere el párrafo anterior fueren causados por imprudencia temeraria, será de aplicación el artículo 565 de este Código únicamente cuando la cuantía de dichos daños exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio. Las infracciones a que se refiere este apartado sólo serán perseguibles previa denuncia del perjudicado y, en su defecto, de sus herederos o 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.

Artículo 563 bis, b)

Será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas:

1.º El que librare, con cualquier finalidad, cheque o talón de cuenta corrien-

te sin que en la fecha consignada en el documento exista a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo.

2.º El que, habiendo librado un cheque o talón con provisión, retirase los fondos o parte de ellos, impidiendo su pago.

3.º El tomador del efecto que lo entregare a otro con cualquier fin, a sabiendas de su falta de cobertura.

No obstante lo dispuesto en los números anteriores, quedará exento de responsabilidad penal, el librador del cheque o talón que hiciere efectivo su importe en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su presentación al cobro.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de castigar el hecho comó corresponda si constituyera otro delito más grave.»

Artículo décimo

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.

Cuando se produjere muerte o lesiones con los resultados previstos en los artículos 418, 419 o 421.2, 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 un uno o dos 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 los dos primeros párrafos de este 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 esta última 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 undécimo

El 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. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable del delito. Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado, y, si no lo fueren, se les dará el destino que dispongan los reglamentos, o en su defecto, se inutilizarán.

Cuando los referidos efectos e instrumentos no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, podrá el Juez o Tribunal no decretar el comiso o decretarlo parcialmente.»

Artículo duodécimo

El artículo 408 del Código Penal queda sin contenido.

Artículo decimotercero

Los artículos 509 y 546 bis, b), del Código Penal quedan redactados como sigue:

«Artículo 509

El que tuviere en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo, será castigado con la pena de arresto mayor.

En igual pena incurrirán los que fabricaren dichos instrumentos. Si fueren cerrajeros se les aplicará la pena de prisión menor.

Artículo 546 bis, b)

Se impondrá la pena de prisión mayor y multa de 250.000 a 5.000.000 de pesetas a los dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público que realizaren el delito previsto en el artículo anterior y a cuyo servicio pusieren los referidos establecimientos.»

Artículo decimocuarto

Uno. Quedan suprimidos:

1.º La pena de reprensión privada en la escala general de penas del artículo 27 del Código Penal, y

2.º El párrafo segundo del artículo 89 del Código Penal.

Dos. Los siguientes artículos del Código Penal quedarán redactados como sigue:

«Artículo 69 bis, párrafo segundo

Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

Artículo 338 bis, párrafo primero

Se sustituye la palabra “honestidad” por “libertad sexual”.

Artículo 452 bis, a), 2

Se sustituye la expresión “deseos deshonestos” por “deseos sexuales”.

Se sustituye la expresión “persona mayor de veintitrés años” por “persona mayor de dieciocho años”.

Artículo 452 bis, b)

Se sustituye la expresión “deseos deshonestos” por “deseos sexuales” en el apartado 2.º del artículo.

Se sustituye en los apartados 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del mismo artículo la referencia a veintitrés años por la referencia a dieciocho años.»

Artículo decimoquinto

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

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 204 bis, párrafo segundo

Si con el mismo fin ejecutaren alguno de los actos penados en el artículo 582, párrafo segundo, el hecho se reputará delito y serán castigados con las penas de prisión menor en sus grados mínimo a medio e inhabilitación especial. Cuando los actos ejecutados sean algunos de los previstos en el artículo 585, el hecho se reputará igualmente delito y será castigado con las penas de arresto mayor y suspensión.

Artículo 233, párrafo primero

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 o 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 cualquier 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, 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 decimosexto

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 elevará a 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 184, 191, 240, 309, 311, 322, primer párrafo; 326, segundo párrafo; 364, número 2.º; 367, 478, segundo párrafo; 480, 482, 489 bis y 517, segundo párrafo, por la de 100.000 a 200.000 pesetas.

3.º La de pena de multa de 30.000 a 150.000 pesetas, establecida en los artículos 188, 189, 191, número 2.º; 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, 340, 341, 342, 343, 343 bis, 348 bis a), 360, 361, 364, número 1.º; 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; 487 primer párrafo; 488, 490, 493, 497 bis, inciso primero; 497, segundo párrafo; 498 y 456 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, 188, 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 y 561, 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 238, número 3.º; 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 de 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 de 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 ter, primer párrafo, por la 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 5.000.000 de pesetas.

10.º La pena de multa de 50.000 a 1.500.000 de pesetas establecida en el artículo 534 bis b) 1, por la de 175.000 a 5.000.000 de pesetas.

11.º 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.º 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.º 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 de pesetas.

14.º La pena de multa de 75.000 a 1.500.000 de pesetas establecida en el artículo 415, primer párrafo, por la de 250.000 a 5.000.000 de pesetas.

15.º La pena de multa de 75.000 a 3.000.000 de pesetas establecida en el artículo 238, número 2.º por la de 250.000 a 10.000.000 de pesetas.

16.º 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.

17.º La pena de multa de 150.000 a 6.000.000 de pesetas establecida en el artículo 238, número 1.º, por la de 500.000 a 20.000.000 de pesetas.

18.º 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.

19.º 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.

Artículo decimoséptimo

Las rúbricas del Título IX del Libro II del Código Penal y del Capítulo Primero de dicho Título, serán respectivamente: «De los delitos contra la libertad sexual» y «de la violación y de las agresiones sexuales».

Artículo decimoctavo

Los artículos del Código Penal que a continuación se citan quedan redactados como sigue:

«Artículo 429

La violación será castigada con la pena de reclusión menor.

Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:

1. Cuando se usare fuerza o intimidación.
2. Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación.
3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

Artículo 430

Cualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas, será castigada con la pena de prisión menor. La pena será la de prisión mayor si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciera uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios.

Artículo 436

Se impondrá la pena de multa de 30.000 a 300.000 pesetas al que cometiere agresión sexual, concurriendo iguales circunstancias que las establecidas en los dos artículos precedentes.

Artículo 443

Para proceder por los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal cuando se tratare de menores o incapaces.

En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase.

Artículo 446

Los comprendidos en el artículo precedente y cualesquiera otros reos de corrupción de menores en interés de tercero serán condenados también a la interdicción del derecho de tutela. Cuando la Autoridad Gubernativa tuviere conocimiento de la existencia de un menor de edad que se hallare en estado de prostitución o corrupción, sea o no por su voluntad, pero con anuencia de las personas que sobre el ejercieran autoridad familiar o ético-social o de hecho, o careciere de ellas, o éstas le tuvieren en abandono y no se encargaren de su custodia, lo comunicará de inmediato a la Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores y al Ministerio Fiscal, para que actúen de conformidad con sus respectivas responsabilidades.»

Artículo decimonoveno

El Capítulo octavo, del Título VII del Libro II del Código Penal queda redactado como sigue:

«CAPITULO VIII**De las limitaciones a la libertad sexual***Artículo 383*

Será castigado con la pena de inhabilitación especial el funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que para sí misma o para su cónyuge o persona a quien halle ligada de forma permanente por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de resolución de aquél, o acerca de las cuales debiera evacuar informe o elevar consulta a su superior.

Artículo 384

El funcionario de prisiones que solicitare sexualmente a una persona sujeta a su guarda será castigado con la pena de prisión menor.

En la misma pena incurrirá cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados, de persona que tuviera bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en esta pena cuando la persona solicitada fuera cónyuge de persona que tuviera bajo su guarda o se hallara ligada a ésta de forma permanente por análoga relación de afectividad.

En todo caso, incurrirá, además, en la pena de inhabilitación especial.»

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—1. 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. 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. 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. 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 hubiere impuesto incrementado con los intereses y recargos exigibles.

Segunda.—1. 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. 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 20 por 100 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 no será de aplicación al Consorcio de Compensación de Seguros cuando responda como fondo de garantía.

Cuarta.—Cuando mediando denuncia o reclamación del perjudicado se incoe un procedimiento penal por hechos constitutivos de infracciones previstas y penadas en los artículos 563, párrafo segundo, 586 bis y 600 del Código Penal podrán comparecer en las diligencias penales que se incoen y mostrarse parte todos aquellos otros implicados en los mismos hechos que se consideren perjudicados, aunque la cuantía de los daños que reclamen no exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio.

Quinta.—Las infracciones previstas hasta la entrada en vigor de la presente Ley en los artículos 576.2 y 3; 577.3, 4, 7 y 8, y 584.7 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 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 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, 2, 3 y 4 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.

Sexta.—Hasta el 1 de enero de 1993 no será exigible a los miembros de la Carrera Judicial el requisito a que se refiere el artículo 311.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de haber prestado tres años de servicios efectivos como Jueces para acceder a la categoría de Magistrado en los dos primeros casos en el apartado 1 del citado precepto.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—En tanto subsistan los Juzgados de Distrito, serán estos los competentes para conocer de los procesos a que se refiere la disposición adicional primera.

Segunda.—La tramitación de los procesos iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa continuará hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal.

Si continuare la tramitación, el Juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

DISPOSICION FINAL

Lo establecido en las disposiciones adicionales primera a quinta y en las transitorias tiene carácter de Ley Ordinaria.

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

PRECISIONES SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DE LA FORMULACION TIPICA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELLECTUAL TRAS LA LEY ORGANICA 6/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE

Circular núm. 2/1989, de 20 de abril

El delito contra la propiedad intelectual tras la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, se halla regulado en los artículos 534 bis a), 534 bis b), 534 bis c) y 534 ter. Sustituyen al artículo 534, cuya última redacción procedía del Código Penal texto revisado de 1963. Desaparecidos los tipos normativos, las conductas delictivas hallan expresión directa en el Código Penal. Mas los conceptos que utiliza la norma no siempre son claros, por lo que precisan de una adecuada interpretación. Esto acontece en la construcción de la estructura normativa, pero también en tema de responsabilidad civil, en donde el artículo 534 ter. se remite sin más a la Ley de Propiedad Intelectual, también de 11 de noviembre de 1987, que habrá de tenerse en cuenta para la integración de la norma penal.

Resulta obligado que por el Ministerio Fiscal se mantenga el criterio interpretativo derivado de cuanto aquí se expone, porque es muy difícil que, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, la jurisprudencia del Tribunal Supremo vaya a ocuparse de los delitos contra la propiedad intelectual en su actual formulación, pues, atendida su penalidad, el procedimiento a seguir será el «abreviado para determinados delitos» (art. 779 de la LECr.), cuyo conocimiento y fallo corresponde al Juez de lo Penal (art. 14.3 de la LECr.), sin que, contra la sentencia que se dicte, quepa el recurso de casación al estar previsto sólo el de apelación ante la Audiencia Provincial (arts. 795.1 y 796.1 de la LECr.).

A) NOTAS QUE CARACTERIZAN LA TIPICIDAD

1. Los tipos penales que hasta ahora protegían la propiedad intelectual eran abiertos, al modo de normas penales en blanco a integrar por disposiciones extra-penales contenidas básicamente en la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 y en su Reglamento de 3 de septiembre de 1880. La estricta tipicidad no sólo era normativa, sino que incluso la penalidad se establecía por remisión a otras figuras de delito. Tipos, pues, irregulares, porque tanto los elementos o caracteres del delito como la penalidad había que buscarlos fuera de ellos:

— En el Código Penal de 1932 se configura como delito patrimonial incluido en la sección de la estafa consistente en la enajenación, arrendamiento o gravamen de bienes inmuebles fingiéndose dueño (art. 525). Lo mismo acontecía en el Código Penal de 1944 para los que cometieran alguna defraudación en la *propiedad intelectual* (art. 533). Para el Código Penal revisado en 1963 (art. 534), aparte de incluirse en una sección propia, la denominación es infracción de los *derechos de autor* y la pena asignada es autónoma o no referida a la de delitos análogos.

— En el nuevo texto la tipicidad es directa y, en lo esencial, descriptiva; prepondera, en efecto, el componente descriptivo, aunque concretado conforme a criterios o referencias normativas. Esto es lo que acontece en los artículos que regulan los delitos contra la propiedad intelectual. En ellos están desarrolladas particulares formas de comisión, pero el núcleo del tipo básico del injusto [art. 534 bis a)], no es ajeno a elementos normativos, por lo que para dotar de un exacto contenido a aquellos términos descriptivos (reproducir, plagiar, distribuir, comunicar públicamente) hay que acudir de modo necesario a la Ley de Propiedad Intelectual, en donde se halla su significado. No se trata, *sin embargo*, en ningún caso, de cláusulas normativas que precisen de una valoración por parte del intérprete o del juzgador para determinar su contenido, sino de cláusulas normativas de contenido concretamente determinado. En cualquier caso, lo cierto es que ha desaparecido la remisión directa que los preceptos penales anteriores hacían a la legislación sustantiva sobre propiedad intelectual en general.

2. En cuanto el artículo 534 bis a) describe distintas modalidades de conductas alternativas unidas en ocasiones por la conjunción *o*, el tipo, estructuralmente, es mixto. Importante es precisar si se trata de un tipo mixto propiamente alternativo o mixto acumulativo. Los primeros son aquellos que están completos por la realización de cualesquiera de las conductas descritas, por lo que, si concurre más de una, sólo existirá un delito. Al contrario, en los mixtos acumulativos cada una de las conductas integra un delito, con lo que, si concurren varias, estaremos ante un concurso de infracciones. Parece que a esta última naturaleza corresponde el artículo 534 bis a).

3. Contiene el tipo una referencia subjetiva: la expresión *intencionadamente*. Ello significa que el injusto no está completo con la simple realización de las acciones que se expresan en el tipo. Es así rechazable la comisión culposa. Pero si, además, concurre otra intención, la de lucro, surge un tipo agravado: el del artículo 534 bis b) 1 a). De modo que si la conducta no es intencionada, el acto es impune, y si, siéndolo está ausente el ánimo de lucrarse, el comportamiento se conforma con el tipo normal del artículo 534 bis a).

Que la culpabilidad que se requiere no es otra que la dolosa, quedando al margen de lo penal las formas de incriminación culposa, es reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. de 5-5-1964, 15-12-1969, 23-5-1975, 27-4-1979 y 13-6-1987).

4. No se requiere el ánimo de lucro para la conformación del tipo básico. Tal *animus* origina el subtipo agravado del artículo 534 bis b) 1 a). Tampoco es necesaria la constatación de un perjuicio patrimonial. Como declara la sentencia de 13 de octubre de 1988, la infracción penal ha de entenderse cometida en cuanto se ataque o lesione el derecho de autor en cualquiera de sus manifestaciones, sin que, por tanto, sea menester para apreciar la consumación del delito

la existencia de perjuicio económico. En igual sentido las sentencias de 8 de mayo de 1971 y 14 de febrero de 1984.

5. Existe un elemento negativo: sin la autorización de los titulares del derecho de autor o de sus cesionarios en los casos en que proceda. La autorización del autor para las conductas de explotación se exige en distintos preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual (arts. 33, 88, 92, 99, etc.) y se concretan en la cesión de los derechos de explotación de la obra, habiendo de constar por escrito, y en otro caso puede instarse la resolución de la transmisión (art. 45). La falta de autorización no sólo impide la reproducción, distribución o comunicación pública (arts. 17 y 31), sino que es un elemento del tipo delictivo. Ha de preceder a los actos de explotación y emanar del titular del poder jurídico. El consentimiento del titular elimina, pues, la antijuricidad.

Para los titulares de los derechos conexos al de autor (derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas, etc.) también se exige que la autorización para la reproducción y comunicación pública de sus actividades o prestaciones ha de otorgarse por escrito (arts. 102, 109, 113, 116 y 118).

6. Es indiferente para la protección penal que la obra esté inscrita en el Registro, ya que ésta no tiene carácter constitutivo, sino sólo declarativo del derecho. La inscripción no forma parte de la estructura de la tipicidad. Ya lo había establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo bajo la vigencia de la legislación anterior: no es precisa la previa inscripción para la efectividad de la protección penal (SS de 19-5-1964, 27-4-1979, 14-2-1984 y 13-6-1987). Y se establece expresamente en el artículo 130 de la Ley de Propiedad Intelectual que los derechos de propiedad intelectual *podrán* ser objeto de inscripción en el Registro.

7. El tipo normal o básico es de mera actividad o de consumación anticipada, al no ser elemento del mismo la producción de un resultado ulterior como puede ser un perjuicio efectivo patrimonial. No son imaginables las formas imperfectas de ejecución. Sin embargo, no participan de esta naturaleza los supuestos agravados para cuya perfección es indispensable que el daño o perjuicio causado revista especial gravedad [art. 534 bis b) 2 b)].

8. El encuadre sistemático del precepto es el mismo que tenía en el anterior marco penal, pues la Ley Orgánica 6/1987 no modifica ni su colocación dentro del sistema —en el título de delitos contra la propiedad— ni la rúbrica de la sección —infracciones contra los derechos de autor—. Lo primero no es totalmente exacto; menos aún lo segundo, porque a los derechos de autor está dedicado sólo uno de los libros de la Ley de Propiedad Intelectual, coexistiendo con ellos otros derechos conexos, modalidades de la propiedad intelectual que no son propiamente de autor, que incluso están protegidos penalmente en el artículo 534 bis a) (el derecho de los ejecutantes o intérpretes). Se protegen así no sólo los derechos de autor, enunciado de la rúbrica en el Código Penal, sino también otros derechos de propiedad intelectual próximos a los del autor.

9. En la nueva ordenación, a la inversa de lo que sucedía en los anteriores Códigos penales, no todas las infracciones contra los derechos de autor están sujetas al mismo tratamiento punitivo. Al contrario, se recogen diversas figuras de delito y con distinta penalidad en los artículos 534 bis a), 534 bis b) 1 y 534 bis b) 2. De otra parte están ya perfectamente delimitadas las responsabilidades penales y civiles.

B) FORMAS DE COMISION DE LAS INFRACCIONES CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. de 27-4-1979, 14-2-1984, 30-5-1984, 13-6-1987 y 13-10-1988) distinguen dos formas perfectamente diferenciadas de comisión, en armonía con la declaración del artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual de que la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial. Una es ideal (el plagio) y otra material (las llamadas explotaciones usurpatorias). Las primeras atentan al derecho moral o personal de autor, cuyas facultades recoge el artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual. Las segundas, a las facultades patrimoniales de disposición y explotación, que comprenden los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación (art. 17 de la LPI).

Las conductas que describe el artículo 534 bis a), constitutivas del tipo normal o básico, son las de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente en todo o en parte una obra o transformarla o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio. El párrafo segundo del artículo 534 bis a) agrega el hecho de importar, exportar o almacenar tales obras.

1. Infracciones al contenido moral del derecho de autor: el plagio

El artículo 534 bis a) sanciona el hecho de plagiar, en todo o en parte, una obra, su transformación o una interpretación o ejecución artística. Por su parte, el artículo 534 bis b), apartado c), configura el plagio como violación del derecho moral del autor (art. 14 de la LPI) o del artista o intérprete (art. 107 de la LPI), que consiste en la acción de «usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución». Plagio es, pues, la apropiación ideal de la obra o interpretación ajena, o como dice el Tribunal Supremo (S. de 27-4-1979), plagio es aquella conducta en que «se suprime y prescinde del creador de la obra, poniendo a otro en su lugar, siendo la persona más bien que la cosa la que sufre el atentado perpetrado por el plagiario, al ser aquella la que desaparece, permaneciendo la obra más o menos incólume». En fórmula descriptiva, la sentencia de 14 de febrero de 1984 dijo que plagio es comportamiento que «trata de copiar la obra original o auténtica, ya sea de una manera servil o falsificación, ya de manera que induzca a error sobre la autenticidad o imitación, y ya sea de modo total o parcial la suplantación tiende a presentar como propia una obra ajena para aprovecharse de la fama y mérito intelectual de su autor».

El plagio total de una obra literaria o artística no ofrecerá dificultades probatorias. Si la simulación en parte de la originalidad de la creación intelectual o plagio parcial, sobre todo cuando con relación a la totalidad de la obra es de poca entidad; supuestos éstos en que los límites de la tipicidad de la responsabilidad por plagio serán, en cada caso, apreciados a través de prueba pericial para determinar si constituyen acción plagiaría antijurídica o si por el contrario la identidad de los materiales o ideas de una obra ajena no tienen esa entidad. A esta prueba ha acudido la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En unas oca-

siones para concluir que no existía plagio parcial; así la sentencia de 7 de abril de 1965 estimó que no es suficiente para integrar tal modalidad de plagio la similitud del título de un cuplé, porque la música y el contenido eran distintos. Y en otras para entender que existía plagio parcial; en este sentido las sentencias de 23 de mayo de 1975 y 30 de mayo de 1984. La primera apreció plagio en quienes cambiando la armonía, el contrapunto y el carácter poético de la canción, reprodujeron una romanza de la zarzuela «La Tabrera del Puerto». La otra sentencia citada, condenó por plagio porque sobre el estuche que contenía las cintas magnetofónicas y sobre la versión fonográfica se reproducían, respectivamente, la imagen de un conocido cantante español y una imitación servil de su voz.

Así como el plagio está mencionado en dos momentos —artículos 534 bis a) y 534 bis b) 1 c)— el Tribunal Supremo declara (SS. de 14-2-1984 y 30-5-1984) que en el plagio se da una doble conducta delictiva: *la usurpación de la personalidad intelectual* que ataca el elemento espiritual y subjetivo del derecho de autor, y *la defraudación que ataca el elemento patrimonial* de aquel derecho, y que, a su vez, presenta una doble vertiente: el ataque al patrimonio del autor y el perjuicio que puede causarle al público engañado con la suplantación, doble ofensa que ya se comprende puede darse también en el plagio si la copia se utiliza con fines lucrativos.

2. Infracciones al contenido patrimonial del derecho de autor

El *ius disponendi* concedido por el artículo 428 del Código Civil al autor de una obra literaria, científica o artística comprende la explotación de las mismas y la concreta disposición a su voluntad; estos mismos términos se utilizan también en el artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual, al disponerse que los derechos que reconoce esta ley «atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra». Las formas de explotación o uso de una obra son las relacionadas en el artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual: reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. La violación o infracción de cada uno de estos derechos están considerados en el artículo 534 bis a) como específicas formas de comisión.

a) Reproducción

En su objetividad, el tipo delictivo consiste en reproducir una obra o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte. Según el artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual, por reproducción se entiende «la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella». El medio o soporte en que queda fijada la obra puede ser tangible o intangible, como se reconoce en el artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual. Medio o soporte para la reproducción es, pues, el vehículo empleado para difundir las creaciones originales. Los medios tradicionales para difundir son los impresos, dibujos, grabados, etc.; el desarrollo tecnológico ha producido gran variedad de medios de difusión: fotografías, fotocopias, microfilms, cintas de cassette de sonido, disco de microsurco, cintas de vídeo,

etcétera, o medios informáticos que permitan almacenar cualquier información codificada en forma numérica (disquete de ordenador, cinta magnética de ordenador, disco óptico o *compact disc*).

No siempre la reproducción sin autorización es acto ilícito penal. No constituyen delito, entre otros casos, la reproducción de obras ya divulgadas para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa (art. 31.2 de la LPI); tampoco la reproducción para fines de investigación no lucrativa con los requisitos que prevé el artículo 37 de la Ley de Propiedad Intelectual. Una excepción está representada por los programas de ordenador, ya que la reproducción del programa, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular del derecho de explotación (art. 99.2 de la LPI). Se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma (art. 4 de la LPI).

b) *Distribución*

Otra de las formas de explotación de una obra —independientes todas ellas (art. 23 de la LPI)— es la distribución. Este derecho —cuyo desconocimiento tipifica el artículo 534 bis a)— se atribuye no sólo al autor, sino también a otros titulares de derechos conexos, y comprende (art. 19 de la LPI) la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma.

No se menciona este derecho entre los que corresponden al artista, intérprete o ejecutante (art. 102.1 de la LPI); sí se atribuye a los productores de fonogramas (art. 109) y a los de grabaciones audiovisuales (art. 113).

c) *Comunicación pública*

Es comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas (art. 20.1 de la LPI). En particular, los actos de comunicación pública son los que enumera el artículo 20.2. Se hallan entre ellos los clásicos de representaciones escénicas o teatrales, proyección de películas cinematográficas y exposiciones de obra de arte.

Otras formas de comunicación pública son la emisión, la transmisión y la retransmisión de obras. La emisión es siempre inalámbrica o por espacio aéreo (radio, televisión, satélite). La transmisión es la comunicación por cable u algún otro medio físico; puede, por tanto, al ser conceptos distintos, autorizar el autor la emisión y no la transmisión, pero esta idea desaparece en el artículo 36.1 de la Ley de Propiedad Intelectual, conforme al cual la autorización para emitir una obra comprende la transmisión por cable de la emisión. Retransmisión, por su parte, significa que recibida una señal de cualquier clase —inalámbrica o no— se vuelve a transmitir, pero por entidad distinta:

a') La emisión es la difusión de sonidos, de imágenes o de sonidos e imágenes por ondas electromagnéticas propagadas en el espacio sin guía artificial con

el fin de recepción a distancia por el público en general. Esta difusión puede hacerse por vía terrestre o sirviéndose de un satélite, circunstancia esta última que debe ser contemplada en la autorización, pues aunque el concepto de emisión comprende la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación [art. 20.2 c) de la LPI], el tratamiento jurídico es diverso según se esté en presencia de una emisión terrestre, una emisión por satélite de radiodifusión o una verificada por satélite de telecomunicación (llamado también de servicio fijo).

Los satélites de radiodifusión (denominados de radiodifusión directa) permiten la recepción de las señales por el público sin la intervención de una entidad intermediaria, y dado que esa recepción se produce en un amplio territorio (huella del satélite), cubriendo incluso varios países, la autorización para emitir deberá prever dicho territorio (art. 43 de la LPI), pues, en otro caso, la emisión no puede considerarse lícita.

En el caso de los satélites de telecomunicación o de servicio fijo intervienen, al menos, dos entidades: la de emisión de la señal al satélite y la que la recibe del mismo y la pone a disposición del público en forma apta para su recepción (bien por cable o por ondas hertzianas). En este supuesto, si los titulares de la obra han autorizado a la segunda entidad, la autorización a la primera deviene ineficaz, quedando además exenta de todo pago (art. 36.2).

b') La transmisión es la operación por virtud de la cual las señales portadoras de esos sonidos, imágenes o imágenes y sonidos, producidas electrónicamente, son difundidos por cable o por cualquier otro dispositivo conductor a los fines de su recepción por el público. Esas señales pueden tener su origen en una emisión de radio o televisión o constituir un programa propio de la entidad que lleva a efecto esta operación.

En todo caso, la transmisión de cualquier obra al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, se trata de un acto de comunicación pública [art. 20.2 d)] que ha de ser considerado, en sí mismo, independientemente del origen de las señales conducidas, y que precisa de la autorización del autor. Normalmente se habla de cable para hacer referencia al cable coaxial, que permite enviar señales de televisión; la fibra óptica es un cable especial que envía señales en forma óptica en lugar de eléctrica y puede transmitir televisión y cualquier otro tipo de información.

Sin embargo, en el supuesto de transmisión de una emisión de radio o televisión efectuada simultánea e íntegramente por la entidad de origen y sin exceder la zona geográfica prevista en la autorización para emitir, esta autorización comprende dicha transmisión (art. 36.1); es decir, en esta hipótesis excepcionalmente no es necesaria una autorización específica para la transmisión.

c') Otro acto de comunicación pública es la retransmisión, operación que ha de entenderse como la emisión (inalámbrica) o transmisión (por cable, fibra óptica, etc.) simultánea de la obra radiodifundida o televisada por entidad emisora o transmisora distinta de la de origen [art. 20.2 e)]. Una redifusión «en diferido» no es una retransmisión, sino una emisión o transmisión, según sea inalámbrica o por cable, y en estos casos además del derecho de comunicación pública, queda afectado el derecho de reproducción, sin que la entidad de radiodifusión pueda invocar la facultad que le confiere la ley (art. 36.3) para registrar la obra por sus propios medios y para sus propias emisiones inalámbricas al objeto de

realizar por una sola vez la comunicación pública de aquélla, ya que se trata de una «regrabación» efectuada a partir de una emisión de otra entidad, lo que implica aprovecharse de los servicios de la emisora de origen.

También dice la ley cuándo la comunicación no es pública: no se considera pública cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo (art. 20.1, párrafo segundo). Esta norma indirectamente confirma que los llamados «vídeos comunitarios» tienen el carácter de comunicación pública. Lo mismo el artículo 25.3 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones 31/1987, de 18 de diciembre. Dice esta disposición que no tendrá consideración de televisión la emisión o transmisión de imágenes realizadas por instalaciones que sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público presten servicio en un vehículo, en un inmueble o en una comunidad de propietarios o en una manzana urbana de fincas colindantes. Se obtiene de este contenido que siempre que los videos comunitarios cuyos cables invadan el dominio público (cruzando calles, por ejemplo) se considerarán como televisión y, por tanto, comunicación pública, por lo que para difundir una obra determinada se precisará la autorización de los respectivos titulares del derecho.

En los «vídeos comunitarios», los particulares adquieren el derecho a recibir las emisiones (por lo general películas cinematográficas) mediante el pago de una cantidad periódica y otra fija por su conexión a la red de distribución. O como dijo la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1987 (Sala Quinta), refiriéndose a videos comunitarios más restringidos: «Consisten en la distribución, por medio de cable, de emisiones de televisión procedentes de un aparato reproductor de vídeo conectado a los aparatos de televisión de los domicilios existentes en un mismo bloque o bloques de casas, integrantes de una comunidad de vecinos.»

d) *Transformación*

Otro derecho de explotación cuya infracción se recoge en la formulación típica del artículo 534 bis a) es la transformación de la obra; está definido en el artículo 21.1 de la Ley de Propiedad Intelectual y comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. Es pues, ilícita toda transformación que no cuente con la autorización del autor; mas como quien transforma una obra literaria, artística o científica (traducciones, adaptaciones, arreglos, revisiones, etc.) con autorización, se convierte en titular de derechos sobre la obra derivada o resultado de la transformación (arts. 11 y 21.2 de la LPI), que coexisten con los del autor originario, estas transformaciones sucesivas pueden dar lugar a una obra en colaboración (art. 7 de la LPI) o a una obra compuesta o sin la colaboración del autor de la obra preexistente (art. 9.1), siendo en este caso necesario para los actos de explotación las autorizaciones del autor originario y la del autor de la obra nueva.

e) *Particularidades de las infracciones al contenido patrimonial de los derechos conexos*

Cuanto se ha expuesto en relación con el contenido patrimonial de los derechos de autor, es válido en general para los derechos de igual carácter reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productos de fonogramas, los de grabaciones audiovisuales, las entidades de radiodifusión y los editores de obras inéditas caídas en dominio público (art. 122 de la LPI). Sin perjuicio de las precisiones señaladas al tratar de algunos de los indicados derechos, hay que advertir que las cuatro primeras categorías de titulares (arts. 102, 109, 113 y 116) carecen del derecho de transformación, y que los artistas intérpretes o ejecutantes y las entidades de radiodifusión no tienen atribuido el de distribución (arts. 102 y 116) sobre sus respectivas prestaciones.

f) *Importación, exportación o almacenamiento*

El párrafo segundo del artículo 534 bis a) incrimina a quien, sin autorización, intencionadamente, importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones. La conducta forma parte del derecho de distribución. Pero, de modo expreso, sólo está reconocido al productor de fonogramas. Se le atribuye el derecho de distribución y establece el artículo 109.2 de la Ley de Propiedad Intelectual que este derecho «comprende especialmente la facultad de autorizar la importación y exportación de copias de fonogramas con fines de comercialización». En su literalidad esta facultad no está conferida por la ley a los demás titulares del derecho de distribución. Al autor originario, implícitamente, sí, pues en el acto de transmisión de los derechos de explotación puede limitarla a un ámbito territorial determinado (art. 43, 1 y 2, de la LPI). Pero el derecho de distribución, como modalidad del derecho de explotación, corresponde además a los cesionarios del autor (art. 42) y en particular al editor (art. 58) incluido el de obras musicales y dramático-musicales (art. 71), al productor de obras audiovisuales (art. 88.1) y a los de grabaciones audiovisuales (art. 113). ¿Significa ello que la facultad de autorizar la importación o exportación sólo se reconoce al autor y a los productores de fonogramas? En este caso el radio delictivo sería muy limitado. La interpretación literal debe rechazarse. El artículo 534 bis a), párrafo segundo, está concebido en tono de generalidad. La conducta que describe es punible siempre que se realice «sin la referida autorización», y en el párrafo anterior del artículo 534 bis a), la autorización procede «de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios». Así, exportación e importación en cuanto actividades instrumentales de la distribución o comercialización, no son legítimas sin que preceda autorización de los respectivos titulares de los derechos, para comercializar los ejemplares fuera del ámbito estricto previsto.

El otro verbo del tipo delimitador de la acción es almacenar. Se trata, obviamente, del almacenamiento o depósito de obras o interpretaciones artísticas importadas o a exportar ilícitamente.

El comportamiento típico de este párrafo segundo del artículo 534 bis a) puede plantear, en su aplicación, algunas dificultades:

La primera es si la concurrencia de las acciones delictivas, atribuidas a una misma persona, de los incisos primero y segundo del artículo 534 bis a), nos sitúa ante conductas copenadas en el marco de algunos de los tipos de concurso de infracciones. Parece que es posible la aplicación de los artículos 69 y 71 del Código Penal.

Y otra es la de si la importación y exportación, y sobre todo el almacenamiento de obras, producciones o ejecuciones realizadas por un tercero extraño a las conductas de reproducción ilegal, pero en auxilio del autor de éstas o en beneficio propio, deberán ser penadas siempre conforme al artículo 534 bis a), párrafo segundo, o podrían integrarse en alguna forma de encubrimiento o receptación. La solución negativa ha de acogerse. De una parte, porque el artículo 534 bis a) aparecería como ley especial respecto al artículo 17, 1 y 2, del Código Penal, y, de otra, porque el tipo del artículo 534 bis a) está completo sin la obtención de beneficios económicos, y si los tipos cualificados del artículo 534 bis b) sí incluyen el ánimo de lucro y el perjuicio patrimonial, no pueden considerarse como delitos contra el patrimonio como requiere el artículo 546 bis a) del Código Penal.

C) TITULARES DE LA PROTECCION JURIDICA EN EL ARTICULO 534 BIS a) O SUJETOS PROTEGIDOS

Las conductas que se relacionan en el tipo básico son delictivas sólo cuando se realicen sin la autorización «de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios» [art. 534 bis a), inciso último de su primer párrafo]. Expresión esta última con la que se afirma la existencia de titulares directos u originarios del derecho y titulares derivados o por transmisión. Nada más se especifica. Para integrar este elemento e interpretarlo ajustadamente, deberá acudir, una vez más, a la Ley de Propiedad Intelectual y determinar si existe coincidencia entre las personas que en ella aparecen como titulares de los derechos personales y patrimoniales que reconoce y los sujetos abstractamente protegidos por la norma penal. Por lo pronto, hay que señalar que sujetos protegidos en el artículo 534 bis a) no son sólo los titulares del derecho de autor o creador originario de la obra, a los que se refiere el Libro I de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, sino también los titulares de otros derechos de propiedad intelectual distintos de los atribuidos al autor —los llamados derechos conexos o vecinos— de los que se ocupa el Libro II de aquella ley; esta conclusión se extrae del texto del artículo 534 bis a) en cuanto alude a los titulares de «*los correspondientes derechos de propiedad intelectual*», que según el mismo recaen no sólo sobre la obra en sí, sino también sobre su interpretación o ejecución artística. Serán así sujetos protegidos a efectos penales los titulares del derecho de autor en sentido estricto y los titulares de otros derechos de propiedad intelectual afines al derecho de autor. También, por supuesto, sus respectivos cesionarios. Llegados a este punto y ante la variedad de sujetos protegidos penalmente es preciso individualizar al menos los más caracterizados.

1. Titulares originarios del derecho de autor y sus cesionarios

Es autor la persona natural que crea una obra literaria, artística o científica (art. 5.1 de la LPI), pero de la protección concedida al autor pueden beneficiarse en determinadas circunstancias (ediciones de obras colectivas, por ejemplo) las personas jurídicas (arts. 5.2 y 8).

Al subrogarse en los derechos de explotación del autor están tutelados por la norma penal los cesionarios en exclusiva de estos derechos, no los cesionarios sin exclusividad (art. 50.1), por cuanto son los primeros los que están facultados, salvo pacto en contrario, para otorgar autorización no exclusiva a terceros, y en todo caso gozan de legitimación, independientemente del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se les haya concedido (art. 48).

Las formas de transmisión *inter vivos* de los derechos patrimoniales integrantes del derecho de autor se concretan frecuentemente en los contratos de edición, representación o ejecución musical y producción de obras audiovisuales (art. 57). Cabe también la transmisión de esos derechos como consecuencia de un contrato de trabajo, en cuyo caso el empleador cuando no exista estipulación escrita goza de la presunción (*iuris tantum*) de haber adquirido en exclusiva del autor los derechos de explotación de la obra creada en ejecución de tal contrato, si bien con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual de aquél, en el momento de la entrega de dicha obra (art. 51.2).

Por el contrato de edición se ceden al editor los derechos de reproducir la obra y distribuirla (art. 71), razón por la cual el editor será uno de los cesionarios del derecho de propiedad intelectual que ampara el artículo 534 bis a) 1, siempre que esos derechos hayan sido transferidos en exclusiva. Y como al cesionario del contrato de representación teatral y ejecución musical se le confiere tanto el derecho de representar o ejecutar públicamente una obra como el de comunicación pública de la misma (art. 74), es obvio que le alcanza la tutela penal durante el plazo de vigencia del contrato, cuando los citados derechos se le hayan transmitido en exclusiva.

En las obras cinematográficas y demás audiovisuales, son autores (art. 87) el director, realizador, los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos, así como los de las composiciones musicales creadas especialmente para la obra. Los derechos sobre estas obras, en cuanto son resultado unitario de la colaboración, corresponde a todos ellos (art. 7). Mas por el contrato de producción de la obra audiovisual (art. 88) se presumen cedidos en exclusiva al productor los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, con lo que aquél tiene la cualidad de cesionario que protege el artículo 534 bis a). Y lo mismo ocurre en relación con los derechos de explotación de las obras pre-existentes adaptadas o transformadas para la obra audiovisual (art. 89.1). Sin embargo, cuando se trate de una obra cinematográfica, esa presunción *iuris tantum* no alcanza a la explotación de la obra en videogramas o a través de la radiodifusión (art. 88.1, párrafo segundo), debiendo acreditar el productor haber adquirido los correspondientes derechos en su contrato con los autores.

Los programas de ordenador son también objeto del derecho de autor [art. 10.1, apartado i)], con lo que la efectiva tutela penal dispensada por el artículo 534

bis a) se extiende a ellos, así como a los cesionarios en exclusiva de los derechos de explotación (art. 98 de la LPI).

2. Titulares del derecho de autor por transformación de la obra

Como los autores de obras originales, los autores de obras derivadas (arts. 11 y 12 de la LPI) gozan también de protección penal.

3. Titulares de derechos conexos al de autor y sus cesionarios

Ya antes de la vigente legislación sobre propiedad intelectual la protección penal de los denominados derechos conexos al de autor se asimiló a la del derecho de autor por obra de la jurisprudencia. Así las sentencias de 14 de febrero y 30 de mayo de 1984.

a) *Artistas intérpretes o ejecutantes de una obra*

Aparte el derecho moral al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones y a oponerse a toda deformación (art. 107 de la LPI) les corresponde el derecho exclusivo de autorizar la reproducción y la comunicación pública de las mismas (art. 102.1), sin perjuicio de que cuando celebren un contrato para realizar un fonograma o una obra audiovisual se entiendan necesariamente cedidos aquéllos (art. 102.3) al productor (art. 103). La reproducción y comunicación pública de los mismos a través de cualquier medio sin la oportuna autorización halla encaje directo con el artículo 534 bis a), así como la usurpación del nombre del artista en alguna interpretación o ejecución, está tipificado en el artículo 534 bis b) 1 c). Ahora bien, cuando la infracción de los derechos de reproducción o de comunicación de los artistas se efectúe a partir de un fonograma o de una grabación audiovisual realizados mediante contratos con ellos, los titulares legitimados para perseguirla no serán los artistas de las interpretaciones o ejecuciones fijadas, sino los productores con los que éstos hayan contratado (y sus cesionarios), ya que en virtud de esos contratos los aludidos derechos han pasado al patrimonio de tales productores (art. 102.3).

Pero, ¿quiénes se incluyen entre los artistas intérpretes o ejecutantes? De modo genérico, en el tipo normal del artículo 534 bis a) únicamente hallamos los términos titulares de los derechos derivados de interpretaciones y ejecuciones artísticas. Por su parte, la Ley de Propiedad Intelectual individualiza entre ellos tan sólo al director de escena y al director de orquesta, mas expresando en general que aquel concepto alcanza (art. 101) «a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra». Aplicando estas normas a la práctica puede decirse que, en el caso de la música vocal, el artista intérprete es el cantante y los ejecutantes son los instrumentos, el grupo o la orquesta que le acompañe; ejecutantes son también todos los músicos que se dedican a servir de apoyo, de soporte sonoro musical, a las grabaciones que realizan cantantes (líricos, de ópera o de otro tipo). En el caso de un director de

orquesta, el director es el intérprete y la orquesta conforma la figura del ejecutante, cuales quiera sea su número.

b) *Otras personas o entidades protegidas*

La protección penal abarca no sólo al autor de la obra y a sus intérpretes o ejecutantes. También a las personas o entidades productoras de fonogramas, de grabaciones audiovisuales, a las entidades de radiodifusión y a los editores de obras inéditas caídas en dominio público:

— Productores de fonogramas. Como se extiende el artículo 534 bis a) a las interpretaciones y ejecuciones artísticas fijadas en cualquier tipo de soporte, es claro que alcanza a las fijadas en un soporte fonográfico (discos, cassettes) siempre que sean distribuidas, reproducidas o comunicadas públicamente sin autorización del productor de los fonogramas, que es el titular de estos derechos según establecen los artículos 102.3, 109 y 110 de la Ley de Propiedad Intelectual en los contratos de interpretación para realizar un fonograma o primera fijación sonora de la ejecución de una obra (art. 108).

— Productores de grabaciones audiovisuales. La ley define como productor de esta clase la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de la fijación de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales (art. 112). Así, estos productores pueden beneficiarse de la protección penal por un doble concepto: como titulares originarios de un derecho conexo sobre la grabación (fijación), que les faculta para autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública (art. 113), y como cesionarios de los autores, en virtud del correspondiente contrato de producción, cuando esa grabación consista en una obra audiovisual. Lógicamente en el radio de esa protección se encuentran los derechohabientes de los indicados productores.

— Entidades de radiodifusión. Respecto de sus emisiones y transmisiones, las entidades de radiodifusión tienen el derecho exclusivo de autorizar la retransmisión, la grabación de cualquier soporte sonoro o visual y su reproducción, así como la comunicación pública de dichas emisiones o transmisiones cuando se efectúen en lugares a los que el público acceda mediante el pago de una entrada (art. 116). La consecuencia es que toda reproducción o retransmisión de las emisiones o transmisiones sin autorización son hábiles para incardinarse en el tipo que define el artículo 534 bis a), así como la comunicación no autorizada de unas y otras cuando se realice en lugar a los que el público acceda mediante el pago de una entrada.

4. Los extranjeros titulares de derechos de autor y conexos

El artículo 10.4 del Código Civil establece que los derechos de propiedad intelectual se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los Convenios y Tratados internacionales de los que España sea parte. Y la Ley de Propiedad Intelectual extiende su ámbito de protección no sólo a los autores artistas intérpretes o ejecutantes, productores

fonográficos y audiovisuales y editores de obras inéditas ya en dominio público españoles, sino también a los extranjeros (arts. 145.1, 146.2 y 147.1). El tratamiento dado en la ley es distinto, según se trate del derecho moral de autor o de los derechos de explotación.

Con relación a los derechos de explotación hay que distinguir:

— Los extranjeros con residencia habitual en España están plenamente protegidos, pues gozan de los mismos derechos que los españoles, ya se trate de autores [art. 145.1 a)], de productores intérpretes o ejecutantes [art. 146.2 a)] o de entidades de radiodifusión (art. 148.1).

— Los extranjeros que no tengan residencia habitual en España (autores, productores de fonogramas, grabaciones audiovisuales, realizadores de meras fotografías y editores de obras inéditas) están protegidos respecto de las obras publicadas por primera vez en territorio español o dentro de los 30 días siguientes a que lo hayan sido en otro país, pero con ciertas restricciones si no existe trato de reciprocidad [arts. 145.1 b) y 174.1 b)]. También los artistas intérpretes o ejecutantes ostentan los mismos derechos que los españoles cuando la interpretación se efectúe en territorio español, o sea grabada en un fonograma o en un soporte audiovisual, o se incorpore a una emisión de radiodifusión protegidas por la ley [art. 146.2, b) c) y d)], sin que en este caso haya restricciones.

El derecho moral del autor es reconocido cualquiera sea la nacionalidad del titular (art. 145.4).

En tema de extranjeros han de tenerse en cuenta los Convenios y Tratados internacionales ratificados por España en materia de propiedad intelectual (arts. 10.4 del Cc. y 145.3, 146.3, 147.2 y 148.2 de la LPI).

Con relación al derecho de autor ofrecen una particular importancia los siguientes instrumentos internacionales: el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886, cuya última revisión es de 24 de julio de 1971, y la Convención Universal de Ginebra de 6 de noviembre de 1952 sobre los derechos de autor, revisada también en París el 24 de julio de 1971. Ambos Convenios establecen el principio de asimilación al nacional del autor convencional, por virtud del cual este último se beneficia de la protección que nuestra ley concede a los autores españoles, incluso de aquellos derechos que no le estén reconocidos en la legislación del país de origen de la obra (arts. 5.4 del Convenio de Berna y 2 y 4 de la Convención Universal de Ginebra), con la salvedad del plazo de duración del derecho (arts. 7.8 del Convenio de Berna y 4.4 de la Convención de Ginebra).

En orden a los derechos conexos, España sólo tiene ratificado el Convenio de 29 de octubre de 1971 para la protección de los productores de fonogramas contra la producción no autorizada de sus fonogramas, por lo que la protección específica de los extranjeros artistas, productores de obras audiovisuales, entidades de radiodifusión y editores de obras inéditas caídas en dominio público, se rigen exclusivamente por las disposiciones de la legislación española.

D) OBJETO DEL DELITO

En el área del artículo 534 bis a) se incluyen las obras, las prestaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes y las de carácter técnico organizativo de los

productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales y de las entidades de radiodifusión. Tanto las obras como las mencionadas prestaciones, con independencia de su naturaleza —creativas radicalmente las primeras, mediadoras entre el autor y el público la de los artistas y técnicas las restantes— ofrecen una individualidad formal y una posibilidad de goce simultáneo y plural a través de su multiplicación material y su difusión por medio de las energías que las hacen protegibles con separación del soporte físico al que se hayan incorporado. En este sentido vale para todas ellas la distinción tradicional entre *corpus mysticum*, la creación intelectual ya realizada, y *corpus mechanicum* o resultado creador que se materializa en un sustrato fáctico (libros, dibujos, discos, etc.), quedando protegidos los derechos de autor y otros afines, pero no los soportes materiales de las obras, interpretaciones o ejecuciones.

Figuran en el artículo 534 bis a) como objeto material de la acción —que es el mismo sobre el que recae la propiedad intelectual— las obras literarias, artísticas o científicas, así como las interpretaciones artísticas fijadas en cualquier tipo de soporte o comunicadas públicamente a través de cualquier medio. Son objeto de la propiedad intelectual que tutela el artículo 534 bis a), «todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte tangible o intangible actualmente conocido o que se invente en el futuro» (art. 10.1, inciso inicial, de la LPI). Unas son obras originales (las del art. 10) y otras obras derivadas (arts. 11 y 12: traducciones, adaptaciones, arreglos, colecciones). El artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual específica, sin carácter limitativo, los objetos sobre los que recae la propiedad intelectual. Unas veces se refiere a las obras y otras a su soporte. Tienen un amplio radio las actividades creadoras, pues, aparte las obras literarias y científicas, se hallan en él las artes plásticas (pintura, escultura, fotografía), composiciones musicales, obras cinematográficas y audiovisuales, arquitectónicas y programas de ordenador. Que el artículo 10 no es exhaustivo, se obtiene de las siguientes citas que vienen a completarle: El artículo 94 agrega las obras radiofónicas; el 112, las grabaciones audiovisuales, y el 118, las meras fotografías. Y la protección se extiende, como ya quedó anotado, a las actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes (arts. 101-107), siempre que se hayan incorporado a algún soporte (fonograma, videograma, grabación audiovisual) o se hayan comunicado por cualquier medio (emisión de radio o televisión), con lo que se tutelan, indirectamente, los fonogramas, grabaciones audiovisuales y emisiones de radiodifusión en los que tales actuaciones se han fijado o difundido.

E) LOS TIPOS AGRAVADOS

Son los contenidos en el artículo 534 bis b). En unos casos —artículo 534 bis b) 1— la penalidad se eleva desde la pena de multa de 30.000 a 600.000 pesetas a la de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.500.000 pesetas. Y en otros —artículo 534 bis b) 2— la pena es de prisión menor, multa de 50.000 a 3.000.000 de pesetas e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido.

De otro lado, los comprendidos en los apartados b), c) y d) del artículo 534 bis b) 1, representan un ataque al derecho moral de los titulares de los derechos

de propiedad intelectual derivados del llamado «derecho de paternidad». El relacionado en el apartado a) de aquel artículo lo mismo que los descritos en los párrafos a) y b) del artículo 534 bis b) 2 constituyen ataques al derecho patrimonial del autor.

La actividad delictiva es la misma que se prevé para el tipo básico: «Realizar cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior» [el 534 bis a)] que ya ha sido analizado. A ella se agregan estas circunstancias:

1. Infringir el derecho de divulgación del autor [art. 534 bis b) 1 b)]

Este derecho, como los demás de carácter moral, irrenunciable e inalienable, está reconocido fundamentalmente en el artículo 14, 1 y 2, de la Ley de Propiedad Intelectual. Corresponde al autor decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, así como determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo pseudónimo o signo o anónimamente. Ahora bien, ¿cuándo puede decirse que se ha infringido el derecho de divulgación? Atendido el concepto de divulgación contenido en el artículo 4, inciso primero, de la Ley de Propiedad Intelectual, cuando sin consentimiento del autor se haga accesible la obra por primera vez al público de cualquier forma.

Afecta el derecho de divulgación a la primaria facultad que corresponde al autor una vez terminada su obra: resolver sobre si la divulga (el llamado derecho al inédito). Vigente este derecho puede el autor eliminar su obra, modificarla o reelaborarla, por lo que en tanto no se extinga con el ejercicio del derecho de publicación, nadie puede obligarle a divulgar la obra. Si la infracción del derecho de distribución o reproducción de la obra ya divulgada es capaz de desencadenar el tipo de injusto del artículo 534 bis a), la infracción del derecho moral de divulgación se encuadra en el tipo cualificado del artículo 534 bis b) 1 b).

2. Usurpar la condición de autor de una obra o de parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución [art. 534 bis b) 1 c)]

Aquí hallamos dos situaciones distintas que protegen, respectivamente, el derecho de autor y el conexo que corresponde a los intérpretes o ejecutantes. Es una sanción a la infracción de los derechos de paternidad intelectual atribuido a aquellos titulares. Así, el artículo 14.3 de la Ley de Propiedad Intelectual expresa que al creador intelectual le corresponde el derecho a exigir el reconocimiento de su condición de autor de una obra; y el artículo 107 establece que el artista, intérprete o ejecutante, goza del derecho al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones y ejecuciones.

a) Usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella

Plagio usurpativo o suplantación de la personalidad del autor, es el término empleado para referirse a estas conductas por las sentencias de 14 de febrero y 30 de mayo de 1984, que han ampliado el concepto tradicional de plagio —que

al centrarse en la obra no implicaba la usurpación de la cualidad de autor o intérprete— hasta comprender en él el hecho de atribuir una obra propia a un autor, no siendo, sin embargo, de su creación, con el fin de aprovecharse de su fama y mérito.

b) *Usurpar el nombre de un artista en una interpretación o ejecución*

Las sentencias antes citadas se refieren de modo específico a esta modalidad de plagio usurpativo, afirmándose que se halla en el tipo agravado no la conducta estricta de plagio (aprovecharse de la paternidad de la creación ajena), sino el hecho de atribuir públicamente la autoría propia al artista creador de la producción intelectual.

La sentencia de 30 de mayo de 1984 valoró como suplantación de la personalidad los siguientes hechos: una entidad adquirió en exclusiva la reproducción fonográfica de canciones de un determinado intérprete musical, creando una versión, mezcla conjuntada de la voz y la letra de la canción que la dieron singularidad. Otra casa fonográfica ordenó la fabricación de *cassettes* con aquellas canciones interpretadas por distinta voz y con distinto acompañamiento orquestal, pero haciendo en la interpretación del cantante y en el conjunto de la impresión discográfica una perfecta imitación de la versión anterior, presentando así la cinta apócrifa como si se tratara de la grabación original, a lo que contribuía un dibujo del rostro de este artista.

La sentencia de 14 de febrero de 1984 incluyó también en esta forma de plagio la fabricación de cintas magnetofónicas con canciones que creó un artista, no obstante, haber cedido éste en exclusiva a otra empresa toda clase de grabaciones; las cintas de la empresa usurpadora, a pesar de alguna variante en la presentación, en su conjunto daban la impresión de ser las originales, cuando en realidad habían sido interpretadas por otro cantante y en ese falso sentido fueron promocionadas y vendidas.

No concurren, sin embargo, los caracteres de la modalidad del plagio de grabaciones sonoras en las nuevas versiones de interpretaciones musicales, presentadas como propias, en forma parecida a la del artista creador originario, pero sin hacerse pasar por éste (las llamadas *cover version*).

3. Modificar sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor [art. 534 bis b) 1 d)]

Otra faceta del irrenunciable derecho moral de autor es el derecho a la integridad o inalterabilidad del resultado creador. Está reconocido para el autor en el artículo 14, 4 y 5, de la Ley de Propiedad Intelectual, y halla dos manifestaciones. Una es la de exigir el respeto a la integridad de la obra, impidiendo cualquier deformación, modificación o alteración que suponga perjuicio para sus intereses o menoscabo a su reputación. Y otra es modificar él mismo la obra, pero respetando los derechos adquiridos por terceros.

También al artista, intérprete o ejecutante, se le reconoce el derecho de oponerse a toda deformación o mutilación sobre su actuación que lesiona su prestigio

o reputación (art. 107, inciso segundo). Al mismo tiempo, para los autores de obras audiovisuales se establece (art. 92.2) que cualquier modificación de la versión definitiva, supresión o cambio de cualquier elemento de la misma necesitará autorización.

De cuanto antecede se desprende que el derecho a la integridad queda vulnerado, tratándose del que corresponde a los autores, ante *cualquier* deformación o modificación, y el de los artistas, intérpretes o ejecutantes, ante *toda* deformación. Sin embargo, el nacimiento del tipo agravado no se produce con cualquier deformación o modificación, sino que se condiciona a que la modificación sea *sustancial*. No toda modificación, por tanto. Sólo la sustancial, esto es la que suponga modificar una parte importante o fundamental de la obra o interpretación o ejecución artística.

4. Obrar con ánimo de lucro [art. 534 bis b) 1 a)]

Este ánimo va referido a las conductas de reproducción, distribución o comunicación pública, tales como reproducciones ilegítimas de obras, fonogramas o videogramas para su enajenación o alquiler y utilizaciones no autorizadas de esas obras y soportes en emisiones de radio o televisión, videos comunitarios y discotecas. Como estas conductas de explotación usurpatoria muy raramente se producen sin estímulos económicos, el subtipo que aparece en este artículo como agravado o singular, en la práctica realmente será lo que normalmente acontezca.

5. Otros subtipos especialmente agravados

Frente a los subtipos de protección personalista se hallan otros en que, partiendo del ánimo de lucro, el perjuicio económico es elemento esencial. En su configuración el desvalor del resultado tiene una especial relevancia, que se proyecta en la imposición de la pena, que es diversa y más grave no sólo que la del tipo básico, sino también que la de otros subtipos que lesionan derechos morales del autor. Nos estamos refiriendo al artículo 534 bis b) 2, a) y b). En ellos, en la penalidad —aparte la mayor entidad de las penas privativa de libertad y pecuniarias— se incluye la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido y el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. Para que tal consecuencia punitiva se produzca es necesario que al realizar cualesquiera de las conductas típicas del artículo 534 bis a) se obre con ánimo de lucro y además concorra alguna de estas circunstancias: a) Que la cantidad o valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica. b) Que el daño causado revista especial gravedad.

La especial gravedad del daño lo mismo que la especial trascendencia económica del objeto del delito (cantidad o valor de las copias ilícitas) diferencian el tipo básico de los cualificados, pero sin que tales índices hallen una descripción típica. Se presentan así como conceptos jurídicos indeterminados cuya concreción es facultad del juzgador, y que en el futuro, con la vigencia de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, escapará a la uniformidad interpretativa al ser obra atribuida en exclusividad a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Estas mismas circunstancias —las que recoge el artículo 534 bis b) 2— u otras de análogo significado gramatical, son tenidas en cuenta en diversos lugares del Código como motivos de agravación en los delitos patrimoniales. Así, en el artículo 506.8 se atiende a la especial gravedad del objeto de la sustracción y a la especial consideración de los daños producidos; en el artículo 516.3 se ponderan la especial gravedad de los efectos sustraídos y la especial consideración de los perjuicios, y el artículo 529.7 se fija también en la especial gravedad atendido el valor de la defraudación. Mas lo cierto es que la literalidad no es absolutamente idéntica. En estos artículos *la especial gravedad* se predica del objeto o valor de lo sustraído o defraudado, y *la especial consideración* se refiere a los daños y perjuicios. En tanto que en el artículo 534 bis b) 2, *la especial gravedad* califica al daño causado y *la especial trascendencia* al objeto (las copias ilícitas). Siendo esto así, la continuada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la especial gravedad de lo sustraído, apropiado o defraudado, o sobre la especial consideración de los daños, no es referencia trasladable automáticamente a los tipos agravados en análisis; a la misma conclusión se llega si observámos que la especial gravedad individualizadora de la agravación no se ha cifrado en el mismo *quantum* para los delitos de hurto, robo y estafa.

En el primero de los subtipos —artículo 534 bis b) 2 a)— bastará con el dato objetivo de apreciación directa de la cantidad o valor de las copias ilícitas. Muchas copias ilícitas o pocas, pero de gran valor. Dada la alternatividad de las expresiones, en una de ellas se pondera la cantidad y en otra la calidad. La trascendencia económica no equivale a la producción de un efectivo daño o perjuicio valorable económicamente producto de la ilícita reproducción (fonogramas, vídeos, reprografías), pues la gravedad del daño sólo es exigible en el artículo 534 bis b) 2 b). Luego un perjuicio patrimonial concreto no condiciona la aplicación del subtipo.

En el artículo 534 bis b) 2 b) sí se precisa la cuantificación de un daño. Y de un daño de especial gravedad. Aun cuando acudiendo a otras normas penales (arts. 101-104) pueden diferenciarse daños y perjuicios por su contenido, pues el primero de los conceptos se refiere al daño efectivo y actual (daño emergente), y el de perjuicios al lucro cesante, entendemos que el término daños abarca las dos especies; el Código no lo emplea aquí en sentido restringido o técnico, y así puede observarse en los artículos citados antes (506 y 516.3), que tienen relación con el artículo 534 bis b) 2, ya que para referirse a un mismo concepto en un caso se dice «daños de especial gravedad» y en otro «perjuicios de especial gravedad».

F) LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil va aparejada a cualesquiera de los tipos delictivos que hemos examinado, ya se trate de aquellos que suponen una explotación usurpatoria o de los atentados al derecho moral de autor. A la responsabilidad civil se refiere el artículo 534 ter. del Código Penal para señalar que la «derivada de los delitos tipificados en los artículos 534 bis a) y 534 bis b), se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios». En este orden, el artícu-

lo 123 de la Ley de Propiedad Intelectual enumera las acciones que corresponden al titular de los derechos de autor ante la infracción de los mismos. Una es la que va dirigida al cese de la actividad ilícita del infractor y está regulada en el artículo 124 de la Ley de Propiedad Intelectual. Otra es la encaminada a exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados y está desarrollada en el artículo 125. Y, por último, la que tiene por finalidad solicitar con carácter previo la adopción de medidas cautelares de protección urgente, de la que se ocupan los artículos 126 y 127.

Y si del artículo 534 ter, como hemos visto, se desprende que en tema de responsabilidad civil son de aplicación al campo penal los artículos 124 y 125 sobre cese de actividad ilícita e indemnización de daños y perjuicios, del artículo 128 de la Ley de Propiedad Intelectual obtenemos que las medidas cautelares previstas en el artículo 126 podrán ser acordadas en las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esa ley.

Resulta, pues, que no sólo para la adecuada formulación de la estructura de los tipos, sino también para fijar el contenido de la responsabilidad civil y acordar medidas urgentes de protección hay que acudir a la Ley de Propiedad Intelectual.

Dos cuestiones hay que tratar aquí: Una es la relativa a las medidas cautelares que pueden adoptarse en los procesos por delitos contra los derechos de autor y su tratamiento jurídico, y otra la de la extensión y contenido de la responsabilidad civil derivada de la acción penal.

1. Medidas cautelares

En el orden civil las medidas cautelares se instan bien al tiempo de la incoación del proceso o antes de que en virtud de demanda se ejerciten las acciones de cese de la actividad ilícita o de indemnización de daños y perjuicios, pues la ley legitima al titular de los derechos de autor para solicitar «con carácter previo la adopción de medidas cautelares de protección urgente» (art. 123, párrafo segundo).

Recogidas las medidas cautelares en el artículo 126 de la Ley de Propiedad Intelectual, con ellas se pretende neutralizar o prevenir las situaciones de riesgo para el titular del derecho de autor que se producirían de continuar la actividad infractora (*periculum in mora*), y, de otro lado, en cuanto formas de ejecución provisional anticipada aseguran la futura realización del derecho en peligro adelantado, provisionalmente, algunos de los efectos propios de la resolución definitiva, por lo que no es aventurado afirmar que el procedimiento en que se adoptan puede considerarse sujeto a condición resolutoria.

Evidentemente, es presupuesto necesario para la adopción de toda medida cautelar no sólo una sumaria *cognitio* de hechos, sino acreditar la existencia del derecho (el llamado doctrinalmente *fumus boni iuris*). El objeto básico de las mismas es la paralización o suspensión de la actividad ilícita mientras se sustancia el proceso y la eliminación de los efectos producidos por aquélla. De ahí que el artículo 126 de la ley considere como medidas cautelares la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, el secuestro del material empleado por la reproducción y comunicación pública, así como el de

los ejemplares producidos y utilizados, y la intervención o depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita y de las cantidades debidas. Los dos tipos primeramente citados anticipan efectos de la sentencia referentes al cese de la actividad ilícita y el último adelanta la indemnización.

a) *El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación pública*

En virtud de resolución judicial es perfectamente legítima la medida de secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información (art. 20.5 de la CE). Es el secuestro un acto de ocupación material limitativo del *ius disponendi*, que consiste en la privación de la posesión sobre la totalidad de los efectos e instrumentos provenientes del delito, siendo estos puestos a disposición de la autoridad jurisdiccional legitimada para acordarla.

Uno de los temas que deben tratarse aquí es el de la extensión y límites del secuestro en las infracciones contra el derecho de autor, materia cuya interpretación no deja de ofrecer dificultades.

La medida de secuestro ordenada en el artículo 126.3 no es una novedad. Está prevista también para otros tipos delictivos. En particular, para todos aquellos cometidos por medio de la prensa u otros medios de difusión, ya sean sonoros o fotográficos. En el artículo 816 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el secuestro se limita a los ejemplares del impreso o la stampa. El artículo 3 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, da mayor amplitud al secuestro, en cuanto dispone que los Jueces podrán acordar el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produce la actividad delictiva, al iniciar el procedimiento por delitos cometidos a través de la imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares.

En el artículo 126.3 se hace referencia al secuestro de efectos e instrumentos del delito. Pero así como puede abarcar a todos los efectos —los ejemplares producidos o utilizados— no se comprenden en él la totalidad de los medios o instrumentos empleados para la realización delictiva, pues aquél se contrae al material empleado *exclusivamente* para la reproducción o comunicación pública, con lo que implícitamente se está declarando la insecuestrabilidad de los instrumentos utilizados en actividades ilícitas que no sean la reproducción o la comunicación pública.

Pero dado que en la órbita del artículo 126.3 estén todos los efectos, procede declarar si en el giro de ejemplares producidos o utilizados han de incluirse sólo los ejemplares gráficos o también los sonoros. Aunque la expresión *ejemplares* en el lenguaje usual se aplica preferentemente a las publicaciones, que se identifican con impresos (copias de un libro, folleto, escrito, etc.), la secuestrabilidad debe predicarse de todos los ejemplares cualesquiera sea su naturaleza física —impresos o no— derivados del objeto del delito. Luego serán objeto de secuestro no sólo los ejemplares derivados de las infracciones que atenten a obras literarias, sino también los que provengan de obras científicas y artísticas, ya estén representados por las artes plásticas (copias de pinturas, grabados, etc.), por la

fijación sonora de la ejecución de una obra o por la fijación de un plano o secuencia de imágenes (discos, cassettes, vídeos, películas, etc.).

Otra cuestión: es secuestrable el material empleado para la reproducción o comunicación pública. ¿Pero cuáles son esos materiales? Si a la reproducción es esencial la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias (art. 18 de la LPI), *el material utilizado para la reproducción* de ejemplares ilícitos será el que se relaciona en el artículo 124.1 d), esto es, los moldes, planchas, matrices y negativos. En orden al *material empleado para la comunicación pública* sobre el que puede recaer también el secuestro, el artículo 124.1 e) especifica algo más y dice los *aparatos* utilizados. Luego si el artículo 20.2 expresa qué son actos de comunicación pública en sentido legal, los aparatos objeto del secuestro serán los destinados a tales comunicaciones susceptibles de *aprehensio*.

b) *La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda*

Con esta medida se paraliza la actividad infractora. Es provisional y limitada temporal y cualitativamente, pues no se trata de una suspensión general o indeterminada de la actividad que desarrollen las personas o entidades responsables de la ilícita reproducción o comunicación pública, y es temporal, por cuanto según los resultados de la investigación llevada a cabo en el proceso penal en que se adopte puede alzarse o convertirse en suspensión definitiva.

Sólo alcanza, pues, a la concreta actividad relacionada con la conducta infractora, sin que, en ningún caso suponga precinto o cierre del medio. Suspensión únicamente de la actividad ilegítima, básicamente reprográfica, fonográfica o audiovisual. Y de la comunicación pública. Pero no suspensión de la empresa editorial ni de las productoras de fonogramas o grabaciones audiovisuales. Sólo la edición, emisión o grabación determinada.

Objetivamente tiene mayor extensión que la medida de secuestro, pues la suspensión alcanza a una actividad, la de distribución, que no está en la órbita individualizada del secuestro.

c) *La intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate, o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración*

Se pretende con esta medida cautelar asegurar el cumplimiento de la obligación de indemnizar. Materialmente, atendido el momento en que se acuerda, se trata de un secuestro; si se quiere de segundo grado o secuestro impropio, porque puede tener contenido no real, sino simplemente obligacional (las remuneraciones debidas). Así como el artículo 126.3 se refiere al secuestro de los ejemplares producidos o utilizados, el artículo 126.1 contempla la ocupación (intervención) y subsiguiente depósito de los ingresos o cantidades obtenidas por la explotación ilícita de los derechos de autor y de las debidas aún en concepto de remuneración. Estamos, pues, ante un secuestro, si no de los objetos creados directamente por

la actividad ilícita (*producta sceleris*), sí de sus substitutivos, representado por el precio procedente de la infracción ya ingresado o a ingresar en el patrimonio del infractor. Quedan así intervenidos no sólo las cosas que constituyen el producto de la ilícita actividad, sino cualquier ventaja patrimonial recibida como contraprestación por el infractor, es decir, todo provecho, lucro o ilícita ganancia obtenida por la acción delictiva (*fructus sceleris*).

d) *Cuestiones que plantean la adopción de las medidas cautelares previstas en el artículo 126 de la Ley de Propiedad Intelectual*

Estas medidas, como ya se dijo, tienen proyección práctica en los procesos penales (art. 128, párrafo primero, de la LPI), que dada la penalidad prevista para los delitos tipificados en los artículos 534 bis a) y 534 bis b) del Código Penal, será el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre. En el ámbito procesal-penal se nos presentan varias cuestiones no siempre de fácil solución interpretativa.

a') *Legitimación para solicitar estas medidas en el proceso penal*

¿La ostentan sólo los titulares del derecho de autor y sus conexos y los cesionarios respectivos? ¿O procede adoptarlas ante cualquier denuncia por infracción de los derechos de autor que dé lugar a la iniciación de diligencias previas, incluida la que pueda provenir del Ministerio Fiscal? En el orden civil, si no directamente determinados, son fácilmente determinables los legitimados para instar las medidas, ya que corresponde a «los titulares de los derechos reconocidos en esta ley» (art. 126, párrafo inicial, de la LPI). En el orden jurisdiccional penal no hay dudas de la legitimación plena y general de las entidades de gestión de derechos de explotación, porque el artículo 135 de la ley expresa que están legitimadas para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Si la denuncia proviniera de un tercero totalmente extraño a la titularidad del derecho violado, al menos algunas de las medidas de referencia (las del art. 126.3) pueden acordarse porque los artículos 334 y 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permiten la intervención y depósito a disposición judicial de los efectos e instrumentos del delito. Cuando ejercite la acción el Ministerio Fiscal, ya sea en forma de denuncia o de querrela, pueden solicitarse y adoptarse por la autoridad judicial la totalidad de las medidas que se comprenden en el artículo 126, porque tanto el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como el 3.5 del Estatuto autorizan al Ministerio Fiscal para solicitar del Juez de Instrucción la adopción de las medidas cautelares que procedan, sin distinguir entre medidas cautelares personales y reales; lo no permitido al Ministerio Fiscal es decidir directamente en la investigación iniciada por él, la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos (art. 5 del Estatuto en relación con el 785 bis de la LECr.).

b') Momento procesal de la adopción de medidas cautelares

En caso de infracción consumada del derecho, las medidas se pueden solicitar y adoptar con carácter previo al ejercicio de las acciones civiles del cese de la actividad ilícita y de indemnización de daños materiales y morales; esta afirmación se extrae tanto de la remisión que el artículo 127, párrafo primero, hace al artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —conforme al cual las medidas cautelares pueden solicitarse antes de entablarse la demanda—, como porque el propio artículo 127.1 así lo reconoce. Pero la solicitud de adopción de medidas puede ser también previa a la infracción del derecho de autor, pues, de una parte, dice el artículo 126, párrafo inicial, que pueden decretarse «cuando existe temor racional y fundado de que ésta —la infracción— va a producirse de modo inminente», y, de otra, el artículo 127.1 las supedita a la existencia de «indicios racionales» de que vaya a producirse. Así, las medidas cautelares son previas a una eventual y futura infracción siempre que ésta pueda presentarse como inminente (especie de *actio damni infecti*) y previas a la iniciación de un específico proceso ulterior.

¿Estas dos posibilidades de adopción previa de las medidas provisionales urgentes tienen encaje en el proceso penal? Ni el temor ni los indicios, aún racionales, de que la infracción del derecho de autor vaya a producirse pueden integrar eficazmente el contenido de una denuncia o de una querrela, pues éstas no se construyen con eventuales hechos antijurídicos. Una querrela de tales características no tendría más destino que la desestimación automática (art. 313 de la LECr.), y las denuncias de esa misma naturaleza desembocarían, desde luego, en el archivo, tanto si se presentaren ante la autoridad judicial competente (art. 269 de la LECr.), como si se formularen ante el Ministerio Fiscal (arts. 5 del Estatuto y 785 bis 1 de la LECr.), pues su admisión a trámite y la subsiguiente apertura del proceso están condicionadas siempre a que los hechos objeto de las mismas revistan en aquel momento caracteres de delito.

Si los posibles hechos futuros no legitiman la admisión de denuncias, ni, en consecuencia, la adopción de medidas cautelares, debe rechazarse también su adopción, aun provisional, por el anuncio de que después se formulará denuncia, aunque de por sí ya es difícil distinguir entre manifestación de voluntad interesando la adopción de medidas que no constituya una denuncia, porque en aquél han de constar unos hechos de los que se desprenda la infracción del derecho. Y antes de presentarse querrela, y tras el anuncio de ésta, ¿son posibles algunas de las medidas cautelares? El artículo 273 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite al particular, antes de formalizar querrela, solicitar de la autoridad judicial o de funcionarios de Policía, que se practiquen las primeras diligencias necesarias para hacer constar la verdad de los hechos. Entendemos que la adopción de medidas cautelares a prevención no encaja en el concepto de primeras diligencias. Si se resuelve inadmitir la querrela no porque los hechos no sean constitutivos de delito, sino porque el Juez se considere incompetente o por defectos formales esenciales, tampoco podrá resolverse a prevención sobre las medidas cautelares, dado que su adopción está subordinada a la estimación.

En definitiva, si en el proceso civil están permitidas las medidas cautelares urgentes anteriores a la presentación de la demanda con un plazo de caducidad muy breve (arts. 127 de la LPI y 1428 de la LEC), tales medidas no pueden

anticiparse al acto de iniciación de un proceso penal. En éstos, el auto de admisión es constitutivo para la apertura y la adopción de medidas cautelares. El *dies a quo* de las medidas cautelares coincide con el momento de la apertura de un proceso penal.

c') Sobre el carácter potestativo o imperativo de la adopción de las medidas una vez iniciado el proceso penal

¿Necesariamente se superponen apertura y concreción de medidas hasta el punto de que en aquel auto deben acordarse, sin más, las solicitadas? ¿Su adopción, tras la apertura, es una facultad del Juez instructor o un imperativo que ha de subseguir a toda denuncia o querrela que provoque la formación de un procedimiento por infracción de los artículos 534 bis a) o 534 bis b)? O lo que es igual, si al iniciarse un proceso penal, el acto de adopción de medidas debe ser entendido como una facultad que se concede al Juez (medidas discrecionales) o si debe ser imaginado como un imperativo (medidas automáticas) que se impone al Juez en cuanto decida incoar el procedimiento. En el primer caso, el Juez puede optar *entre adoptarlas o no; en el segundo, la opción estriba en iniciar o no el sumario*, pero si la elección se resuelve con la iniciación del procedimiento, las medidas son ineliminables. En el orden civil se trata de una mera facultad —la autoridad judicial «podrá decretarlas», dice el artículo 126, primer párrafo, de la ley— y este mismo tratamiento tendrán en el proceso penal, así se obtiene del artículo 128, párrafo primero, cuando afirma que las medidas cautelares podrán ser acordadas en las causas criminales. Pero dado que la decisión del Juez sea la de acceder a la petición de medidas, ¿deberán acordarse todas? La ley, de modo expreso, no dice que, conjuntamente, deban adoptarse todas las del artículo 126, sino sólo que podrá decretar aquellas que según las circunstancias fueren necesarias para la protección urgente de los derechos infringidos y «en especial» las que inmediatamente después se enumeran. Parece que resuelta la opción de acordarlas en sentido positivo, deben decretarse todas, pues suponen el complemento necesario que garantiza el efectivo cese de la violación del derecho y asegura al menos parte de las reparaciones civiles.

2. El cese de la actividad ilícita y la indemnización de daños y perjuicios

Como acciones específicas protectoras de los derechos de propiedad intelectual se recogen en el artículo 123 de la Ley la dirigida al cese de la actividad ilícita del infractor y la tendente a exigir la indemnización de daños materiales y morales. Pueden ejercitarse, según las circunstancias, conjunta o separadamente. La primera de ellas impone un no hacer al demandado, y es una acción propiamente de condena. La segunda es una acción de resarcimiento y su pretensión se concreta en un dar. Mas en el ámbito del proceso penal constituyen, de modo conjunto, el contenido de la responsabilidad civil derivada de los delitos contra el derecho de autor (art. 534 ter del CP).

a) *El cese de la actividad ilícita del infractor*

La extensión del cese de la actividad ilícita a que se refiere el artículo 124.1 presenta dos facetas. Una se contrae al cese de la actividad de reproducción y otra a la distribución y comunicación pública. Así como la suspensión de la explotación infractora y la prohibición de reanudarla [art. 124.1 a) b)], unidas a la inutilización de los moldes, planchas, matrices y negativos [art. 124, 1 d)] impiden la reproducción, la retirada del comercio de ejemplares ilícitos [art. 124.1 c)] y la destrucción y precinto de los aparatos utilizados [art. 124.1 e)] obstaculizan las actividades de distribución y comunicación pública. Es claro, pues, que la extensión del cese de la actividad ilícita estará, en cada caso, determinada por la modalidad delictiva que se haya imputado:

a') Las medidas cautelares del artículo 126 y las medidas que conllevan el cese de la actividad ilícita del artículo 124.1, son virtualmente coincidentes, mas debería haber superposición total. Por dos razones. En primer lugar, porque si las primeras, acordadas durante el procedimiento, pretenden evitar de modo provisional un daño posible al titular del derecho, por los mismos medios las segundas, ahora ya en la sentencia, tienden a impedir el daño o lesión de modo definitivo, con lo que la única diferencia sería que nota característica de las primeras es su provisionalidad y la de las segundas su sentido definitivo. Y, en segundo término, porque otra de las funciones de las medidas cautelares propias es asegurar los efectos del proceso, en el cual el cese de la actividad ilícita plena forma parte de la *responsabilidad impuesta al condenado. De igual modo que permitir durante el procedimiento la circulación de los efectos objeto de la actividad infractora conduciría a la inejecución del comiso o destrucción de los mismos, la falta de suspensión de la actividad ilícita no evitaría la continuidad en la producción del daño.*

El paralelismo, antes anotado, de las medidas cautelares adoptadas con carácter de urgencia para anticipar provisionalmente los efectos de la resolución ulterior y las medidas definitivas que se materializan en el cese de la actividad, tiene las siguientes manifestaciones:

— La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos del artículo 124.1 c) se conforma con el inciso primero del artículo 126.3, referente al secuestro de ejemplares producidos o autorizados. En el primer precepto se prevé, además, la destrucción de ejemplares y no en el segundo, porque aquella medida, al ser definitiva y acordarse en la sentencia, equivale al comiso de los efectos del delito, que es una pena accesoria.

— La inutilización y, en su caso, la destrucción de los instrumentos (moldes, planchas, matrices, negativos) utilizados en la reproducción ilícita [art. 124.1 d)] equivale al secuestro del material empleado para la reproducción del artículo 126.3.

— La remoción (destrucción) o precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada del artículo 124.1 e) se corresponde con el secuestro del material empleado para la comunicación pública (art. 126.3).

— La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública del artículo 126.2 está confirmada por la posterior y definitiva suspensión de la explotación infractora (reproducción, comunicación, distribución) y su prohibición de reanudarla del artículo 124.1, a) y b).

b') Mas si existe una gran analogía entre la estructura objetiva de las medidas del artículo 126 y las que integran la actividad ilícita que ha de cesar (art. 124.1), los efectos de unas y otras son distintos en cuanto distintos son los conceptos de secuestro de los efectos e instrumentos (medida cautelar) y el comiso de los efectos e instrumentos (medida definitiva) con la categoría de pena accesoria a la que van unidas las consecuencias patrimoniales del artículo 48 del Código Penal:

— En el artículo 124.1 la incautación u ocupación de los efectos e instrumentos es definitiva, en tanto que en el artículo 126 el secuestro es provisional.

— En el artículo 124.1 presupuesto indispensable para su adopción es la conclusión del proceso penal por sentencia firme; en el artículo 126 basta con la apertura del procedimiento.

— Con las medidas patrimoniales del artículo 124.1 se produce la privación de la propiedad, bien sea para proceder a la transmisión a un tercero o a la inutilización o destrucción; en el artículo 126 hay sólo privación de la posesión para garantizar el cese de una actividad contraria a los violados derechos de autor.

— Las medidas cautelares se extinguen con la resolución que ponga fin al proceso penal iniciado si aquella es liberatoria de responsabilidad, ya lo sea de modo provisional (sobreseimiento) o definitivo (sentencia absolutoria), atribuyéndose entonces el poder de disposición a quien se privó de la posesión salvo los supuestos excepcionales de los artículos 635 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si la resolución es atributiva de responsabilidad penal con la extinción de las medidas provisionales surgen otras, ya definitivas, cual es el comiso o pérdida de los efectos provinientes del delito y de los efectos con que se hubiere ejecutado. Ya se expuso que tanto el artículo 126.1 como el 126.3 representan supuestos de secuestro. Pues bien, al coincidir el objeto del secuestro con el del comiso, la modalidad de éste consistente en el cese de la actividad ilícita del artículo 124.1 —que es la confirmación de las medidas cautelares integradas en el secuestro— debería tener los mismos efectos asignados al comiso común o general en el artículo 48 del Código Penal. Y lo cierto es que no es así. En el artículo 48 el comiso supone, con relación a los efectos e instrumentos, la venta si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado, pero si su valor no guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal podrá no decretarse el comiso (comiso facultativo) o no decretarse en su totalidad (comiso parcial); y si los efectos e instrumentos fueren de ilícito comercio se inutilizarán. Por su parte, el artículo 124 establece la destrucción de los ejemplares ilícitos [art. 124.1 c)] —concepto que no se identifica con efectos de ilícito comercio del artículo 48 del Código Penal—, la inutilización, y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos destinados a la reproducción de ejemplares ilícitos [art. 124.1 d)], así como la destrucción de los aparatos utilizados en la comunicación pública [art. 124.1 e)]; y a instancias del infractor, la destrucción o inutilización sólo lo será en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita (art. 124.2). Por último, si con el producto de la venta en el artículo 48 del Código Penal se atiende a las responsabilidades civiles del penado figurando en lugar preferente la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios (art. 111.1 del CP), en el artículo 124.3, y a cuenta de la indemnización de daños y perjuicios, se faculta al titular del derecho

infringido para pedir la entrega *in natura*, y a precio de coste, de los efectos e instrumentos.

c') El artículo 534 ter del Código Penal prevé la aplicación de todas las medidas sobre cese de la actividad ilícita a los delitos tipificados en los artículos 534 bis a) y 534 bis b). Se separa de la individualización que de ellas hacen los artículos 124 y 126 de la Ley de Propiedad Intelectual, el último párrafo del artículo 534 bis b) del Código Penal, al establecer, exclusivamente para los subtipos agravados del artículo 534 bis b) 2 —especial trascendencia económica de las copias ilícitas y especial gravedad del daño causado— que el Juez podrá decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado.

Los artículos 126.2 y 124.1 a) de la Ley de Propiedad Intelectual —uno con carácter provisional y el otro de modo definitivo— ordenan la suspensión de la actividad o explotación infractora. Es desconocida en esta ley como medida dirigida al cese de la actividad ilícita el cierre de la industria o establecimiento, pero el Código Penal lo autoriza cuando en ellos se haya ejercido la actividad que dio lugar a la apreciación de los tipos agravados. El cese, aún definitivo, de la actividad infractora, es medida rebasada en sus consecuencias por la de cierre de la industria o establecimiento en que se haya desplegado la actividad objeto de sanción penal. No se trata aquí de la suspensión parcial de las actividades de la empresa o establecimiento, sino de su cierre o clausura. No, por ejemplo, de determinadas emisiones, sino de las emisoras; no la actividad fonográfica concreta, sino de la editorial fonográfica; no supresión de proyecciones cinematográficas y representaciones artísticas, sino cierre de los establecimientos.

Se trata de una facultad. El Juez podrá decretarla, dice la norma. Es preciso aclarar cuál es el radio de esta facultad. Cabe pensar que es amplio: puede acordar o no la clausura. O entender que es más estricto: la clausura siempre se acordará, pero puede optarse por el cierre temporal o por el definitivo. En este último caso el cierre es preceptivo con lo que la facultad se reduce a la duración del cierre. Entendemos que la facultad conferida abarca la posibilidad de acordar o no acordar el cierre al modo previsto en los artículos 344 bis b), 344 ter y 546 bis d), y distinto a la formulación del artículo 452 bis d) 2 en la que el cierre es imperativo y la discrecionalidad se proyecta sólo sobre la temporalidad o definitividad.

Si se opta por un cierre temporal el plazo está absolutamente indeterminado. Se trata de una facultad absolutamente discrecional del Juez, pero que, como índice, podría tenerse en cuenta el plazo entre dos y cinco años que aparece en el artículo 534 bis b) 2 para la inhabilitación especial referida al ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido.

Otras cuestiones sugieren este precepto.

Una es si la vulneración o infracción de la sanción que consista en la apertura ilegítima del establecimiento clausurado supone quebrantamiento de condena. La tesis positiva se fundamenta en que el cierre de la industria o establecimiento forma parte de la condena, aunque su naturaleza, entendido el artículo 27 del Código Penal, no es, formalmente, una verdadera pena. Lo mismo cabe decir para las hipótesis de apertura a nombre de otra persona en virtud de traspaso o de venta del negocio o industria.

De la naturaleza material de pena que debe asignarse al cierre, puede concluir-

se que únicamente podrá adoptarse cuando el titular del establecimiento o industria delictiva sea el autor del delito, pero si éste fuera un arrendatario el cierre lo sería para la continuidad en la industria de éste, sin que se prive al propietario del *ius disponendi*. Que sólo procede el cierre cuando concurren en una misma persona las condiciones de responsable del delito y titular dominical del establecimiento o industria, se desprende de los términos del precepto objeto de interpretación al referirse al cierre «de la industria o establecimiento *del condenado*».

Para el supuesto en que se imponga el cierre definitivo, es de señalar que se ha omitido un precepto —necesario, por lo demás— paralelo, por ejemplo, al del artículo 347 bis, que en los casos de cierre provisional o definitivo de los establecimientos, puede el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

b) *Indemnización de daños y perjuicios*

Es otra de las acciones reconocidas a los titulares de los derechos de autor y sus conexos (art. 123 de la LPI), cuyo contenido desenvuelto principalmente en el artículo 125, tiene aplicación inmediata en los procedimientos penales (art. 534 ter del CP).

Fuera del artículo 125 también se regulan aspectos relacionados con la responsabilidad civil. Una indemnización, al menos parcial, se consigue por la vía de la transformación de las medidas cautelares y de la efectividad del cese de la actividad ilícita, pues si con la ocupación a disposición del perjudicado de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita se asegura un cumplimiento limitado de la obligación de indemnizar (art. 126.1), el titular del derecho infringido también puede pedir, a cuenta de la indemnización, la entrega de los ejemplares ilícitos, así como el material y aparatos empleados para la reproducción y comunicación públicas (art. 124.3).

Pero, de modo específico, se ocupa de esta materia el artículo 125 de la ley:

a') Al daño material o patrimonial se alude en su párrafo primero. Aunque la indemnización de daños y perjuicios comprende el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener (art. 1.106 del Cc.), en realidad en este artículo 125 más que de daños materiales, efectivos, actuales o emergentes (valor de las pérdidas sufridas), vienen a fijarse los criterios que determinan el lucro cesante o ganancias dejadas de obtener. Dispone, en efecto, que podrá optar el perjudicado como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente de no mediar la utilización ilícita y la remuneración o precio que hubiere percibido de haber autorizado la explotación.

Más entendemos que la indemnización debe rebasar el lucro cesante. Puede ocurrir que la violación del derecho de autor no cause daños, sino que produzca incluso beneficios para el titular, en cuyo supuesto, ciertamente, no puede hablarse de acción de resarcimiento; pero sí ha habido una intromisión o explotación ilegítima de un derecho ajeno, con lo que, independientemente del *quantum* del posible menoscabo patrimonial, el infractor debe todo el valor obtenido por su intromisión, debiendo restituir la totalidad de aquello con que se ha enriquecido o lucrado injustificadamente o sin título. Es cierto que en los artículos del Código Penal reguladores de la responsabilidad civil derivada del delito, el contenido de

ésta es exclusivamente de resarcimiento: los daños y perjuicios causados (arts. 101-104), lo que no autoriza la restitución de la totalidad del valor o lucro obtenido por el infractor. Pero no sólo por el principio del enriquecimiento injusto estimamos pertinente la restitución del íntegro lucro ilícitamente obtenido, sino también por la remisión que hace el artículo 534 ter a la Ley de Propiedad Intelectual en temas de indemnización de daños y perjuicios; en el artículo 125, inciso primero, se rebasa el lucro cesante regulándose una forma de restituir el enriquecimiento total (pagar la remuneración que se hubiere percibido por la autorización de la explotación). Aparece así perfilada la separación entre indemnización de daños y la restitución del valor de lo ilícitamente obtenido, pues de otro modo se originaría un enriquecimiento injusto por el infractor.

b') Al daño moral o extrapatrimonial está dedicado el párrafo segundo del artículo 125. Según su tenor «en caso de daño moral procederá su indemnización, aún no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra».

Implícitamente viene a distinguirse entre daños puramente morales («aun no probada la existencia de perjuicio económico») y daños morales impropios, o patrimoniales indirectos, porque la lesión de los valores inmateriales que comportan los derechos de autor trasciende al patrimonio. Ambos son resarcibles, pero en los daños morales en estricto no es exigible justificar un perjuicio económico. Por esta razón, en ellos la determinación o graduación del dinero del dolor (*pecunia doloris*) será distinta a la de los daños morales indirectamente económicos; además, en los daños morales puros no existe una indemnización propiamente dicha o equivalente mensurable, sino que más bien se persigue compensar al perjudicado por el menosprecio a su personalidad.

A la satisfacción moral de los daños morales alude el artículo 534 bis c) del Código Penal: el Juez podrá decretar la publicación de la sentencia condenatoria, a costa del infractor, en un periódico oficial.

Las bases para determinar o valorar el perjuicio económico se hallan también en el artículo 125. El criterio tenido en cuenta es bastante más específico que el de los artículos 103-104 del Código Penal.

Aunque en el artículo 125, párrafo segundo, uno de los índices en la valoración del daño moral es el «grado de difusión ilícita de la obra», ello no significa que sólo sean titulares de esta indemnización los autores en sentido estricto, sino que también lo serán los artistas, intérpretes o ejecutantes de la obra. Y, es más, como el daño moral no es, en todas sus formas, la reparación proporcional al derecho moral del autor o del artista, los titulares de la acción indemnizatoria o reparadora por daño moral no son únicamente los titulares del derecho moral infringido, sino también los de los derechos de explotación.

ENAJENACION MENTAL DEL IMPUTADO SOBREVENIDA TRAS EL AUTO DE APERTURA DEL JUICIO ORAL Y ANTES DE LA CELEBRACION DE ESTE: SUS EFECTOS SOBRE EL PROCESO

Consulta núm. 1/1989, de 21 de abril

I

El hecho sometido a Consulta cuenta con los siguientes datos de hecho y jurídicos:

A) Seguido sumario de urgencia por delito cometido en 1984, el Ministerio Fiscal formuló escrito de conclusiones provisionales en 1985 contra B., considerándole autor de un delito de estafa de los artículos 528 y 529.7 del Código Penal, y, sin apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitó la pena de seis años de prisión menor y la condena a indemnizar al perjudicado en tres millones de pesetas. La Audiencia Provisional señaló en dos ocasiones fechas para la celebración del juicio oral. La última, el 5 de octubre de 1988. En este día la causa de la suspensión fue debida a la presentación por el Abogado defensor de B. de un certificado médico sobre la situación mental del procesado en la actualidad. La Sala envió un médico forense para que reconociera a B., llegando aquél en su informe a estas conclusiones: que B. sufrió en octubre de 1986 un accidente cerebro-vascular agudo con una importante lesión cerebral en la región tèmpero-parietal derecha a consecuencia del cual el reconocido presenta un déficit motor e intelectual grave e irreversible que le incapacita para comparecer a juicio de manera definitiva.

B) El Fiscal que formula la Consulta ante el hecho expuesto hace estas observaciones:

1. Procesalmente la cuestión planteada consiste en la imposibilidad, con carácter definitivo, de celebrar el juicio oral, ya que el procesado, aparte de su defecto físico que le incapacita para acudir al juicio, nada podrá aportar, pues intelectualmente está incapacitado de modo absoluto. Esta cuestión ha sido contemplada en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1899, y en ella se indica que «si la demencia surge una vez concluso el sumario y después de acordada la apertura del juicio oral, se llevará a efecto igualmente lo ordenado en los artículos 381 a 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien no se puede archivar la causa y suspender el procedimiento hasta que se produzca la sanidad del procesado, pues dado el estado procesal en que se halla el procedi-

miento, una vez abierto el juicio oral, no hay más medio de terminar la causa que por sentencia definitiva». Pero parte de la doctrina, con apoyo en la sentencia de 18 de mayo de 1927, expresa que si la enajenación se ha producido o acreditado antes del inicio de las sesiones del juicio oral, por analogía con lo dispuesto en el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Sala debe mandar archivar el proceso hasta que el procesado recobre la salud, procediéndose a adoptar el sobreseimiento libre si muriese antes de recobrarla, a lo que habrá de añadirse que también procede declarar extinguida la acción penal una vez transcurrido el tiempo de prescripción.

2. Entiende que seguido literalmente el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deberá pedirse el archivo provisional, ya que la postulación por el Fiscal del sobreseimiento del artículo 637.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser muy restringida; pero sin que proceda el internamiento en Centro público o privado, pues, en el caso concreto que se pondera, el procesado está debidamente atendido por sus familiares en el propio domicilio, y su internamiento, a la vez que le sería perjudicial, no se considera necesario, ni es obligado, ya que al no estar condenado debe presumirse su inocencia.

C) La concreta Consulta es la siguiente: solicitar la debida autorización para pedir, no obstante lo dicho, el sobreseimiento libre de la causa a tenor del artículo 637.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerarlo más conveniente por los motivos expuestos, ya que al tener el procesado sesenta años su óbito se ve lejano y para la prescripción habría que esperar cinco años, transcurridos los cuales habría que declarar extinguida la acción penal. Sin embargo, la tesis del sobreseimiento tendría un inconveniente, ya que al sobreseimiento del artículo 637.3 deberían acompañarle las medidas que establece el artículo 8.1 del Código Penal, y, como antes se dijo, tales medidas las consideramos perjudiciales para el procesado y onerosas a la vez que inútiles para el Estado. En definitiva; se concluye, la cuestión es ésta: ¿es posible pedir el sobreseimiento libre del artículo 637.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y vistas las razones aludidas solicitar que no se impongan las medidas del artículo 8.1 del Código Penal?

II

Una laguna, no integrada a pesar de las varias reformas experimentadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal, es la del tratamiento penal-procesal que deba darse a quienes reuniendo las condiciones requeridas para la imputabilidad al tiempo de la ejecución delictiva, les sobreviene una enfermedad mental determinante de su irresponsabilidad una vez calificado el hecho y pendiente la celebración del juicio oral. Ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni en el Código Penal hallamos una solución. La Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo se fija en la enajenación mental surgida en etapas anteriores a la apertura del juicio oral. El Código Penal se ocupa de la enfermedad mental que aparece después de dictarse sentencia o ya en fase de cumplimiento de la pena. Entre los diversos momentos que prevén la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal hay, evidentemente, espacios procesales vacíos.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula dos supuestos. En un caso —pero sin especificar si la enajenación mental ha precedido o no al hecho imputado—

dispone qué debe hacer el Juez cuando advirtiere indicios de tal enfermedad durante la instrucción (arts. 381-382). En otro, establece las medidas a adoptar por el Tribunal, una vez concluido el sumario, cuando la demencia hubiere sobrevenido después de cometido el delito (art. 383).

Por su parte, el Código Penal tiene en cuenta otras dos situaciones, ambas posteriores en el tiempo a las de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y resuelve, en cada caso, lo procedente. En una, se trata de la enajenación mental que tenga lugar después de pronunciada sentencia firme (art. 82, párrafo primero), y, en otra, de la enajenación que sobreviene hallándose el condenado cumpliendo la pena impuesta en la sentencia (art. 82, párrafo tercero).

Es claro, pues, que para la enfermedad mental advertida una vez abierto el juicio y calificados los hechos, no existe solución legal expresa. De ahí que, como se anota con precisión en la Consulta, coexistan dos interpretaciones netamente contrapuestas sobre los efectos en el proceso:

A) Entendemos que actualmente no puede argumentarse; ni, en consecuencia, reputarse válida, la meritoria aportación para resolver aquel vacío contenida en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1899. El supuesto previsto en ella (pág. 171), por lo pronto no es exactamente igual al que aquí se examina. Se consultaban entonces estos extremos: si el loco, desde antes de la comisión del delito, está capacitado para comparecer en juicio; si puede éste tener lugar constando la falta de razón, y, por último, si convendría extender a este caso lo dispuesto en el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la demencia sobrevenida después de cometido el delito (archivo del sumario hasta que el procesado recobre la salud y aplicación de las medidas para los que ejecuten el hecho en estado de demencia). En la escueta contestación se partió de un estado de hecho diferente al que realmente fue planteado, y distinto también al que ahora se nos presenta, pues en ella se configuró como presupuesto fáctico la locura del procesado posterior a la apertura del juicio oral (algo no cuestionado) y anterior no sólo a la celebración del juicio, sino también a los escritos de calificación (no coincidente con el hecho dado actual). Y se decide que procede practicar lo que disponen los artículos 381-382 —para la enajenación mental acaecida durante la instrucción— salvo que la resolución habrá de acordarse en sentencia que ponga término al juicio; agregando al final que «con vista de lo que resulte de la información se harán las calificaciones y se deducirán las pretensiones que correspondan, las cuales el Tribunal apreciará en su fallo, toda vez que abierto el juicio oral no hay más medio de terminar una causa que por sentencia definitiva». Se ha excluido, implícitamente, la aplicación del artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tanto a la enajenación mental anterior a la ejecución delictiva como a la posterior a la apertura del juicio oral.

En otra Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo, la de 1908, se vuelve a plantear un tema sobre la locura sobrevenida (pág. 57). Se remite, literalmente, a lo resuelto en la Memoria de 1899, aun cuando los hechos eran distintos, pues ahora se trataba de la posición a adoptar por el Fiscal «cuando el defensor del procesado alega la eximente de locura y en el sumario no resultaba ésta indicada».

Así, en estos dos casos —planteados en Consultas al Fiscal del Tribunal Supremo—, de modo expreso en uno e implícito en otro, se rechaza la posibilidad de archivar la causa y suspender el procedimiento, dado, se afirma, que todo lo relacionado con la enajenación mental sobrevenida o aducida después de la

apertura del juicio oral, debe resolverse en la sentencia que ha de dictarse necesariamente. El argumento básico es que una vez abierto el juicio oral la causa ha de terminar por sentencia y no por auto. Que esta tesis no es ajustada del todo se desprende de los dos casos siguientes en los que mediante auto se concluye un proceso penal después de haberse acordado la apertura del juicio oral.

En uno se termina por auto de sobreseimiento libre. Tras la apertura del juicio oral (art. 633 de la LECr.) se da, en el proceso ordinario, traslado a las acusaciones para calificación (art. 649) y dentro de este término pueden proponerse determinadas cuestiones de previo pronunciamiento (art. 667) que pueden concluir por auto de sobreseimiento libre (art. 675).

En otro se pone término al proceso por auto de archivo convertible en auto de extinción de la responsabilidad. Los autos se archivan cuando al ser declarado en rebeldía el procesado se hallare pendiente el juicio oral (art. 841 de la LECr.). Si comparece o es habido se reabre la causa (art. 846), celebrándose juicio oral y dictándose sentencia; pero si no comparece, y en este estado transcurre el plazo de prescripción (art. 113 del CP), habrá de dictarse auto de extinción de la responsabilidad por prescripción del delito, porque si en el Código Penal de 1870 es cierto que la rebeldía interrumpía la prescripción (art. 133), tras los Códigos de 1932 y 1944 la rebeldía no interrumpe la prescripción (Doctrina continuada del Tribunal Supremo que se plasma, entre otras muchas, en las SS de 28-11-1949, 22-5-1956, 14-11-1957, 29-4-1964 y 30-11-1974, y también de la Fiscalía del Tribunal Supremo recaída en la solución de las Consultas 4/1954, de 10 de mayo, y 2/1975, de 1 de marzo).

B) En la sentencia de 18 de mayo de 1927, dictada conforme a lo interesado por el Ministerio Fiscal en el recurso interpuesto, se afirma que surgida la demencia después de la apertura del juicio oral, debe archivar la causa sin celebrarse el juicio. El fundamento de esta doctrina se halla en que la asistencia de los procesados a las sesiones del juicio oral, es exigida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal como necesaria para la máxima garantía del derecho de defensa y que tal asistencia no puede entenderse cumplida si la material presencia de los imputados no es consciente; y no lo es, y procede la suspensión del juicio y a tenor del artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el archivo de la causa, cuando el procesado en estado de demencia acude a las sesiones contestando incoherentemente al interrogatorio a que fue sometido.

De los antecedentes de esta sentencia resulta que el Tribunal de Instancia, tras una suspensión del juicio oral por demencia del procesado, sobrevinida al terminar el período de calificación, hizo nuevo señalamiento. Celebrado el juicio oral y público con asistencia del procesado, dictó la Audiencia sentencia condenatoria. El recurso del Ministerio Fiscal alegó quebrantamiento de forma, toda vez que a un sujeto al que los médicos califican de loco no puede considerársele que ha sido citado ni que haya comparecido a pesar de su presencia material. Se da lugar al recurso. De un lado, se dice que es espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Criminal conceder a las personas, que como responsables presuntos aparezcan en el proceso, la máxima garantía de defensa para que puedan en cada momento del juicio contrarrestar los elementos de acusación que contra ellos se formulen y presentar los descargos que estimen justificativos de su pretendida inocencia, «no llegando a satisfacer el anhelo del legislador la material presencia en los banquillos de las Salas de Justicia de los reos aquejados de incapacidad

mental que los impida darse cuenta de lo que allí pasa». Y de otro, se sostiene que la asistencia de procesados a las sesiones de la vista en las condiciones detalladas «es evidente que no puede estimarse como el acto de consciente presencia que la ley previene, y, por tanto, que el indicado juicio se celebró sin que llenase el esencial requisito de la comparecencia del encartado, cuya ausencia intelectual y moral no puede negarse».

La conclusión que se establece es la siguiente: «Que es de aplicar en el presente caso el artículo 383 de la Ley Procesal por la estrecha analogía que con él tiene, ya que los síntomas de enajenación mental que sufría el reo fueron denunciados al Tribunal antes de terminar el período de calificación, y hubo de suspenderse el primer señalamiento por la imposibilidad de que concurriera a él el procesado, sin que haya podido, legalmente, señalarse de nuevo, toda vez que los facultativos, reiterando su informe pericial, han afirmado constantemente la subsistencia y el carácter progresivo de la locura del reo, terminantemente reconocida por el juzgador de instancia en la parte dispositiva de su sentencia».

III

No sólo la suspensión del acto del juicio oral, como se ha hecho en el supuesto que plantea la Consulta, sino incluso la paralización de toda actividad procesal sin posibilidad de reanudarla, es lo que procede si después de calificados los hechos sobreviene para el procesado una enajenación mental irreversible. Y ello, más que por lo dispuesto en el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la enfermedad mental advertida antes de la conclusión del sumario, por aplicación analógica de preceptos reguladores de los llamados procesos en rebeldía. Si, en líneas generales, en el proceso ordinario y por exigirlo el derecho de defensa, es imprescindible la presencia del inculpado en el acto del juicio, deben equipararse, en un orden procesal, la ausencia física del reo y la ausencia moral, aunque materialmente exista la diferencia de que en la situación de rebeldía la incomparecencia es un acto voluntario. A la primera de estas situaciones, la falta de presencia material, da respuesta el artículo 841 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ordenando la suspensión del juicio y el archivo de los autos si al declararse la rebeldía estuviera pendiente la celebración del juicio oral. Aunque para la enajenación mental de imposible recuperación, compatible con la presencia material en el acto del juicio, pero impeditiva de la presencia intelectual, no hay nada previsto, es evidente que sus efectos, con el transcurso del tiempo, serán no sólo los propios de la crisis suspensiva del proceso (suspensión del juicio oral), sino los de la crisis definitiva o cancelatoria (suspensión del juicio oral y archivo de la causa). La enajenación mental plena que subsiga al hecho antijurídico no afecta a la responsabilidad criminal ni origina las medidas del artículo 8.1 del Código Penal, pero el imputado con normalidad mental coetánea a la decisión y a la acción, más con inimputabilidad *subsequens*, no es, realmente, sujeto procesal capaz de ejercitar eficazmente el derecho constitucional de defensa de que es titular, pues carece de aptitud o de capacidad jurídico-procesal que exige en el sujeto estar en condiciones de salvaguardar sus derechos procesales y de seguir el proceso en el que se concluyen actos dispositivos: afirmar o negar la imputación, guardar silencio consciente o conformarse con la pretensión punitiva a través del interrogatorio judicial:

A) La enajenación mental, esencialmente irreversible, es, pues, un obstáculo definitivo a la prosecución del proceso. Su solución procesal debe ser el archivo, que, por la fase en que tiene lugar, no se identifica con el archivo que subsiga a los autos de sobreseimiento provisional o de sobreseimiento libre, sino más bien debe equipararse al archivo de los autos cuando se decreta la rebeldía después de abierto el juicio oral. Auto directo de archivo sin celebración de juicio y, por tanto, sin dictar sentencia. Ahora bien, ¿cuáles son los efectos unidos al auto de archivo? Ante el silencio legal deberán extraerse tras el análisis de normas ordenadoras de situaciones jurídicas semejantes:

a) El artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a la demencia sobrevenida después de cometido el delito y antes de la conclusión del sumario, y señala, como efecto procesal, el archivo de la causa hasta que el procesado recobre la salud, y como medidas a aplicar al procesado las previstas en el Código Penal para los que ejecuten el hecho en estado de demencia. Estas medidas en el Código Penal de 1870 —vigente al tiempo de promulgarse la Ley de Enjuiciamiento Criminal— eran la reclusión del imbecil o del loco con carácter obligatorio en uno de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase si el delito cometido fuere grave, y si éste fuere menos grave, el Tribunal podía optar entre aquella medida de internamiento y la entrega del enfermo mental a su familia si ésta diera suficiente fianza de custodia (art. 8.1). En el Código actual permanece el internamiento para el enajenado que cometiere cualquier delito con facultad atribuida al Tribunal de sustituirle por alguna de las medidas restrictivas de libertad y de derechos que prevé el artículo 8.1.

Sin embargo, la remisión que hace el artículo 383 al Código Penal es de muy dudosa vigencia y no sólo por la variación del contenido de la norma penal remitida, sino porque aquellas medidas están fundadas en la peligrosidad de quienes al tiempo del delito les faltaren las condiciones de imputabilidad, lo que no acontece en ninguno de los casos de enajenación sobrevenida, en los que se trata de sujetos con capacidad jurídico-penal en el momento de la acción y no de delinquentes mentalmente anormales, por lo que, al no mediar relación entre la enfermedad mental y el hecho realizado, aquellas medidas carecen de justificación.

b) Excluida la aplicación analógica del artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo cabrá acudir a algunas de las normas que ordenan los efectos de la ausencia material del reo. En particular, a los artículos 841, 843 y 846 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De ellos se deducen los siguientes efectos para los procesos en que haya sobrevenido enajenación mental al imputado después del auto de apertura del juicio oral y de los escritos de calificación:

1. En primer lugar, es procedente la medida procesal de archivo que subsigue a la suspensión (art. 841 de la LECr.), que ya de por sí rebasa las consecuencias de la mera paralización temporal del proceso, y que, unido al transcurso del tiempo requerido para la prescripción del delito dado, puede transformarse en archivo definitivo por extinción de la responsabilidad penal, pues en las enajenaciones mentales irreversibles no cabe la posibilidad de reabrir el proceso, como, sin embargo, puede ocurrir en los casos de ausencia material por tiempo inferior al de la prescripción (art. 846 de la LECr.) o en la fase de ejecución con la recuperación del juicio por el anejanado (art. 82, párrafo segundo, del CP).

2. En segundo término, deberá acordarse, si hemos identificado en sus consecuencias procesales ausencia material y ausencia intelectual, la reserva a los per-

judicados por el delito, de las acciones correspondientes para obtener la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios, a fin de que puedan ejercitarla por la vía civil contra los responsables o sus representantes legales (art. 843 de la LECr.).

3. Y, por último, podrá instarse el internamiento del enajenado mental por los legitimados para ello siempre que se den los presupuestos y cumpliendo las garantías del artículo 211 del Código Civil; pero, en todo caso, deberá promoverse, si no se hubiera hecho ya, la declaración judicial de incapacidad (arts. 200 y 203 del CC) y la constitución de la tutela (art. 228 del CC), situación en la que decidir el internamiento o no es una facultad del representante legal que precisa autorización del Juez (art. 271.1 del CC) con audiencia previa del Ministerio Fiscal (art. 273 del CC).

No es, en cambio, efecto de la enajenación mental sobrevinida después de la apertura del juicio oral, el auto de sobreseimiento libre conforme al artículo 637.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En primer lugar, porque tal auto está condicionado a que al hecho antijurídico preceda el presupuesto biológico de la enajenación, y, en segundo lugar, porque después del auto de apertura del juicio oral y formulados los escritos de calificación, es improcedente aquel auto; sólo tendrá lugar antes de la entrada en la fase de plenario.

Aunque, a efectos dialécticos, se admitiera la eventualidad de un sobreseimiento del artículo 637.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la fase en que nos hallamos, en él no podrán acordarse medidas de internamiento, que son viables sólo en las sentencias tras juicio contradictorio (SS de 16-4-1979, 5-11-1979 y 20-10-1982).

COMPUTACION DEL AÑO A EFECTOS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDENAS

Consulta núm. 2/1989, de 12 de mayo

I

En la Consulta formulada se interesa conocer cuál es la duración de un año a los efectos de cumplimiento de las penas privativas de libertad. La pregunta, que constituye el único contenido de la Consulta, es ésta: ¿Ha de entenderse que la duración del año, a efectos de cumplimiento de una pena, es la natural de 365 días, o bien la resultante de multiplicar 30, duración de un mes, por 12, los meses del año, es decir, 360 días? La solución propugnada por el autor de la Consulta es que la duración del año a los efectos de cumplimiento de penas deberá ser de 360 días.

Las razones esgrimidas para mantener la tesis de que el año debe comprender 360 días, sistemáticamente expuestas, son éstas:

— Que a la inversa de lo que sucedía en el Código Penal de 1928, en el que, a efectos penales, los años eran de 365 días, en el vigente Código Penal no existe precepto alguno que exprese cuál es la duración de un año.

— En cambio sí se precisa, aunque de modo indirecto, la duración del mes, que en el artículo 30 del Código Penal está formado por 30 días, límite máximo de la pena de arresto menor, comenzando el arresto mayor a partir de un mes y un día, es decir, 31 días.

— Si el mes se compone de 30 días y el año cuenta con 12 meses, es claro que el año a efectos de cumplimiento no excede de 360 días.

— Que es más beneficioso para el reo y evita desigualdades este modo de computar el año, pues en otro caso el condenado a dos penas de seis meses, que constituyen un año, cumplirá únicamente 360 días, mientras el condenado a un año cumpliría cinco días más.

— Y como último de los argumentos hay que referirse a la solución dada en la Consulta de la Fiscalía General del Estado 9/1985, de 11 de noviembre, en la que a propósito de la libertad condicional se expresaba que concurre el requisito exigido en el artículo 98 del Código Penal de *que la conducta sea de más de un año* de privación de libertad, cuando se imponen dos penas de seis meses y un día. En coherencia con esta idea, también el año a efectos de liquidación de condena se computará de 360 días.

II

Ante los variados supuestos que teóricamente pueden plantearse, cuando las premisas normativas y las estructuras del hecho no se hallen en campos jurídicos diferenciados, una consecuente conformidad argumental a su respuesta debe ser principio que presida las decisiones tomadas por la Fiscalía General del Estado en sus Consultas y Circulares. La cuestión que ahora ha de ser objeto de análisis cuenta con precedentes, si no idénticos, sí semejantes, dado que van referidos al cómputo de los meses en el orden penal.

La Consulta 1/1975, de 13 de febrero, se desarrolló precisamente en torno a si el artículo 5.1 del Código Civil era o no íntegramente aplicable a las liquidaciones de condena. Se sostenía por quien formulaba Consulta que la normativa civil (introducida por Ley 3/1973, de 17 de marzo, y Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo) era aplicable a las liquidaciones, debiéndose computar al efecto los meses y años de fecha a fecha. Se estimó por esta Fiscalía que el artículo 5.1 del Código Civil, dado su carácter subsidiario, no sería aplicable a las materias en que las normas penales contengan un sistema de cómputo. Contraído el supuesto de hecho a la duración de las penas impuestas por meses, se entendió que éstos comprenderían 30 días. Ya en la Consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 22 de agosto de 1892 se había contemplado el hecho de si las liquidaciones de condena deberán hacerse a razón de 30 días por mes o por meses naturales y se resolvió en el primero de los sentidos, dado el tenor del artículo 7 del Código Civil, de aplicación general, y porque resulta favorable a los sentenciados. La ya citada Consulta de 13 de febrero de 1975 expresaba que ha de aceptarse, a efectos de liquidación de condena, que los meses son siempre de 30 días y no tienen, por tanto, la duración natural que para cada mes se prevé; y esto es así porque para el cómputo de la duración de los meses el propio Código Penal al regular la duración de las penas en el artículo 30 indica que el arresto menor dura hasta 30 días y el arresto mayor de un mes y un día a seis meses; es decir, que la norma básica parte de que un mes tiene 30 días de duración para el cómputo de las penas cuya duración se determine por meses. En suma, dado que existe un sistema penal sobre cómputo de los meses, a efectos de liquidación de condena no resulta aplicable la fórmula del artículo 5.1 del Código Civil, expresiva de que si los plazos estuvieren fijados por meses se computarán de fecha a fecha.

La Consulta de esta Fiscalía 9/1985, de 11 de noviembre, analizó el supuesto de si dos condenas de seis meses y un día de duración cumplían el requisito del artículo 98 de haber sido condenado «a más de un año». Se resolvió en sentido positivo, esto es, estimando que el requisito de ser condenado a más de un año a efectos de obtener el beneficio de la libertad condicional concurría en quien había sido condenado a dos penas de seis meses y un día de prisión.

III

La determinación del momento en que comienza el cumplimiento de las penas temporales no presenta especiales dificultades al intérprete, puesto que está expresado con precisión en los artículos 32 y 33 del Código Penal. También aparecen

claras otras dos cosas tras el examen de nuestro ordenamiento jurídico. Una es que a efectos del cumplimiento de las penas, el día inicial se cuenta por entero cualquiera que sea la hora en que se produjo realmente la privación de libertad, separándose así el Código Penal tanto de la formulación general contenida en el artículo 5.1 del Código Civil (*dies a quo no computatur in termino*) como de lo previsto para la mayoría de los actos negociales y procesales (arts. 1.130 del CC, 303 de la LEC y 59 de la LPA) y coincidiendo con lo dispuesto para alguno de ellos (usucapión, art. 1.960.3 del CC, y mayoría de edad, art. 321). Y otra, que el *dies ad quem* ha de transcurrir totalmente, extinguiéndose la condena con la finalización del último día, al no resultar aplicable el principio *dies coeptus pro completo habetur*. En igual sentido los artículos 303 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.960.3 del Código Civil.

Ahora bien, ¿cuál es el día final en las penas cuya duración se materializa en unidades de tiempo de uno o más años? Adelantemos que es posible mantener una alternativa a efectos del cumplimiento de estas penas: entender que el día final de un año de condena es el último del año computado naturalmente (el día 365) o estimar que el *dies ad quem* de la condena es el que represente el número 360 desde la privación de libertad. Se contraponen de esta manera año natural y año derivado de multiplicar los doce meses por 30 días.

Estas eventuales interpretaciones contrapuestas sobre si deben prevalecer los 360 o los 365 días están justificadas por la indeterminación que existe en nuestro Derecho sobre la efectiva extensión de la pena de un año, lo que es, a su vez, consecuencia de no estar fijada la duración del año en un orden jurídico, ya que ni siquiera la amplia proposición jurídica contenida en el anterior artículo 7 del Código Civil, definidor de días, noches y meses, se ocupó de los años, a pesar de que tanto en este Cuerpo legal como en otros fundamentales las referencias al año son frecuentísimas. He aquí algunos ejemplos de ello. En la esfera del Derecho civil, los artículos 460.4 (el poseedor pierde la posesión por la posesión de otro si la nueva posesión hubiese durado *más de un año*), 1.944 (se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa se cesa en ella *por más de un año*) y 1.968, en el que el *transcurso de un año* constituye el plazo de prescripción de determinadas acciones. En Derecho procesal civil conforme al artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se produce la caducidad de la instancia *por el transcurso de un año* si el pleito estuviese pendiente del recurso de casación; y en el artículo 1.653, en materia de interdictos de retener y recobrar, el Juez admite la demanda si aparece presentada *antes de haber transcurrido un año*. En el Código Penal pueden citarse los artículos 92.2 (es requisito de la condena condicional que la pena privativa de libertad *no exceda de un año*), 98 (es condición esencial para otorgar la libertad condicional la condena a *más de un año* de privación de libertad), 118 (la cancelación de oficio de los antecedentes penales procede cuando hayan transcurrido los plazos previstos y *un año más*), 184 (en las detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos el tránsito de la pena de prisión menor a la de prisión mayor se subordina a que la detención *hubiese pasado de un año*) y 113 y 115, en donde se establece, respectivamente, que los delitos de calumnia y las penas leves prescriben *al año*.

Pues bien, estos daños a que se refieren las diversas normas penales, ¿se computarán siempre de 365 días o año natural?

Ante la variedad de normas que contemplan el año como la iniciación o el

cumplimiento de un cambio jurídico actual, en trances de señalar su duración caben las siguientes conclusiones:

— De modo incondicionado, las normas del Derecho privado y las del Derecho procesal, en cuanto contemplen plazos o términos, se desenvuelven dentro del año natural. En apoyo de esta tesis pueden citarse, entre otros, los siguientes preceptos: El artículo 5.1 del Código Civil —referido tanto a los plazos fijados en las leyes como en los negocios jurídicos—, declarativo de que si los plazos estuvieren fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha (computación natural). El artículo 60, párrafo primero, del Código de Comercio —cuyo párrafo segundo ha sido derogado por la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985—, incluido entre las disposiciones comunes o los contratos mercantiles, expresa literalmente que en todos los cálculos de años se entenderá el año de 365 días. El artículo 60.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, relativo a términos administrativos, dice que «si el plazo se fija en años se entenderán naturales en todo caso». En igual sentido el artículo 71.4 de la Ley de Procedimiento Económico-Administrativo.

— En el Código Penal los plazos de prescripción de los delitos y las penas de los artículos 113 y 115 van referidos a años naturales, lo mismo que el plazo de un año que previene el artículo 188, o el transcurso de más de un año que configura la modalidad más grave de detención ilegal del artículo 184. Para el cumplimiento de las penas, el año tendrá también una duración de 365 días.

He aquí algunas razones que confirman las tesis de que a efectos de cumplimiento de las penas impuestas por años éstos han de computarse de 365 días:

El Código Penal de 1928 (art. 110) dispuso que para computar la duración de las penas a efectos de su cumplimiento, los días se contarán de 24 horas, los meses de 30 días y los años de 365 días, cualquiera que sea su duración natural. Como el Código penal vigente nada expresa sobre la duración del año a efectos penales-penitenciarios, habremos de acudir a otros preceptos de nuestro ordenamiento. Y en particular al Código Civil, del que nos interesan ahora dos de sus normas contenidas en el título preliminar. Uno es el artículo 4.3, conforme al cual las disposiciones de este Código se aplican como supletorias en las materias regidas por otras leyes. Y otro el artículo 5.1, a cuyo tenor «si los plazos estuviesen fijados por... años se computarán de fecha a fecha».

La solución dada en la Consulta de 11 de noviembre de 1985 está justificada. Se partió en ella del *favor rei*, pues de otro modo, teniendo en cuenta el año natural, no resultaría aplicable un beneficio penitenciario. Por otra parte, en aquel caso la acumulación matemática de ambas sanciones —de seis meses y un día cada una— no se hizo reduciendo los castigos a días —como acostumbra, sin embargo, a hacerse en las liquidaciones de condena—, con lo que se rechazó que dos penas de duración inferior al año natural fueran inhábiles para producir los efectos del artículo 98 del Código Penal. Pero en las penas impuestas por años, al tiempo de realizarse las liquidaciones de condenas, éstos han de ser computados como de 365 días. Separamos así el concepto temporal de año, según se proyecte sobre liquidaciones de condena o sobre el cumplimiento de los requisitos del beneficio de la libertad condicional, y según el modo en el que se hayan impuesto las penas: tres penas de cuatro meses cada una originan el cumplimiento de 30 días, aunque 12 meses integren un año, pero el condenado a una pena de un año de prisión ha de cumplir 365 días.

Precisamente, la tesis que aquí se mantiene es la aceptada en la reciente Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, que, recogiendo el criterio plasmado en el artículo 880 del Código de Justicia Militar de 1945, establece en su artículo 349 —trata de las liquidaciones de condena— que se hará el cómputo de fechas con expresión de años, meses y días y se observarán las reglas siguientes: cuando la pena sea de un número de meses completos se contarán de 30 días y cuando sea de años completos se contarán de 365 días.

**ORGANO JUDICIAL COMPETENTE PARA FIJAR EL LIMITE
DE CUMPLIMIENTO A LAS PENAS PRIVATIVAS
DE LIBERTAD IMPUESTAS POR DELITOS CONEXOS
ENJUICIADOS EN DISTINTOS PROCESOS
(ARTS. 70.2 DEL CP Y 988, PARRAFO TERCERO, DE LA LECr.)**

Consulta núm. 3/1989, de 12 de mayo

I

Se somete a Consulta el siguiente hecho:

Un interno en el Centro Penitenciario de Lérida, condenado a diversas penas impuestas en varios procedimientos seguidos ante distintos Juzgados y Tribunales, interesó del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de aquella capital la aplicación de la regla 2.ª del artículo 70 del Código Penal, pues así lo autorizaba el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Dado traslado del escrito al Fiscal de Vigilancia Penitenciaria, éste, de acuerdo con el criterio establecido en Junta de Fiscalía, entendió que no era competente el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sino, a tenor del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Juzgado o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia condenatoria, que, en el caso concreto, se trataba del Juzgado de Instrucción número 9 de Barcelona. Esta tesis fue aceptada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que, al efecto, dictó auto inhibiéndose en favor del Juzgado de Instrucción de Barcelona. El Ministerio Fiscal, en Barcelona, informó al Juzgado en el sentido de rechazar la competencia, pues ésta venía atribuida al titular de Vigilancia Penitenciaria de Lérida. Mas este órgano jurisdiccional una vez recibidas las actuaciones acuerda promover cuestión de competencia negativa con el Juzgado de Instrucción número 9 de Barcelona, remitiendo aquéllas al Presidente de la Audiencia Territorial, quien resolvió someter dicha cuestión al conocimiento del Tribunal en Pleno. Por auto de 20 de mayo de 1988 se acordó declarar que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Lérida era el competente para el conocimiento del expediente de acumulación que prevén los artículos 70.2 del Código Penal y 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Fiscal de Lérida, por las razones que en su momento se expondrán, discrepa de la solución dada en el auto de 20 de mayo de 1988.

II

La cuestión básica a tratar es el contenido y alcance de los artículos 76.2 a) de la Ley General Penitenciaria y 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 70.2 del Código Penal:

A) Los principales argumentos extraídos del auto de 20 de mayo de 1988 que contribuyen a mantener la tesis de que la competencia en el hecho dado corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, son los siguientes:

1. El artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien no ha sido expresamente derogado por la Ley Orgánica General Penitenciaria, no ha quedado del todo incólume tras la publicación de ésta y a la luz de su artículo 76.

2. El legislador de 1979 quiso, para el Juez de Vigilancia, no sólo la función de control jurisdiccional de la Administración penitenciaria, sino la de ejecutor con carácter excluyente de las penas privativas de libertad. De donde resulta que todo cuanto pueda fortalecer estas funciones redundará en una mayor eficacia, derivada de la inmediación del Juez de Vigilancia. Razón que justifica la interpretación de que la asunción de funciones que corresponderían a los Juzgados y Tribunales sentenciadores [art. 76.2 a) de la LGP] incluye las otorgadas al último Tribunal sentenciador en la aplicación del artículo 70.2 del Código Penal para los supuestos previstos en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. Luego si el Juez de Vigilancia tiene atribuciones «para hacer cumplir la pena impuesta» (art. 76.1 de la LGP) y asume «las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores» [art. 76.2 a)] para adoptar las necesarias decisiones en orden a las penas privativas de libertad, y el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal remite al Juez o Tribunal de la última sentencia firme, atendidas razones teleológicas debe entenderse que la facultad de fijación del límite máximo de cumplimiento del artículo 70.2 del Código Penal compete al Juez de Vigilancia, que por ley ha asumido la que correspondería al Juez o Tribunal que dictó la última sentencia.

4. El artículo 70.2 del Código Penal puede aplicarse tanto dentro como fuera de una sentencia, pues pese a estar incluido en un capítulo referido a la aplicación de las penas, no está regulando tanto la «aplicación» en sentido estricto de la pena, cuanto su «cumplimiento», es decir, su «ejecución». Si realmente el artículo 70.2 estuviera referido a la «aplicación» de la pena difícilmente podría aplicarse fuera de la sentencia condenatoria, y es manifiesto que esto último es posible, pues, tanto en el supuesto de acumulación de delitos en un solo proceso como en el de acumulación de procesos en la sentencia condenatoria que los ponga fin, puede y debe hacerse aplicación del artículo 70.2, pero en el caso de que se haya omitido, ya sea de oficio o a instancia de parte deberá aplicarse dicha regla, que ya lo será, por tanto, fuera de la sentencia.

5. En consecuencia, no parece claro que la aplicación del artículo 70.2 pertenezca a las llamadas «potestades declarativas» en materia penal o exclusivas del Juez o Tribunal que juzga —puede ser aplicado en un momento posterior a la sentencia—, pues de ser así no se entendería que pudiera privarse de ellas a los Jueces y Tribunales sentenciadores en favor de uno de ellos, el que dictó la última sentencia. Por otra parte, la reflexión jurídica sobre los hechos declarados probados en las sentencias para saber si hay o no conexidad, no tiene trascendencia sobre los hechos probados al tratarse sólo de una valoración sobre la existencia

o no de una condición impuesta por la ley, lo que no impide pueda ser llevada a cabo por un Juez de Vigilancia. Sin que, además, deba olvidarse que este nuevo órgano jurisdiccional entra a valorar las sentencias condenatorias en numerosos casos (naturaleza de los hechos, duración de las penas) para incidir sustancialmente en la pena o en las modalidades de cumplimiento (permisos, redenciones, clasificaciones, libertad condicional); de ahí que ante la imposibilidad de que puedan intervenir todos los que dictaron alguna de las sentencias afectadas por el artículo 70.2, puestos a elegir nada impide que el legislador, por la vía del artículo 76 de la Ley General Penitenciaria, lo haya atribuido al Juez de Vigilancia.

6. Que el Juez de Vigilancia no sólo está sometido al principio de legalidad, sino al control jurisdiccional de sus resoluciones por vía de recursos, precisamente ante el Juez o Tribunal sentenciador, a la vista de la disposición adicional 5.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que queda garantizado el derecho de los penados al recurso.

B) Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Lérida se procedió a tramitar la solicitud del penado en cumplimiento de la resolución del Pleno de la Audiencia Territorial de Barcelona. Mas el Fiscal de Lérida insiste en su postura inicial. Sostiene que si bien de *lege ferenda* podría estimarse la conveniencia de atribuir a los Jueces de Vigilancia la competencia para aplicar la regla del artículo 70.2 en los casos previstos en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal previa la reforma procesal oportuna, la actual regulación legal impide aceptar tal competencia sin grave detrimento de la seguridad jurídica y de los derechos de los penados a la defensa y al Juez predeterminado por la ley. La tesis de que en la vigente legalidad los Jueces de Vigilancia no están facultados para hacer aplicación de los artículos 70.2 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuenta con los siguientes argumentos, antitéticos, con los que se esgrimen en el auto del Pleno de la Audiencia Territorial de Barcelona de 20 de mayo de 1988:

1. El artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no sólo no ha sido derogado expresa o tácitamente por el artículo 76 de la Ley General Penitenciaria, sino que no hay incompatibilidad alguna entre ellos, pues la aplicación del artículo 70.2 del Código Penal no es medida de «ejecución», sino de «determinación» o «pronunciamiento» sobre la pena; se trata, pues, de una facultad que jurídica, e incluso gramaticalmente, excede de los términos contenidos en la Ley General Penitenciaria como atribuciones del Juez de Vigilancia: «Hacer cumplir la pena impuesta» (art. 76.1) y «adoptar las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo» (art. 76.2).

2. La interpretación del artículo 76 de la Ley General Penitenciaria no puede fundarse en la presunta voluntad del legislador desconociendo el propio texto; mas aunque así fuera la *mens legislatoris* sólo puede ser alcanzada a través de la exposición de motivos, y en ella el Juez de Vigilancia aparece como órgano de vigilancia de la actividad de la administración penitenciaria», de «amparo de los derechos de los internos», y encargado «de la ejecución de penas», sin que quepa, en base al fortalecimiento de sus funciones, atribuirle otras que excedan de las específicamente definidas.

La interpretación extensiva del artículo 76 tampoco puede justificarse desde la mayor eficacia como criterio teleológico, porque la asunción de esa competen-

cia por los Jueces de Vigilancia no presupone una mayor garantía de eficacia, pues en la mayor parte de las provincias es menos gravoso conocer de esta materia por los Tribunales o Jueces ordinarios que por los Jueces de Vigilancia servidos por Magistrados en régimen de compatibilidad con sus funciones judiciales. Y la posible mayor eficacia tampoco se justifica por la intermediación del interno al Juez de Vigilancia, pues éste, a su vez, habrá de dirigirse siempre a los Juzgados o Tribunales sentenciadores.

3. La determinación de la competencia en favor del último órgano sentenciador hecha por el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no tiene, efectivamente, otro fundamento que la seguridad jurídica. Igualmente podría haberse determinado en favor de cualquiera otro de los Tribunales sentenciadores. Tampoco existe cuestión en que el artículo 70.2 puede aplicarse fuera de la sentencia, pero esta razón no justifica la atribución de la competencia al Juzgado de Vigilancia, por cuanto que la aplicación de aquel precepto entra plenamente en la función «de juzgar» que corresponde a los Juzgados y Tribunales ordinarios, y no en la de «hacer ejecutar lo juzgado», ámbito en el que se desenvuelve la competencia de los Juzgados de Vigilancia.

4. De acuerdo con el criterio mantenido por el Consejo General del Poder Judicial, debe estimarse que la reflexión jurídica sobre la concurrencia de los supuestos de conexidad excede ampliamente de las atribuciones otorgadas al Juez de Vigilancia en cuanto «ejecutor» o encargado de «hacer cumplir las penas». Pero es que a tal reflexión sigue un pronunciamiento sobre la pena derivada de la aplicación de un precepto sustantivo y de indudable repercusión sobre aquella que, evidentemente, excede de las funciones previstas para el Juez de Vigilancia.

5. De atribuirse la competencia al Juez de Vigilancia se violaría el derecho fundamental al Juez predeterminado por la ley, pues se dejaría la determinación del Juez competente en manos de la autoridad administrativa, y al operar ésta bajo criterios de funcionalidad serían razones de sexo (centros penitenciarios para hombres o mujeres), estado mental (psiquiátricos penitenciarios) o conducta de los internos (centros de máxima seguridad) las definitorias de la competencia.

6. De aceptarse la competencia del Juez de Vigilancia se obtendrían estas consecuencias negativas:

— Se eliminaría la garantía del recurso de casación por infracción de ley previsto en el párrafo último del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, explícitamente definido como expresión del derecho de defensa del penado en la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1987.

— El control de la decisión del Juez de Vigilancia correspondería por ser materia de ejecución de penas al órgano jurisdiccional sentenciador, pero habiendo varios cabe preguntarse cuál es el Tribunal *ad quem*, pues no parece lógico retomar el artículo 988 para atribuir al último la competencia en alzada cuando se le ha sustraído en instancia.

III

El presupuesto de que parte la Consulta, en un orden material, es simple y su solución pacífica. En efecto, la limitación del cumplimiento de la condena establecida en el artículo 70.2 del Código Penal, se aplica tanto a los delitos con-

xos enjuiciados en un solo sumario, como a los que fueron objeto de procedimientos separados terminados por distintas sentencias, pero que conforme a los artículos 17 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pudieron ser enjuiciados en un solo sumario. En el primer supuesto sólo existe una sentencia, y en su texto, por regla general, se contiene de modo expreso la limitación. En la segunda hipótesis se dictan varias sentencias, y, lógicamente, en ellas no figura el límite, sino que, a tenor del artículo 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la limitación del cumplimiento de la condena se decidirá en auto por el Juez o Tribunal que hubiere dictado la última sentencia; y la iniciación del expediente de refundición de condenas se hará de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal o del condenado. Esto último es lo que se extrae de los hechos que la Consulta proporciona: un interno condenado en varias sentencias, unas dictadas por Juzgados de Instrucción y otras por Audiencias Provinciales, solicita la acumulación de condenas. Se dirige al Juez de Vigilancia Penitenciaria del lugar en que extingue la condena por entender que es el competente. Este aspecto procesal es, precisamente, lo que se discute: si el órgano competente para decidir si todos los hechos punibles debieron ser objeto de un solo proceso —con la consiguiente aplicación del artículo 70.2 del Código Penal— es el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o el Juzgado de Instrucción o Audiencia Provincial que dictaron la última sentencia condenatoria.

El artículo 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no ofrecía especiales problemas en su interpretación antes de promulgarse la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979. Pero acontece que ésta, al crear la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, entre otras variadas funciones, le atribuyó la de adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones, en orden a las penas privativas de libertad, se lleven a cabo, «asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores» [art. 76.2 a)].

¿Estas funciones sustituyen a las que —referidas siempre a la aplicación del artículo 70.2 del Código Penal— en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal eran privativas de los Jueces y Tribunales que hubieran dictado la última sentencia? El tema, al no estar resuelto de modo explícito en disposiciones legales, es lógico que divida a los intérpretes. Se han expuesto ya los criterios, realmente discordantes, mantenidos por el Fiscal de Lérida y la Audiencia Territorial de Barcelona. Esta oposición se aprecia también en otros niveles. Excluido el doctrinal, que aquí no interesa directamente, es de significar que así como los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, en sus reuniones de 1982 y 1983, entendieron que se hallaba en la esfera de su competencia la refundición de condenas derivadas de diversos procesos, en un informe de 16 de febrero de 1987 del Consejo General del Poder Judicial (publicado en su Boletín de Información número 57, abril de 1987), resolviendo Consulta de un Juez de Vigilancia Penitenciaria, se sostuvo que esta materia era competencia de los Tribunales sentenciadores por cuanto pertenecía al ámbito de la aplicación de la pena y no al de su ejecución. En particular, se resuelve «que a lo que en ningún caso se extienden las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria es... a las potestades declarativas en materia penal; es decir, el Juez de Vigilancia Penitenciaria opera en el ámbito de la potestad de ejecución sobre la base de una condena pronunciada por otro Tribunal..., pero en ningún caso extiende sus competencias al enjuiciamiento, con-

templación o valoración de los hechos que determinaron la condena a penas privativas de libertad, para extraer de los mismos consecuencias jurídicas de naturaleza penal. En ningún caso las potestades de ejecución comprenden la valoración jurídica, a efectos penales, de los hechos que motivaron la condena». Tras estas consideraciones, se concluye que «la aplicación de la regla del artículo 70.2 del Código Penal no se configura como una potestad de ejecución, sino que participa de la potestad declarativa de juzgar. El artículo 70.2 forma parte del capítulo IV del título III del libro I del Código Penal, relativo a la aplicación de las penas, distinto y bien diferenciado del capítulo V, relativo a su ejecución. Por otra parte, y como dato esencial para la calificación de la potestad del artículo 70.2 como de enjuiciamiento o como de ejecución, debe tenerse en cuenta que para que proceda o no la limitación de las penas previstas en el primer párrafo de dicha regla, lo relevante será que los hechos que determinan la imposición de las distintas condenas pudieran haberse enjuiciado, por su conexión, en un solo proceso. Se trata, por tanto, para la aplicación del artículo 70.2, de formular un juicio sobre la conexidad de los hechos que están en la base de las distintas condenas penales, y la regulación de los supuestos de conexidad en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal implica a la hora de apreciar su concurrencia, la necesidad de valorar circunstancias directamente afectantes a aspectos objetivos o subjetivos de los hechos en cuestión, como pueden ser su finalidad en relación con otros distintos, el previo concierto para la comisión de hechos delictivos o la simple relación entre unos hechos y otros. Todo ello es materia propia de la potestad de enjuiciar y excede del marco de las funciones puramente ejecutivas atribuidas a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria».

IV

Es válida la solución dada por el Fiscal de Lérida en su razonada Consulta. Sus argumentos deben ratificarse. Tan sólo proceden algunas puntualizaciones sobre determinados extremos en confirmación de su tesis:

1. El artículo 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permanece en su integridad. No ha perdido, ni siquiera parcialmente, su fuerza obligatoria. La Ley General Penitenciaria se caracteriza por la inexistencia en su texto de cláusula derogatoria expresa; tampoco declara que se extienda a las normas que se opongan a ella. No cuenta, pues, con disposiciones derogatorias expresas específicas ni genéricas. La derogación tácita (la abrogación del antiguo Derecho) se infiere tanto si las disposiciones de la nueva ley son incompatibles con la anterior como si en la nueva norma se produce un disciplinamiento similar, pero más completo; luego la eficacia de la derogación implícita estará supeditada, de una parte, a la incompatibilidad o contradicción entre los fines de los preceptos, y, por otra, a la uniformidad de las materias reguladas.

En el Código Civil la teoría de la derogación de las normas jurídicas se desarrolla en el artículo 2.2, que por hallarse en el título preliminar es aplicable a todas las que componen el ordenamiento jurídico, cualesquiera sean su naturaleza y contenido, y no sólo a las de carácter jurídico-privado. Se recogen en el citado artículo 2 dos principios: uno es el de la derogación en sentido formal y otro el de la derogación en sentido material. Dado que, como antes se dijo, la deroga-

ción expresa en sus dos formas está ausente en la Ley General Penitenciaria nos referimos a la derogación tácita. El artículo 2.2 del Código Civil afirma que la derogación «se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva sobre la misma materia sea incompatible con la anterior». La *voluntas abrogandi* presupone la incompatibilidad entre el contenido de la disposición nueva y la anterior siempre que exista igualdad de materias tratadas en ambas leyes e identidad de destinatarios. Si es cierto que la Ley General Penitenciaria y el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se hallan en la doble relación de ley especial-ley general y de la ley posterior-ley anterior, y que las específicas normas sometidas a interpretación (arts. 988, párrafo tercero, de la LECr. y 76.2 de la LGP) están formalmente en el ámbito de la ejecución, no lo es menos que es imposible deducir una *voluntas abrogandi* cuando los preceptos contemplados presentan un radio diverso, pues no en vano el artículo 988 se relaciona con una norma a aplicar que es sustantiva, como el artículo 70.2 del Código Penal, y el artículo 76 de la Ley General Penitenciaria no desborda los límites de la efectiva ejecución; de otro lado, el artículo 988, párrafo tercero, va referido a la acumulación, mediante auto, de las penas impuestas en distintos procesos, y el artículo 76 a la ejecución de sentencias.

2. Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria tienen atribuidas funciones jurisdiccionales ejecutivas. Así lo dice expresamente el artículo 76.1 de la Ley General Penitenciaria. Y el artículo 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial declara que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria «tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad». ¿Pero la refundición o el hecho de establecer el límite de cumplimiento pertenece al campo de la ejecución de las penas o al de su aplicación? Excede de las funciones ejecutivas la aplicación de la regla 2.^a del artículo 70 del Código Penal a que se refiere el artículo 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y ello cualesquiera sea el momento procesal en que nos situemos. La regla 2.^a del artículo 70 puede tener efectividad en dos momentos y ambos son ajenos a la fase de ejecución. Uno es el de la existencia de conexión y pluralidad inicial entre los objetos punibles manifestada en el sumario, y se resuelve en la sentencia. Y otro cuando median conexión y pluralidad sucesiva mediante la acumulación de causas o procedimientos, resolviéndose su aplicación en auto.

No representa un argumento en contra el texto del artículo 76.2 a) de la Ley General Penitenciaria. Precisamente el arma utilizada para rebatirle es la misma empleada en su defensa: el elemento gramatical. Quienes se sienten inclinados a extender la competencia de los Jueces de Vigilancia a los hechos objeto de la Consulta se fijan en el último inciso del artículo 76.2 a): «Asumiendo —los Jueces de Vigilancia— las funciones que corresponden a los Jueces y Tribunales sentenciadores.» Esta frase, sin embargo, no puede desvincularse de la inmediatamente anterior. El Juez de Vigilancia, es cierto, asume esas funciones, pero no se predicán de modo abstracto o general, sino que están relacionadas con pronunciamientos ya existentes de los Juzgados y Tribunales; al Juez de Vigilancia, dice el artículo 76.2 a) antes del inciso antes reproducido, corresponde «adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones, en orden a las penas privativas de libertad, se lleven a cabo». Resulta evidente que los pronunciamientos sobre las penas privativas de libertad han de estar conteni-

dos en decisiones de otros —ajenas al Juez de Vigilancia— que sean competentes para imponer penas privativas de libertad. Si esta es, indudablemente, una facultad extraña a los Jueces de Vigilancia, todos los pronunciamientos a ejecutar han de proceder de otros órganos jurisdiccionales. Asumen, pues, los cometidos de ejecución que corresponderían a otros, pero no las funciones todas que correspondan a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

En conclusión, lo que expresa el artículo 76.2 a) es que las decisiones a adoptar a fin de que las penas privativas de libertad se cumplan (facultad de los Jueces de Vigilancia), han de sujetarse a los pronunciamientos de las resoluciones que impongan aquellas penas (facultades de Jueces y Tribunales), ya provengan de sentencia o de auto en que se hayan refundido las impuestas en distintas sentencias. La única intervención en la penalidad decidida por otros estriba en que los Jueces de Vigilancia pueden alterar el tiempo de cumplimiento al aplicar los beneficios penitenciarios [art. 76.2 b) y c)], pero no están facultados para hacer uso del artículo 70.2, que supondría no alteración, sino sustitución de las diversas penas impuestas por una nueva y distinta, constituida por el tripe de la mayor, dejando extinguidas las que procedan.

3. Al hacerse aplicación del artículo 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, están en fase de ejecución las respectivas sentencias. Pero el contenido del auto resolutorio del incidente de acumulación de las penas impuestas en distintos procesos es efecto de una potestad de declaración o de aplicación de normas penales. Si, abstractamente, los autos dictados en período de ejecución de sentencias no tienen acceso a la casación, el auto dictado al amparo del artículo 988, párrafo tercero, es recurrible por infracción de ley, no pudiendo ser otro el precepto sustantivo violado que el artículo 70.2 del Código Penal. Quien lo aplique está realizando, pues, función de juzgar, en la que, sobre todo, debe valorarse la conexión entre los hechos de los distintos procesos. Y esta función no compete a los Jueces de Vigilancia. Conexión y penalidad se hallan en relación inmediata, generadora no sólo de efectos procesales (el enjuiciamiento conjunto de los hechos conexos), sino también de efectos sustantivos (menor consecuencia punitiva), estando éstos subordinados al examen de si existen o no los nexos entre los distintos hechos que se describen en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, particularmente si el vínculo es de medio a fin (art. 17, 3 y 4) o de analogía o relación entre los hechos (art. 17.5). Determinar si la relación de conexidad es de medio a fin o no y concretar si hay analogía delictual o relación delictual entre los distintos hechos, no es algo automático, sino que está en función de la forma de ejecución delictiva, de la peculiar naturaleza de los hechos o del carácter del bien jurídico violado, lo que excede obviamente de las funciones atribuidas a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria de «hacer cumplir la pena impuesta» (art. 76.1 de la LGP), para lo que en tanto se dictan las normas sobre procedimientos de su actuación se atenderán, dice la disposición transitoria 1.ª de la Ley General Penitenciaria, a los artículos 985, 987 y 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que son precisamente los situados en la propia fase de ejecución.

4. En este mismo sentido se ha pronunciado el auto de 7 de abril de 1989, dictado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, resolviendo cuestión de competencia suscitada entre el Juzgado de Instrucción número 11 de Barcelona y el de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao, en la que tan sólo se cuestionaba qué

órgano debía conocer del expediente sobre refundición de condenas derivado de la aplicación de los artículos 70.2 del Código Penal y 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Previamente el Fiscal ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en razonado informe, sostuvo también que la competencia para el incidente de refundición de penas en orden a la aplicación, si procede, del artículo 70.2 del Código Penal, debe atribuirse no al Juez de Vigilancia Penitenciaria, sino a alguno de los órganos decisores que haya dictado la última sentencia.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona

CONCURRENCIA DE CULPAS Y CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHOLICAS

(Comentario a la STS de 25 de octubre de 1988)

UJALA JOSHI JUBERT

I

1. Los hechos de la sentencia que voy a comentar (STS de 25 de octubre de 1988) son los siguientes:

«Segundo... el referido imputado, conducía, a la sazón, su automóvil, bajo la influencia de bebida alcohólicas (...), siendo evidente que, el acusado, atravesó el paso de peatones de autos, es decir, por el paso de peatones debidamente señalizado y regido por semáforos, «atolondradamente» y cuando dicho semáforo, presentaba luz verde, próxima al ámbar, para los vehículos y roja para las peatones, no puede dudarse que, la culpa en que incidió (el ofendido), al no respetar las señales ópticas reguladoras del tránsito, influyó, muy poderosa e intensamente, en la causación del resultado dañoso...»

La Audiencia Provincial de Soria condenó al procesado, luego recurrente como autor de un delito de conducción de vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas y de una falta de imprudencia simple. El recurso del Fiscal contiene dos motivos que, amparados en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia, respectivamente, la inaplicación del artículo 565.2 del Código Penal, en lugar del artículo 586.3 del mismo, y la aplicación indebida de su artículo 340 bis a) 1, de menor penalidad que la prevista en aquel artículo 565.2. Por su parte, el recurso del

procesado tiene tres motivos en los que, con igual sede procesal que los del Fiscal, se alega la aplicación indebida del repetido artículo 340 bis a) 1 y la infracción de los artículos 19 y 104 del mismo Código Penal. El Tribunal Supremo desestima todos los motivos.

2. El supuesto de hecho de esta sentencia se repite desgraciadamente a diario. Son muchos los conductores que conducen bajo la influencia de las bebidas alcohólicas, y también muchos los peatones que cruzan la calle sin respetar las mínimas normas de cuidado exigible. Consecuencia de todo ello son los accidentes, que pueden llegar a tener, y tienen, efectos letales. Esta sentencia del Tribunal Supremo, a parte de ser un caso muy usual, plantea algunas cuestiones dogmáticas que merecen ser analizadas en esta sección.

En primer lugar, prestaré atención a la llamada «concurrencia de culpas»: la evolución jurisprudencial desde la compensación a la concurrencia de culpas, los fundamentos jurisprudenciales y dogmáticos, y el lugar que debería ocupar en la actual teoría del delito. En segundo lugar, haré una breve referencia a algunos de los problemas que presenta la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuando a consecuencia de ello se produce un resultado más grave [art. 340 bis a) 2 par.].

II

1. La concurrencia de culpas

1.1 *Posición tradicional de la jurisprudencia*: La no «compensación de culpas». Tradicionalmente la jurisprudencia entendía que la «compensación de culpas» no podía tener aplicación en Derecho penal. Son numerosas las sentencias en esta dirección (1). Cuando excepcionalmente se reconocían algunos efectos a la conducta de la víctima, en realidad era porque el resultado sólo era imputable a la conducta de ésta o porque el resultado no había sido previsible ni evitable para el autor (2).

Sin embargo, esta postura de no tener en cuenta en ningún caso la conducta de la víctima, no es aceptable puesto que infringe el principio de culpabilidad y significa además una vuelta a la doctrina del «*versari in re illicita*», imposible ya de sostener a partir de la reforma parcial y urgente del Código Penal de 1983.

En efecto, no tener en cuenta la conducta imprudente de la víctima significa resucitar la vieja doctrina del «*versari in re illicita*». Como es sabido, esta figura permitía atribuir a su autor todas las conse-

(1) Vid. CORCOY BIDASOLO, *Criterios jurisprudenciales entorno al delito imprudente*. «Tesina» mecanografiada, Barcelona, febrero 1984, p. 210 y ss.

(2) Vid. CORCOY, *Tesina*, pp. 212 y ss.

cuencias derivadas de una conducta inicial ilícita. Y esto es lo que ocurre si no se tiene en cuenta la conducta imprudente de la víctima: se atribuyen al autor que infringe una norma de cuidado todas las consecuencias de esta infracción aunque no fueran previsibles.

Esta doctrina es manifiestamente contraria al principio de culpabilidad y más específicamente al artículo 1 del Código Penal, que actualmente exige que por lo menos haya habido imprudencia en relación al resultado. Así pues, en el reconocimiento del principio de culpabilidad en el sentido de exigir dolo o imprudencia para que el autor responda penalmente, encontramos un primer argumento a favor del reconocimiento de la conducta de la víctima. Pues, si el autor sólo puede responder penalmente cuando el resultado por lo menos haya sido previsible, muchas veces la intervención de la víctima provocará un resultado distinto al previsto por el propio autor. No obstante, este límite no es suficiente. En efecto, a veces lo que ocurre es que el autor no ha creado ni tan sólo el riesgo realizado en el resultado.

1.2. *Posición actual de la jurisprudencia:* «la concurrencia de culpas»:

En la actualidad, la doctrina jurisprudencial mayoritaria reconoce efectos penales a la concurrencia de culpas. Un primer paso significativo ha sido el cambio de nombre. Ya no se habla de compensación de culpas sino de concurrencia de culpas. En palabras del propio Tribunal Supremo: «la más reciente doctrina de esta Sala tiende a considerar, *que en el ámbito penal, si bien no cabe la compensación de culpas, puede hablarse de concurrencia de conductas, que desplaza el problema, al campo propio de la causalidad, con su correlativa repercusión en la culpabilidad*, valorando los comportamientos confluente en la producción del resultado, tanto desde el lado activo de la infracción —autor— como desde el pasivo de sus consecuencias —víctima—, de forma que cuando aparezcan conductas plurales y simétricas en el suceso precedente de varias personas que ocasionan un evento dañoso, se origina un concurso de conductas, para cuya calificación debe procederse al examen de cada una con individualización, como si se tratase de entidades separadas, y obtenida la graduación específica de cada conducta concurrente, a fin de determinar su eficacia preponderante, análoga o de inferioridad respecto a las otras, llegando por este sistema a su delimitación y estimación penal más adecuada y correcta (3)».

(3) STS de 30 de diciembre de 1987 (R. 9.905) (el subrayado es mío). Vid., en el mismo sentido, SSTS de 28 de marzo de 1985 (R. 2.040), 1 de octubre de 1985 (R. 4.605), 26 de septiembre de 1985 (R. 4.452), 8 de junio de 1985 (R. 2.976), 23 de julio de 1987 (R. 5.619), 31 de enero de 1986 (R. 213), 18 de febrero de 1986 (R. 621), 2 de junio de 1986 (R. 3.090), 25 de septiembre de 1986 (R. 4.837), 23 de enero de 1985 (R. 343), 5 de febrero de 1985 (R. 867), 22 de febrero de 1985 (R. 1528).

De acuerdo, pues, con esta doctrina jurisprudencial, la concurrencia de culpas es una estructura vinculada, en primer lugar, al problema de la relación de causalidad, y en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, con efectos en el campo de culpabilidad.

¿Pero, cuales son, para el Tribunal Supremo los efectos concretos que debe producir la concurrencia de culpas? Son también numerosas las sentencias recientes que declaran que «esa interferencia de la culpa de la víctima al resultado común, puede influir de los siguientes modos, tanto en lo que concierne a la responsabilidad penal, como en lo referente a la responsabilidad civil: 1.º *degradando la intensidad de la culpa en que haya incurrido el agente*, y ello, según la mayor o menor incidencia que dicha culpa concurrente haya tenido en la causación del suceso, pudiendo producirse el descenso en uno o dos peldaños en la escala culposa; 2.º *moderando el «quantum» de la indemnización*, en proporción a la influencia que el comportamiento del ofendido a la víctima hayan tendido en la afectación del evento, si bien dicha moderación no puede afectar a aquellos ofendidos o perjudicados, que ni por si mismos, ni a través de la persona de la que traen causa hayan influido para nada en el curso causal de los acontecimientos..., 3.º en casos sobre si el sujeto pasivo, toda la responsabilidad de la causación del resultado, *exonere de toda responsabilidad al activo»* (4).

Por lo tanto, a diferencia de lo que sucedía en la jurisprudencia tradicional, en la actualidad, para el Tribunal Supremo, la llamada «concurrencia de culpas» no sólo puede degradar la responsabilidad penal del sujeto activo, sino que incluso puede haber casos en que debido a la mayor intensidad y eficacia de la culpa de la víctima, el sujeto activo quede exento de toda responsabilidad penal.

En mi opinión es correcto otorgar a la concurrencia de culpas toda esa gama de efectos prácticos, que —recordemos puede ir desde la absoluta irrelevancia penal de la conducta de la víctima hasta la sola apreciación de la conducta de esta última, y puede también, por último, influir en la indemnización civil. En cambio, no me parece acertada la fundamentación y ubicación dogmática que la jurisprudencia da a este problema. En efecto, según el Tribunal Supremo las consecuencias del comportamiento de la víctima deben estudiarse en la teoría de la causalidad y en la culpabilidad. Sin embargo, no deja de ser dudoso que el comportamiento de la víctima pueda desplegar sus efectos en el ámbito de la relación de la causalidad: en estos casos no estamos ante un problema causal. No cabe duda de que existe una relación de causalidad entre la conducta de la víctima y el resultado lesivo, y entre la conducta del autor y el mismo resulta-

(4) STS de 30 de diciembre de 1987 (R. 9.905) (El subrayado es mío), Vid. en el mismo sentido las sentencias citadas en la nota 3.

do. En nuestro caso es evidente que la conducta del autor —conducir un vehículo a motor atropellando a la víctima— es causa del resultado, como también lo es el hecho de que la víctima cruce la calle en luz roja y sin cerciorarse de que no viene ningún coche. Sin embargo, de la confirmación de esta relación no se puede sin más derivar consecuencias jurídicas para los intervinientes en el hecho. Es necesario además que la conducta del autor cree un riesgo jurídicamente desaprobado (ex-ante) que se realice en el resultado (ex-post) (5). Es decir, hace falta que entre la conducta y el resultado pueda constatare una relación de imputación objetiva (6).

Es también dudosa, por otro lado, su vinculación con la categoría dogmática de la culpabilidad. Se trata más bien, como veremos más adelante, de un problema de conductas concurrente, y por lo tanto de injusto. Otra cuestión distinta es bajo qué condiciones de motivabilidad se han comportado los sujetos.

Antes de analizar estos dos puntos en relación con los hechos de nuestra sentencia, me gustaría exponer de forma breve las opiniones de la doctrina.

1.3. *La doctrina*

1.3.1. En primer lugar una advertencia: la problemática de los efectos que deben reconocerse a la conducta de la víctima que causa junto con la del autor el resultado lesivo aparece no sólo en los delitos imprudentes, sino también en los delitos dolosos. Este es por ejemplo el tema del que se ocupa la reciente doctrina de la victimodogmática. Silva Sánchez (7) dice que la victimodogmática parte de la constatación victimológica de la existencia de ciertas víctimas que, ya sea por actos dolosos, ya por actos imprudentes, contribuyen a la producción del hecho delictivo y pueden calificarse, en mayor o menor medida, de co-responsables del mismo».

En realidad, son bastantes las combinaciones que se pueden dar de concurrencia de una conducta del autor y una conducta de la víctima. Así por ejemplo puede ocurrir que la lesión de un mismo bien jurídico se produzca por la concurrencia de una conducta dolosa del autor y una imprudente de la víctima, o una dolosa del autor y una también dolosa de la víctima, o una imprudente del autor y una dolo-

(5) Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Límites en la responsabilidad por imprudencia (comentario a la STS sala 2 de 27 de enero de 1984)*, p. 1044, «La Ley», 1984.

(6) La necesidad de la imputación objetiva no es sólo aceptada por la mayoría de la doctrina sino que la acoge también un sector de la jurisprudencia, vid. en este sentido por ejemplo STS de 5 de abril de 1983.

(7) Vid. sobre la victimodogmática SILVA SÁNCHEZ, *Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito. Introducción al debate sobre la victimodogmática en «Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona»*, libro Homenaje a Beristáin, San Sebastián 1989, pp. 633 y ss.

sa de la víctima, o bien, una imprudente del autor y una imprudente de la víctima.

Ejemplos: 1. Dolo del autor + autopuesta en peligro dolosa de la víctima: A se quiere suicidar y B le ayuda, incluso con actos ejecutivos, a morir. 2. Dolo del autor + autopuesta en peligro imprudente de la víctima: A quiere atropellar a B. A conoce que cada día al salir de trabajo B cruza la concurrida autopista X. En efecto, el día previsto, B cruza la autopista sin cerciorarse de si viene algún coche, y A lo atropella. 3. Imprudencia del autor + autopuesta en peligro dolosa de la víctima: El procesado había emprendido un viaje en automóvil con una mujer con la que tenía estrechas relaciones, habiendo dejado sobre el salpicadero su pistola reglamentaria que llevaba cargada. La mujer cogió la pistola del salpicadero durante una interrupción del viaje en un momento en que el procesado no lo notó y se mató de un disparo. El procesado sabía que la señora S. frecuentemente caía de repente en un estado de depresión y melancolía y aunque él conocía su propia costumbre de colocar la pistola sobre el salpicadero cada vez que se ponía al volante (supuesto de hecho del Tribunal Supremo Federal Alemán, BGHSt. 24, 342 y ss.). 4. Imprudencia del autor + autopuesta en peligro imprudente de la víctima: la víctima conducía por la noche un ciclomotor, llevando en el sillín posterior una compañera por la autopista, lo que reglamentariamente está prohibido; y aunque correctamente circulaba por su derecha fue golpeado por el automóvil del inculpado, que con luz de cruce circulaba a cien Kilómetros hora, lo que no le permitió percibirse de la existencia del ciclomotor fuera de la zona iluminada y de poder frenar de forma efectiva, por lo que colisionando con el ciclomotor lo derribó cayendo sus ocupantes y muriendo su viajera (supuesto de hecho de la STS de 26 de septiembre de 1985).

En esta ocasión me ocuparé tan solo de los supuestos que responden a la estructura de imprudencia del autor + autopuesta en peligro imprudente de la víctima, como sucede en los hechos de la sentencia elegida. Estas situaciones se caracterizan por reunir los siguientes elementos: 1. una conducta imprudente de un sujeto no consentida por la víctima; 2. una conducta imprudente de la propia víctima, a veces no previsible por el autor; 3. la lesión de un bien jurídico de la víctima causada por ambas conductas.

La cuestión consiste en saber si hay que imputar la lesión del bien jurídico al autor exclusivamente, o bien si su responsabilidad puede variar debido a la contribución causal al daño por parte de la víctima.

1.3.2. Examinemos a continuación que dice la doctrina al respecto.

El sector doctrinal que defiende la existencia de un principio victimodogmático parte de una de las siguientes consideraciones (8):

(8) Vid. SILVA, *Homenaje a Beristain*, p. 633 y ss.; WAIWALD, *Ein alltäglicher Straffrechtstall oder: einige Schwierigkeiten der Fahrkässigkeitstheorie* OLG Celle, URS 63 (1982), 72 JuS 1989, p. 188.

1. A veces la víctima no adopta ni las mínimas medidas de protección que le serían exigibles, en estos casos es de suponer que no quiere protegerse, si esto es así, entonces no es necesaria la intervención del Derecho penal.

2. La otra consideración se deriva en parte de la anterior, y dice lo siguiente: si el derecho penal debe intervenir, según mandato constitucional, sólo cuando no haya ningún medio menos lesivo —principio de última ratio y principio de subsidiariedad del Derecho penal— (9) en los casos en que la víctima no se protege, luego, en virtud de este principio, el Derecho penal no tiene que intervenir. Según esto, el principio victimodogmático debe presidir la interpretación de los tipos penales, operando pues como un sistema de reducción teleológica.

No se trata en este lugar de entrar a discutir el principio victimodogmático, ni su alcance en Derecho penal (10), sino sólo si la co-causación del resultado por el autor y la víctima, en los delitos imprudentes puede influir en la responsabilidad del primero. Y, si la respuesta es afirmativa, deberemos también resolver de que modo debe influir y a que categoría dogmático-penal debe de afectar.

Corcoy (11) señala que la doctrina ha propuesto tres soluciones para tener en cuenta la concurrencia de culpas:

1. Según una primera postura la concurrencia de culpas debería tomarse en cuenta en la determinación de la infracción de la norma de cuidado, es decir, para determinar la gravedad del injusto;

2. para una segunda doctrina se trata de un problema de autoría y participación, y

3. finalmente, una tercera postura entiende que en estos casos queda excluida la responsabilidad penal del «autor» por faltar la imputación objetiva.

A estas tres posturas es necesario añadir una cuarta según la cual la concurrencia de la conducta de la víctima en el resultado lesivo sólo puede tener relevancia en la medición de la pena. Pasemos a continuación a examinar cada una de estas soluciones.

A) La concurrencia de culpas debe resolverse en el ámbito de la doctrina de la autoría y participación. Esta es la posición que por ejemplo defiende para algunos supuestos Luzón Peña (12). En efecto, para este autor puede suceder que debido a la escasa aportación causal de la conducta imprudente al resultado, al sujeto («el autor») no se le pueda calificar de «autor» sino sólo de «partícipe»; pero si en

(9) *Ibídem* not. 8

(10) Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Homenaje a Beristain*, pp. 633 y ss.

(11) CORCOY BIDASOLO, *Injusto e imputación objetiva en el Delito imprudente*, «Tesis» mecanografiada, Barcelona junio 1988, pp. 190 y ss.; El mismo, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. 1989, PPU, pp. 345 y ss.

(12) LUZÓN PEÑA, Derecho penal de la circulación (Estudios de la jurisprudencia del T.S.) 1985, *passim*, ed. Bosch.

el delito imprudente no cabe castigar la participación, su conducta será atípica, y por tanto impune (13). Sin embargo, en mi opinión esta afirmación no es correcta por varias razones.

En primer lugar, la distinción entre autoría y participación no puede realizarse a partir de la «contribución causal» de cada uno de los intervinientes en el suceso. Como este mismo autor señala citando a Jescheck (14) «una acción es causal para el resultado o no lo es, pero no es más o menos causal (11); la relación de la causalidad, como dice también Gimbernat (15), existe o no existe, pero no es cuantificable. Si una condición ha sido causa del resultado podemos sin más decir que entre tal condición y el resultado existe la relación de causalidad. Lo que sí es, en cambio, cuantificable es el riesgo creado. Se puede haber creado más o menos riesgo. Pero, entonces no estamos ya ante un problema de causalidad sino de imputación objetiva. Por lo tanto, si la relación de causalidad no puede graduarse, no tendrá sentido decir que una conducta es más causal que otra, y en consecuencia la distinción entre autoría y participación tampoco podrá tener lugar en este ámbito. Entre la conducta del autor y el resultado habrá relación de causalidad, igual como la habrá entre la conducta del partícipe y el resultado. Así pues, la distinción entre estas dos formas de intervención en el delito se realizará en base a otros criterios, como por ejemplo pueden ser el del «dominio del hecho», «el de la pertenencia del hecho»... (16).

En segundo lugar, la concurrencia de culpas, en sentido estricto, no es un problema de autoría y participación. En efecto, precisamente, una de las características de los supuestos que aquí estamos analizando es que entre el «autor» y la «víctima» no existe relación alguna. El hecho de que la conducta del autor y la de la víctima pongan en peligro a un mismo bien jurídico es meramente casual. En ninguno de los dos sujetos concurre el ánimo de participar en el hecho de otro, y en cierto modo los dos tienen el dominio del hecho respecto a su contribución. A lo sumo se podría hablar de autoría accesoria (17).

En definitiva, las categorías dogmáticas de autoría y participación no ofrecen ninguna solución para estos casos.

B) La concurrencia de culpas es un problema de imputación ob-

(13) LUZÓN PEÑA, *Derecho penal*, p. 79

(14) LUZÓN PEÑA, *Derecho penal*, p. 29

(15) GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, 1966, Madrid, p. 92.

(16) Evidentemente no voy a discutir en este lugar cual es el criterio más adecuado, puesto que ello requiere un estudio en profundidad. Vid. sobre este tema, por ejemplo, MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed., 1985, pp. 311 y s.; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4.ª ed. 1984, passim.

(17) Vid. en este sentido, CORCOY BIDASOLO, *Injusto*, p. 453.

jetiva. Esta es la posición que por ejemplo defienden Roxin (18), Gimbernat (19), y en algunos casos también Luzón Peña (20).

En realidad Roxin analiza casos en los cuales la conducta de la víctima es dolosa y la del autor imprudente (21). En efecto, este autor estudia cuatro constelaciones a modo de ejemplo, a saber, la provocación imprudente de suicidios, de autolesiones, y de casos de autopuesta en peligro; la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste; los daños sobrevenidos posteriormente; y casos en que se produce un segundo daño. En todos ellos estima que la imputación del resultado no es posible porque las conductas que han causado el resultado quedan fuera del fin de protección de la norma. Entiende que su tratamiento adecuado es de carácter civil: aplicación del párrafo 254 BGB, que contempla el supuesto de que la propia víctima haya tenido culpa también en la producción del daño, en cuyo caso se hace depender de las circunstancias no sólo la cuantía de la indemnización sino incluso la propia existencia del deber de indemnizar (22). Esta solución puede ser adecuada para los casos que Roxin estudia. En efecto, como he dicho más arriba, en todos estos supuestos o bien la conducta de la víctima es dolosa, con lo que tiene el dominio del hecho ella misma, o bien la víctima consiente en que el autor la ponga en peligro. Pero, en el supuesto de hecho de la sentencia que analizamos no ocurre ninguna de estas dos cosas. Ni la víctima tiene el dominio del hecho sobre la totalidad —no «domina» la conducta del conductor— ni consiente que el autor realice la conducta que le pone en peligro. Por lo tanto, como veremos más abajo, la solución tendrá de ser otra.

Luzón (23) entiende también que en caso de concurrencia de conductas del autor y la víctima para determinar la existencia de responsabilidad del primero habrá que comprobar si concurren los elementos del delito imprudente, entre los cuales hay que contar con la imputación objetiva. Puede suceder, en su opinión, que falte la imputación objetiva porque el resultado producido está fuera del fin de protección de la norma. Evidentemente esto puede ocurrir, no obstante encontraremos casos de concurrencia de conductas en que el problema sea otro.

C) La concurrencia de conductas influye en la gravedad del injusto.

(18) ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, Madrid, (Trad. Luzón Peña), pp. 128 y ss. y 181 y ss.

(19) GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, pp. 156 y ss.

(20) LUZÓN PEÑA, *Derecho penal*, pp. 29 y ss.

(21) Vid. ROXIN, *Problemas básicos* pp. 183 y ss.

(22) ROXIN, *Problemas básicos*, p. 178, en donde dice además: «...el Derecho penal, que sólo tiene la alternativa de apreciar o excluir toda la responsabilidad, debería optar por la vía de la limitación del fin de protección, dada la subsidiariedad de las sanciones jurídicopenales».

(23) LUZÓN, *Derecho penal* pp. 77 y ss.

Algún autor considera que la concurrencia de culpas en algunos casos no llega a excluir la imputación objetiva, pero disminuye la gravedad del injusto (24). Esto sucede, por ejemplo cuando no todo el peligro creado y realizado después en el resultado es atribuible al «autor», sino que el resultado es consecuencia de «dos riesgos»: el creado por la víctima y el creado por el autor.

Estimo que esta posición es correcta. La mayoría de las veces en que la jurisprudencia «degrada» la imprudencia del autor es porque el resultado no se puede imputar tan sólo a la infracción de la norma del autor. A parte del riesgo creado por este, hay que sumar el creado por la propia víctima.

D) La concurrencia de conductas sólo tiene relevancia en el marco de la medición de la pena. Esta postura se ha defendido sobre todo en relación a los delitos dolosos (25). Desde este punto de vista se alega que la argumentación victimodogmática tiende a una limitación del Derecho penal a costa de la víctima y que puede llevar al hundimiento del Derecho penal. Además, continúa, de tomarse en cuenta la conducta de la víctima ya en el tipo se estaría realizando, en realidad, una reducción teleológica de los tipos penales o bien se recurriría a una utilización analógica de las causas de justificación. Y ambos métodos son, sino inconstitucionales, por lo menos de dudosa constitucionalidad (26).

En cambio, en los delitos imprudentes tanto la doctrina como la jurisprudencia —que en España acude al concepto de concurrencia de culpas y en Alemania al de *Mitverschuldens*— reconoce que la conducta de la víctima puede excluir la imputación objetiva del resultado al autor o por lo menos disminuir su injusto. Sin embargo, en mi opinión, no hay que descartar la posibilidad de que la conducta imprudente de la víctima determine tan sólo una menor pena del delito imprudente realizado por el autor. Pero esto lo analizaremos en el apartado siguiente.

1.4. Más arriba ya he dicho que el supuesto de hecho de la sentencia que comentamos no es un caso de «daño causado a otra persona con su consentimiento» —supuesto este que se caracteriza por el hecho de que la víctima no domina en todo momento con su decisión el peligro a que se expone—, sino que la víctima tolera que otro le ponga en peligro, perdiendo muchas veces el control (27) sobre el hecho.

(24) Vid. en este sentido, CORCOY, *Tesis*, p. 459; el mismo, *El delito imprudente*, pp. 345 y ss.

(25) Vid. HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opeferverhalten*, 1981, Göttingen. p. 8.

(26) Vid. AMELUNG, en la recensión a la obra de Hillenkamp citada en la nota anterior, G.A. 1984, pp. 580.

(27) Vid. ROXIN, *Problemas básicos*, pp. 190 y ss. Cita como ejemplo de autopuesta en peligro el caso del sujeto que concierda con otra persona una alocada carrera de motos y acepta al hacerlo la posibilidad de sufrir un accidente por la propia impru-

Pero a diferencia de los supuestos usuales de autopuesta en peligro, en los cuales la víctima crea con su conducta todo el riesgo que ex post se verá realizado en el resultado, y en los cuales además el autor puede a lo sumo ser un partícipe, en la sentencia que aquí se analiza la víctima no crea por sí sola el riesgo del resultado. En otras palabras, en «la autopuesta en peligro» en sentido escrito, el resultado se puede imputar objetivamente a la víctima, puesto que es ella la que ex ante crea con su propia conducta un riesgo, y es este riesgo el que ex post se realiza en el resultado. En cambio, los otros casos de «autopuesta en peligro» también la víctima crea ex ante un riesgo para ella misma, pero no es este el que realiza en el resultado, sino otro, más grave debido a la creación también de riesgo por parte del autor, sin que, sin embargo, haya consentimiento de la víctima. Es decir, autor y víctima crean un riesgo dirigido a un mismo resultado, sin que exista acuerdo previo o simultáneo, expreso o tácito, y sin que haya habido relación de tipo alguno entre víctima y autor. En el plano de la causalidad ambas conductas son causales para el resultado. Por tanto, es imposible solucionar la concurrencia de culpas, como pretende la jurisprudencia, en el ámbito de la relación de causalidad. Como apuntaba más arriba, su correcta ubicación sistemática será normalmente en el injusto. Y digo normalmente, porque habrá casos en que se tratará tan sólo de un problema de medición de la pena.

No existe entonces, en mi opinión, una única solución. Lo correcto es distinguir esencialmente tres supuestos que analizaremos a continuación.

1. El autor crea un riesgo típicamente relevante que es el que se realiza en el resultado. Concorre previsibilidad. La víctima crea también un riesgo para ella misma.

Como puede observarse, concurren aquí todos los elementos necesarios para formular tanto el juicio de imputación objetiva como el de imputación subjetiva respecto del autor. El riesgo que crea el autor imprudentemente es el que se realiza luego en el resultado. De no concurrir ninguna causa de justificación y ser el sujeto normalmente motivable podrá en principio imponérsele la pena del delito imprudente correspondiente. Sin embargo, debemos preguntarnos si la conducta de la víctima de autopuesta en peligro puede tener alguna repercusión.

La característica principal en estos casos es que el resultado se hubiera también producido de comportarse la víctima correctamente.

Ejemplo: Un peatón cruza la calzada estando el semáforo en rojo. En aquel momento pasaba B conduciendo un coche a gran velocidad

dencia; y como ejemplo de daño causado a otra persona... el caso del sujeto que acepta ir sentado en el asiento trasero de una moto manejada por un conductor increíblemente temerario.

y sin prestar la menor atención. B atropella a A. Aunque A hubiera cruzado la calzada en el momento debido, B lo hubiera atropellado igualmente.

En consecuencia, el comportamiento de la víctima no afecta a la infracción de la norma realizada por el autor. Es decir, la conducta concurrente de la víctima no influye en el resultado acaecido. Este puede imputarse en su totalidad a la conducta imprudente del autor. Por lo tanto, la autopuesta en peligro por parte de la víctima no repercute en el injusto realizado por el autor. De todos modos, cabe aún la posibilidad de tener en consideración la conducta de la víctima en el ámbito estricto de la medición de la pena. De esta forma, si bien la concurrencia de conductas no daría lugar, en estos casos, a la exclusión de la imputación objetiva del resultado al autor, ni a un injusto de menor gravedad, sí que podría rebajarse la pena del autor (28).

2. El autor crea imprudentemente un riesgo típicamente relevante. Además, concurre una autopuesta en peligro de la víctima que aumenta el riesgo. Puede pues considerarse que el resultado es debido a dos conductas: al comportamiento imprudente del autor y a la autopuesta en peligro de la víctima.

Este caso es totalmente distinto al anterior. Aquí no está tan claro que la conducta de la víctima sólo pueda tener relevancia en el ámbito de la medición de la pena. En estos casos, el análisis de la conducta concurrente de la víctima puede poner en evidencia que la infracción de la norma realizada por el autor es menos grave. Lo correcto sería entonces disminuir también la pena, pero con otro fundamento: por haber cometido el autor un injusto de menor gravedad.

Claro está, que para poder llegar a esta conclusión deberán tenerse en cuenta todos los principios que en la imprudencia configuran la imputación objetiva: así por ejemplo, aunque la conducta de la víctima sea negligente no podrá tenerse en cuenta si entra dentro de lo abarcado por el principio de adecuación social...

3. El autor crea imprudente un riesgo típicamente relevante pero no es el que se realiza en el resultado. Este es consecuencia única de la conducta de la víctima.

Es evidente que en estos casos el resultado no es imputable al autor sino exclusivamente a la propia víctima.

1.4. Hechas estas consideraciones anteriores podemos ahora pasar a analizar el supuesto de hecho de la sentencia elegida.

(28) Así pues, la conducta de la víctima podría actuar también como una atenuante de la punibilidad.

Según el considerando reproducido al principio del comentario, el autor, conducía «atolondradamente». Seguramente, con ello se quiere indicar que su modo de conducir infringía las normas de cuidado exigibles en el tráfico. Pero a continuación, la sentencia señala también que la conducta de la víctima —cruzar cuando el semáforo estaba rojo— influyó poderosamente en la producción del resultado lesivo. Así pues, el resultado ha sido consecuencia del riesgo creado imprudentemente por el autor y de la autopuesta en peligro de la víctima.

El Tribunal Supremo toma en cuenta la conducta de la víctima y estima que la imprudencia del autor es sólo constitutiva de falta simple de imprudencia. Sin embargo, la fundamentación del Tribunal, como ya apuntábamos más arriba, es incorrecta. El hecho de que la conducta de la víctima sea causal con el resultado, no significa todavía que merezca ser desvalorada por el Derecho. Como ha sido puesto de relieve por numerosos autores, de la existencia de relación de causalidad entre una conducta y un resultado no se desprenden sin más juicios jurídicos (29). Con la sola existencia de relación de causalidad sin creación de riesgo, que por lo menos sea imprudente, no cabe responsabilidad penal.

Pero, lo cierto es que en este caso la conducta de la víctima no es sólo causal para el resultado, sino que es creadora de riesgo. La conclusión del Tribunal Supremo es pues correcta: debe «degradarse» la imprudencia del autor. En fundamento no reside, como pretende la sentencia, en una menor culpabilidad por parte del sujeto activo, sino en un menor injusto. La ubicación dogmática no es la culpabilidad, sino el injusto.

III

1. Esta sentencia plantea otro problema: la conducción bajo los efectos del alcohol produciéndose a consecuencia de ello un resultado lesivo. Sobre este tema quiero plantear sólo una cuestión: el ámbito de aplicación del precepto que regula la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y otras sustancias y su relación con la estructura de la *actio libera in causa*.

No obstante, antes de abordar el anterior problema conviene hacer mención de los cambios que en este artículo ha introducido la reciente reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989 (Ley Orgánica 3/1989).

La redacción anterior del tercer párrafo artículo 340 bis a) del Código Penal planteaba la cuestión de si para su aplicación el resultado

(29) Vid. por ejemplo, MIR PUIG, JESCHECK GIMBERNAT SILVA.

«lesivo o dañoso» que debía producirse tenía que haber sido abarcado por imprudencia o dolo, o si en cambio era suficiente con que como consecuencia de la conducción bajo la influencia del alcohol «resultare» lesión o daño (30). Sostener esta última interpretación significaba estar de acuerdo con la tan criticada doctrina del «versari in re illicita». Antes de la reforma de 1983 se acudía, para limitar su aplicación a los casos en que había habido dolo o imprudencia, al término «infracción» (31). A partir de 1983, el artículo 1 del Código Penal deja claro que ya no es posible la responsabilidad objetiva, y que sólo se responderá del resultado más grave si por lo menos ha sido abarcado por imprudencia.

La última reforma ha cambiado algo los términos de este párrafo. [A parte de que ahora ya no es el tercer párrafo del art. 340 bis a) sino el art. 340 bis c).] De acuerdo con la redacción actual: «Cuando de los actos sancionados en los dos artículos anteriores se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo cualquiera que sea su gravedad...»

Así pues, no basta con que resulte una lesión o daño, sino que tiene que haberse ocasionado un resultado lesivo. De esta forma queda más claro lo que ya exige el artículo 1 del Código Penal: para responder penalmente es necesario por lo menos imprudencia. La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, ha modificado también el párrafo 1 del artículo 340 bis a). Además de castigarse al que conduce un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, se castiga también al que lo hace bajo los efectos de sustancias psicotrópicas. Se continúa exigiendo pues que la conducción se haga bajo su influencia: para la realización del tipo no es suficiente la ingesta de alcohol —o cualquiera de las otras sustancias mencionadas en este precepto— por parte del sujeto activo, sino que es necesario que este influya en su conducta, haciendo de este modo más peligrosa la actividad de conducción (32).

2. Pasamos ahora a analizar el ámbito de aplicación de estos preceptos y su relación con la estructura de la «actio libera in causa».

(30) Según este artículo, «cuando de los dos actos sancionados en este artículo o en siguiente resultare, además del riesgo prevenido, lesión o daño...» Vid., sobre estos delitos, GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 1985, Bosch, passim.

(31) Vid. en este sentido, CEREZO MIR, *El versari in re illicita y el párrafo tercero del artículo 340 bis a) Código Penal español*, ADPCP 1970, pp. 295; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, Tom. II, artículo 340 bis a) p. 1263. GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción*, pp. 204 y ss.

(32) Vid. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, p. 1262; COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal*, Parte Especial, 2.^a ed. 1987, p. 316: «no basta con que se conduzca bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas si de ello no deriva un atentado para el bien jurido protegido»; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción*, p. 83.

La estructura del «*actio libera in causa*» (33) hace referencia a aquellos supuestos en que el autor, en un momento en que aún goza de capacidad penal para delinquir, provoca —dolosa o imprudentemente— la ausencia o presencia de cualquier elemento del delito, para delinquir de este modo impunemente. Es decir, en el momento en que el sujeto ataca al bien jurídico se encuentra en una situación que podríamos llamar, siguiendo a la doctrina alemana (34), «situación defectuosa» porque falta alguno de los elementos necesarios para atribuirle tal ataque. Pero es este mismo sujeto el que anteriormente ha provocado dolosa o imprudentemente esta situación defectuosa. No se trata en este lugar de analizar cual debe ser el tratamiento que estos supuestos deben recibir en Derecho penal español ni si se debe castigar la acción provocadora de la situación defectuosa o la misma situación defectuosa (35). El objetivo es tan solo dilucidar si el artículo 340 bis a) párrafo 1 en relación con el artículo 340 bis c) regula un caso de «*actio libera in causa*», o si por el contrario se refiere a otros supuestos. Para ello distinguiremos diversos supuestos en base a los siguientes criterios:

1. Se tendrán en cuenta tres momentos: el momento de beber bebidas alcohólicas (T.1), el de conducir bajo sus efectos (T.2), y el del ataque o lesión al bien jurídico (T.3)

2. Se distinguirá en cada momento si ha concurrido dolo o imprudencia.

3. Entiendo, en este contexto, que las expresiones siguientes significan:

a) *Beber con doble dolo*: beber para luego conducir y lesionar en estado de embriaguez un bien jurídico.

b) *Beber dolosamente*: beber a sabiendas de que luego se conducirá.

c) *Beber con doble imprudencia*: beber con la previsibilidad de que luego se conducirá, y con la previsibilidad de lesionar en este estado de embriaguez y conduciendo un bien jurídico.

(33) Sobre este tema ver en España: SILVA, *El delito de omisión, Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 369 y ss.; El mismo, La embriaguez atenuante o eximente en el delito del artículo 340 bis a) 1 (A la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la «*actio libera in causa*») RDCir, 1988, p. 170 y ss.; El mismo, *Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida*, «La Ley», 1988, 30 de septiembre de 1988, p. 1 y ss.; El mismo, La estructura de la «*actio libera in causa*» en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas (Una visión crítica de la última doctrina jurisprudencial), *La Ley*, 1988, 1, pp. 910 y ss. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Síndrome de abstinencia y «actio libera in causa»* (comentario a la STS de 3 de enero de 1988), «Poder Judicial», núm. 13, 1989, pp. 129 y ss. ROXIN, *Observaciones sobre la «actio libera in causa»*, «ADPCP», 1988, pp. 21 y ss. (trad. Muñoz Conde).

(34) Vid. por todos NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*. Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung. Berlin, 1985, passim.

(35) Vid. not. 33.

d) *Beber imprudentemente*: beber con la previsibilidad de que luego se conducirá.

e) *Beber fortuitamente*: beber sin saber ni poder preveer que luego se conducirá.

f) *Conducir dolosamente*: atentar dolosamente contra la seguridad en el tráfico.

g) *Conducir imprudentemente*: atentar imprudentemente contra la seguridad en el tráfico.

	T.1. (beber)	T.2. (conducir)	T.3. (lesión)
1	doble dolo	dolo	dolo
2	dolo	dolo	imprudencia
3	dolo	dolo	fortuita
4	dolo	imprudencia	dolo
5	dolo	imprudencia	imprudencia
6	dolo	imprudencia	fortuita
7	imprudencia	dolo	dolo
8	imprudencia	dolo	imprudencia
9	imprudencia	dolo	fortuita
10	imprudencia	imprudencia	dolo
11	doble imprudencia	imprudencia	imprudencia
12	imprudencia	imprudencia	fortuita
13	fortuita	dolo	dolo
14	fortuita	dolo	imprudencia
15	fortuita	dolo	fortuita
16	fortuita	imprudencia	dolo
17	fortuita	imprudencia	imprudencia
18	fortuita	imprudencia	fortuita

La cuestión es la siguiente: ¿qué supuestos deben castigarse de acuerdo con el artículo 340 bis a), cuales por los artículos 340 bis a) y 340 bis c), cuales en virtud de los principios de la «*actio libera in causa*», y cuales finalmente deben quedar impunes?

Primero.—Analicemos, en primer lugar, cuándo deberá aplicarse el artículo 340 bis a). De acuerdo con un sector doctrinal (36) estimo que podría acudir a este precepto tanto en supuestos de conducción bajo los efectos del alcohol dolosa como en la imprudente. Pero sólo en estos casos. Esto quiere decir, por un lado, que cuando se ocasione un resultado lesivo por infringir el autor alguna otra norma deberá acudir a otros preceptos, y por otro lado, cuando en el que hemos

(36) Vid. COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal, Parte Especial*, p. 317, y bibliografía allí citada. Según estos autores: «el delito surgirá en versión dolosa cuando el agente decida conducir un vehículo de motor a consciencia de hallarse bajo la influencia del alcohol o de una droga, en tanto que la forma culposa podría aparecer en las ocasiones en las que un sujeto realiza el hecho típico de conducir en el estado prohibido a causa de haber infringido el deber de cuidado que le era exigible».

llamado T.1 concorra dolo o imprudencia concretos, es decir cuando el sujeto en el T.1 provoque su embriaguez dolosa o imprudente en relación con un determinado resultado, tampoco será de aplicación este artículo. En conclusión, este artículo podrá entrar en juego en los casos 3, 6, 9 y 12. Sin embargo, es discutible que la conducción bajo los efectos del alcohol... realizada imprudentemente deba castigarse (36 bis). Por lo tanto, es preferible acudir al 340 bis a) sólo cuando, como dice la jurisprudencia, se bebe «a sabiendas» de que se conducirá.

Segundo.—¿Cuándo, además del anterior artículo, podrá aplicarse el 340 bis c)? En primer lugar, será necesario que se produzca un resultado lesivo. Ahora bien, este resultado tendrá que ser objetiva y subjetivamente imputable a su autor. Esto quiere decir lo siguiente: existencia de relación de causalidad entre la acción de conducir bajo los efectos del alcohol y el resultado típico, y por lo menos previsibilidad del resultado. Y, en segundo lugar, es preciso que el resultado lesivo sea consecuencia no sólo de una conducción irreflexiva, sino que es además necesario que esta conducción irreflexiva, se deba, a su vez, a la ingesta de alcohol (37).

Por lo tanto, podrá aplicarse el artículo 340 bis c) en relación con el 340 bis a) primer párrafo, en los casos 2, 4, 5, 7, 8 y 10.

Tercero.—¿Pero qué sucede cuando la infracción más grave de la que habla el artículo 340 bis c) es dolosa?

Ejemplo: un sujeto conduce dolosa o imprudentemente bajo la influencia del alcohol. En un determinado momento surge en él la intención de matar a un peatón que en aquel momento cruzaba la calzada.

Un sector de la doctrina estima que en estos casos no es posible aplicar esta regla concursal (38). Y que habría que acudir a las reglas concursales generales y aplicar el concurso real entre el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y el delito cometido.

Esto es lo que sucede en los números 13 y 16 y también 4, 7 y 10. No obstante, no hay que olvidar que en todos estos casos el delito de resultado lo realiza un sujeto embriagado, y que, por tanto, puede tener disminuida la capacidad de culpabilidad. Por lo tanto, de no poder aplicar la estructura de la alic, debería de tenerse en cuenta esta capacidad de culpabilidad disminuida o incluso inimputabilidad total.

Cuarto.—¿Cuándo no deberán aplicarse estos artículos, y en cambio habrá que acudir a los principios de la alic? La estructura de la alic entrará en juego en los restantes casos (1 y 11). Es decir, en todos aquellos casos en que haya habido una provocación dolosa o

(36 bis) Vid. GÓMEZ PAVÓN, *La conducción*, pp. 161 y ss., que distingue entre la posibilidad jurídica y conceptual de la comisión culposa, y acepta la conceptual.

(37) Vid. autores citados en nota 32.

(38) Vid. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, p. 1265.

imprudente (concretos) de la situación defectuosa. El modo de resolver, entonces, estos casos dependerá de la teoría que se acoja sobre la alic.

En conclusión, los artículos 340 bis a) 1 y 340 bis c) no regulan una situación de «actio libera in causa». En efecto, lo característico de la alic es que el sujeto provoca dolosa o imprudentemente (acción precedente, o acción provocadora de la situación defectuosa, en un momento en que goza de su capacidad penal una situación o un estado en los que ya no le será posible atribuir la lesión que bajo ellos realice. Ahora bien, para considerar a tal provocación dolosa o imprudente no es suficiente con que la provocación en si sea dolosa o imprudente (uno puede por ejemplo embriagarse queriendo, o bien beber con la previsibilidad de que acabará totalmente embriagado sin que sea posible hablar de alic). Es necesario que el dolo o la imprudencia vayan dirigidos a un delito concreto. Cuando este dolo o imprudencia concretos no existan es cuando podremos analizar si es de aplicación el 340 bis c).

3. El Tribunal Supremo castiga en nuestro caso al autor por el delito de conducción bajo los efectos del alcohol en concurso con una falta de imprudencia simple. La razón de apreciar el artículo 340 bis a) es la siguiente: «...a la sazón, conducía el vehículo que pilotaba, tras haber ingerido bebidas alcohólicas y bajo su influencia, siendo sabido y ha declarado esta Sala, incesantemente que, dicha ingestión, debilita o aminora las facultades de concretada atención, que debe tener todo conductor, y que se proyectan, tanto sobre las incidencias del tránsito, como sobre el mando y funcionamiento de los mecanismos del móvil que dirige y pilota recayendo, asimismo, ese estado precario de sus facultades físicas y psíquicas, sobre su capacidad de reacción y de adopción de aquellas medidas de precaución o elusión que las circunstancias cambiantes del tráfico exigen, las cuales quedan conturbadas y disminuidas si se ha ingerido alcohol en mayor o menor cantidad».

Como ya hemos dicho más arriba, no basta para aplicar este artículo conducir embriagado, sino que se requiere que se conduzca bajo la influencia de las bebidas alcohólicas (39). Y esta influencia debe probarse: de la mera comprobación de que el sujeto conduce embriagado no puede deducirse su influencia en la conducción. Por ello hubiera sido preferible que la sentencia que analizamos hubiera fundamentado la aplicación del artículo 340 bis a), no en base a consideraciones generales relativas a la influencia que normalmente ejerce el alcohol sobre las personas, sino teniendo en cuenta el caso concreto.

(39) A parte de la doctrina ya citada, ver por ejemplo la STS de 9 de diciembre de 1987: «en la conducción bajo la influencia de bebidas no es determinante el grado de impregnación alcohólica en sangre, sino la influencia del alcohol en la conducción».

Jurisprudencia Constitucional

**PUBLICADA EN ENERO-MAYO DE 1989
Y CON APLICACIÓN EN MATERIA PENAL**

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA
Universidad Autónoma. Madrid

I. CONSTITUCION

ARTÍCULO 10.1

Derechos fundamentales. Limitaciones

Como ya ha declarado en anteriores ocasiones este Tribunal, es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de los mismos. Todas las personas relativas a tales derechos se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios; y tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social». Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta integración, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos (STC 159/1986, entre otras).

(Sentencia núm. 254/88, de 21 de diciembre. RA 322/85, «BOE», de 23 de enero de 1989.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

ARTÍCULO 14

Principio de igualdad

La primera de las infracciones inmediatamente atribuida a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es la del derecho a la igualdad (art. 14 CE, que ha de entenderse en la aplicación de la ley como consecuencia de haber impuesto al demandante de amparo la pena de seis años de prisión menor, accesoria, y multa de dos millones doscientas cincuenta mil pesetas, muy superior a la de los otros procesados en la misma causa —tres años de prisión menor y multa de cuarenta mil pesetas—, a pesar de que se trataba de una misma conducta y no se han apreciado especiales circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Dicha diferencia, sin embargo, no constituye discriminación alguna que pueda entenderse lesiva de dicho derecho fundamental.

En efecto, por una parte, no responde a una modificación arbitraria del criterio seguido en la misma o anterior resolución judicial de la propia Sala para conducta sustancialmente igual, exigencia necesaria según constante jurisprudencia constitucional, para que pueda hablarse de término comparativo idóneo, sino que encuentra su explicación en la diversa valoración jurídica del mismo hecho efectuada por Tribunales distintos. Mientras la Audiencia Provincial de Logroño le consideró subsumible en el párrafo primero del art.344 del Código Penal (redacción conforme a LO 8/1983, de 25 de junio), el Tribunal Supremo (Sala Segunda) entendió aplicable el subtipo agravado del párrafo segundo de dicho precepto, y, evidentemente, no podía extender a los demás procesados las consecuencias de la nueva calificación al ser desfavorables (art. 903 LECr.) y estar limitado el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal al hoy demandante de amparo.

Por otra parte, debe recordarse que el derecho reconocido en el art. 14 de la Constitución es justamente el de la igualdad ante la Ley, pero no puede ser invocado cuando aparece que la Ley ha sido indebidamente aplicada. Por tanto, sus exigencias no pueden suponer que hayan de extenderse al actor de las penas correspondientes a una calificación jurídica o tipificación que fue estimada errónea o inadecuada en vía casacional por el Tribunal superior competente.

(Sentencia núm. 256/88, de 21 de diciembre. RA 1398/86. «BOE», de 23 de enero de 1989.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

ARTÍCULOS 17.1 y 81

Derecho a la libertad. Ley Orgánica

V. Sentencia núm. 66/1989, de 17 de abril, sobre *Penas privativas de libertad*.—Art. 7.1 de la Ley de Control de Cambios.

ARTÍCULO 18.1

Derecho a la intimidad personal

La Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad.

Esta afirmación de principio requiere, claro está, algunas matizaciones. La primera de ellas, implícita en lo ya dicho, es la de que el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una Entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona. La segunda es la de que, aun tratándose ya de actuaciones que afectan al ámbito protegido, es también cierto que, como observa el Ministerio Fiscal, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones (núms. 2 y 3 del mismo art. 18). Tal afectación del ámbito de la intimidad, es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts.10.1 y 15 de la Constitución). Cabe declarar que en el supuesto que ahora nos ocupa, estas previsiones fueron aquí adoptadas, pues no cabe considerar en sí misma degradante o contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen ginecológico por parte de un profesional de la medicina, con independencia de que, en este caso, tal examen no se llegó a realizar. Lo que sí es manifiesto es que la intimidad quedó afectada o comprometida en el supuesto actual, pues en orden a la identificación del ámbito constitucionalmente protegido, por íntimas se han de tener las partes del cuerpo que se ordenaba someter a examen.

Para apreciar si una actuación judicial, como la que examinamos, respetó o no la intimidad de la persona no es suficiente, sin embargo, con advertir que en dicha actuación se hicieron valer ante el sujeto afectado los intereses (públicos también, por definición), a los que ha de servir toda decisión de la autoridad, pues la protección que la Constitución dispensa se delimita aquí, una vez reconocido su objeto, atendiendo a las exigencias, públicas en presencia, y bien se comprende que si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional, perdería, relativizándose, toda eficacia. Por ello, lo que la protección de la intimidad reclama no es sólo la regularidad formal de la decisión judicial que motivadamente y con fundamento

es una inexcusable previsión legislativa, la delimite, sino también, ya en el orden sustantivo, la razonable apreciación, por la autoridad actuante, de la situación en que se halle el sujeto que pueda resultar afectado, apreciación que se ha de hacer en relación con las exigencias de la actuación judicial en curso, pues no se acomodaría, ciertamente, al derecho fundamental la resolución que constriñese el ámbito de intimidad de quienes no se hallan en una posición o situación específica respecto de aquella actuación, como tampoco respetaría la garantía que consideramos la medida desatenta a toda estimación de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone. Es evidente, por todo ello, que la consideración de si se violó o no el derecho fundamental no se puede basar, en casos como el presente, en la mera constatación de lo prescrito por el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, pues tal precepto, citado en sus alegaciones por el Ministerio Fiscal, dispone sólo, en lo que ahora importa, que «no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley», y es precisamente esto último (si la actuación controvertida se atuvo o no a la legalidad, incluida, claro está, la de rango constitucional), lo que se ha de examinar en el actual recurso.

A través de la providencia, de 21 de noviembre de 1986, y de los actos, que por vía de exhorto, cumplieron esta resolución se le ordenó a la actora, entre otras personas, someterse, como venimos diciendo, a un examen ginecológico a fin de que por el Médico Forense se determinase la realización de una posible intervención quirúrgica de embarazo, lo que, en el contexto de las actuaciones sumariales, habría de confirmar la verificación del hecho delictivo presumible. Hemos de apreciar ahora, en respuesta a lo que la recurrente pide, si tal mandato resultó legítimo, a cuyo efecto es preciso considerar, ante todo, si una orden de tal carácter pudo ser dictada en el curso de la investigación sumarial y, de ser ello posible, si la que en este caso recayó puede estimarse ajustada a la garantía constitucional del derecho.

El derecho fundamental aquí comprometido no ampara, ciertamente, la pretensión de intimidad del imputado o procesado frente a la resolución judicial que, en el caso de una investigación penal, disponga la obtención o identificación, sobre el propio cuerpo, de huellas del posible delito, ello sin perjuicio —según antes dijimos— del necesario respeto a la dignidad de la persona y de su intimidad frente a todo trato que, atendidas las circunstancias del caso, pudiera considerarse degradante (arts. 10.1 y 15 de la Constitución). Ni la intimidad puede, en supuestos tales, afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no pueda ser obtenida de otro modo, ni cabe desconocer, junto a ello, las facultades legales que, corresponden al Instructor, y que el Ministerio Fiscal recuerda, para ordenar, en el curso del sumario, la realización de exámenes periciales que, entre otros extremos, pueden versar sobre la «descripción de la persona (...), que sea objeto del mismo (del informe pericial), en el estado o del modo en que se halle arts 399 y 478 de la LECr.), habilitaciones legislativas éstas que no darían base legítima, por su carácter genérico e indeterminado a una actuación policial, pero que sí pueden prestar fundamento a la resolución judicial, aquí exigible, que disponga la afectación, cuando ello sea imprescindible, del ámbito de intimidad corporal del imputado o procesado. Y no cabe ignorar a este propósito, que la providencia de 21 de noviembre de 1986

se orientó, en el extremo que ahora importa, a la determinación de un hecho que pudiera ser constitutivo de delito y respecto del cual la demandante de amparo aparecía y, según antes observamos, con la efectiva condición de imputada, siendo de relevante consideración, a estos efectos, que la sospecha judicial sobre la realización del hecho no carecía, vistas las actuaciones, de fundamento racional, como tampoco cabe desconocer que obraban ya en poder del Instructor datos relativos a doña X. Y. Z. que hacían posible su consideración, entonces, como imputada.

Lo anterior, sin embargo, no basta para afirmar la conformidad de la decisión enjuiciada a la garantía constitucional de la intimidad personal. No es suficiente, a tal efecto, con reconocer que dicho acto afectó a persona que resultaba ya, cuando menos, imputada, pues también es preciso, junto a ello, que la resolución judicial se haya dictado luego de ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi*. La primera de estas magnitudes no puede ser calculada sino por referencia, no sólo al criterio socialmente dominante, sino también como es claro, a la conducta que, en virtud de indicios serios se atribuye al mismo sujeto pasivo de la actuación prevista, en tanto que el segundo término de la ponderación, a su vez no puede ignorar la palpable diferencia que existe entre una actuación dirigida, por ejemplo, a identificar al presunto culpable de un delito cuya existencia es cierta y otra que persiga simplemente a las de carácter indiciario, ya se cree poseer sobre la comisión real de un delito cuya existencia se sospecha.

Según una muy reiterada doctrina constitucional, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios (STC 13/1985, fundamento jurídico 5.º), es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental (STC 13/1985, fundamento jurídico 2.º), y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho (STC 62/1982, fundamento jurídico 2.º), pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental.

Es evidente que no se atuvo a estas exigencias la decisión que aquí se impugna. La providencia de 21 de noviembre de 1986 fue —como corresponde, por lo general, a su forma— una resolución inmotivada, y por ello a pesar de que, según queda dicho, toda decisión judicial que restrinja o limite derechos fundamentales deba ser adoptada con la correspondiente fundamentación, exigencia constitucional ésta que, en el orden del proceso penal, impuso ya, por lo demás, el vigente art. 141 de la LECr. al requerir la forma de «Auto», y la motivación consiguiente, para las resoluciones que decidiera «puntos esenciales que afecten de una manera directa a los procesados», referencia esta última que se ha de considerar comprensiva del imputado cuando se trate de afectar al ámbito de sus derechos fundamentales. El mandato judicial para que la actora se sometiera a examen médico-forense se presentó, ya por esta carencia de motivación, como una decisión ajena a toda ponderación de la necesidad de la medida, y de su proporcionalidad, por referencia al derecho que tan gravemente se acordó limitar, pues tal mandato se formuló en el cuerpo de un exhorto que tan sólo indicó,

en lo que aquí importa, «se interesa que sea reconocida (la actora), por el Médico Forense sobre dicho extremo». Estas carencias son, de otra parte, también patentes en la providencia de 10 de febrero de 1987, dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Jerez de la Frontera en cumplimiento de lo interesado en el exhorto, limitándose entonces la resolución del Juez exhortado, ante la inicial incomparecencia de doña X. Y. Z. a ordenar que se expidiera cédula para que, en el siguiente día, fuese aquélla reconocida por el Médico Forense.

De lo anterior se sigue, como es notorio, la incompatibilidad en cuanto a su forma, tanto de la resolución impugnada, como de la que en su cumplimiento personal no fuese afectada sino con las garantías que quedan reseñadas, lo que impone la concesión, en cuanto a este extremo, del amparo solicitado, preservando así a la demandante frente a cualquier ejecución de la medida aquí examinada, ejecución a la que en otro caso podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero no, claro está, en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el art. 15 de la Constitución.

(Sentencia núm. 37/1989, de 7 de febrero. RA 235/87. «BOE» de 2 de marzo de 1989.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

ARTÍCULO 20.1. a)

Derecho a la libertad de expresión.

Para lograr una adecuada solución de este conflicto, examinando la queja deducida en su dimensión constitucional, es preciso partir de la doctrina sentada por este Tribunal Constitucional en su STC 107/1988, de 8 de junio, que resolvió un supuesto muy semejante al que ahora nos ocupa. Desarrollando la jurisprudencia anterior elaborada por este Tribunal en torno al art. 20 de la Constitución, declarábamos en esta última Sentencia que «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 plenamente sancionable haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades». La dimensión constitucional de estas libertades «convierte en insuficiente el criterio del *animus injuriandi*, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de dicha clase de delitos». La insuficiencia de aquel criterio dimana de la circunstancia, muy reiteradamente resaltada por este Tribunal, de que las libertades del art. 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, elemento imprescindible del pluralismo político en un Estado democrático, que por lo mismo trascienden el significado común y propio de los demás derechos fundamentales (SSTC 6/1981, de 16 de marzo, 104/1986, de 17 de julio, 165/1987, de 27 de octubre, 6/1988, de 21 de enero, y 107/1988, de 8 de junio, entre otras). Se quiere afirmar con ello que, en el enjuiciamiento de los conflictos que se plan-

teen entre aquellas libertades, de un lado, y otros derechos fundamentales y demás bienes y valores protegidos penalmente, de otro, confluyen y deben ser tomadas en consideración al aplicar la ley penal dos perspectivas complementarias: por un lado, la que examina la conducta del acusado en relación con el derecho al honor o con los valores de dignidad y prestigio, de las instituciones y cuerpos del Estado protegidos por el legislador mediante la tipificación de los delitos que los lesionan; y, por otro, la que tiene por objeto valorar esa misma conducta a la luz de las libertades de expresión e información, en cuyo ejercicio se haya podido incidir en los derechos al honor o a la dignidad, reputación y prestigio de las instituciones y clases del Estado. Desde la primera de estas perspectivas, es inevitable el enjuiciamiento del *animus injuriandi*, cuya aplicación al caso concreto corresponde a los Tribunales penales. Pero desde la segunda resulta indispensable determinar, asimismo, si el ejercicio de las libertades del art. 20 de la Constitución ha actuado en cada caso como causa excluyente de ese *animus* y, por tanto, de la antijuricidad atribuida al hecho enjuiciado. En ese sentido, el órgano judicial que, en principio, aprecia la subsunción de los hechos en un determinado tipo delictivo está obligado a realizar además un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente está justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información protegido por el art. 20 de la Constitución y, por tanto, en posición preferente, de suerte que si tal ponderación falta o resulta manifiestamente carente de fundamento se ha de entender vulnerado el citado precepto constitucional. Ello no significa que el alcance justificativo de ambas libertades sea el mismo, puesto que la libertad de información versa sobre hechos, que pueden y deben someterse al contraste de su veracidad (STC 6/1988, de 21 de enero), en tanto que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos, que no se prestan a una demostración de exactitud, y que, por lo mismo dotan a aquella de un contenido legitimador más amplio. No obstante, no se incluyen en el ámbito de la libertad de expresión ni tienen valor de causa justificativa consideraciones desprovistas de relación con la esencia del pensamiento que se formula y que, careciendo de interés público resulten formalmente injuriosas de las personas a las que se dirijan.

De otra parte, es preciso recordar también que, como declara la citada STC 107/1988, el valor preponderante de las libertades del art. 20 de la Constitución sólo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas «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».

Por último, tratándose de asuntos de relevancia pública, ha de tenerse en cuenta que en la ponderación previa a la resolución del proceso penal no puede confundirse el derecho al honor, garantizado también como derecho fundamental por el art. 18.1 de la Constitución, y que tiene un significado personalista referible a personas individualmente consideradas, con los valores de dignidad, reputación o autoridad moral de las instituciones públicas y clases del Estado, los cuales, sin mengua de su protección penal, gozan frente a la libertad de expresión de un nivel de garantía menor y más débil que el que corresponde al honor de las personas de relevancia pública, máxime cuando las opiniones o informaciones

que pueden atentar contra tales valores se dirigen no contra una institución, clase o cuerpo como tal, sino indeterminadamente contra los individuos que pertenezcan o formen parte de los mismos en un momento dado.

Finalmente, no puede desconocerse que la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo (STC 159/1986, de 16 de diciembre), las cuales han de ser interpretadas de acuerdo con lo dispuesto por los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución), entre ellos el art. 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, según el cual el ejercicio de las libertades de expresión *lato sensu* puede ser sometido a restricciones legales que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, como son, en concreto, la seguridad nacional, la integración territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

(Sentencia núm. 51/1989, de 22 de febrero. RA 890/86. «BOE», de 14 de marzo de 1989.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva

Como reiteradamente ha señalado este Tribunal, el derecho fundamental que reconoce el art. 24.1 CE garantiza, ciertamente, la obtención de una resolución motivada del órgano jurisdiccional competente, pero no el acierto en la aplicación de la legalidad ordinaria, cuyo control y corrección de eventuales errores corresponde al propio sistema de recursos judiciales, pero no a la vía de amparo constitucional (ATC 1.006/1986, de 26 de noviembre, y STC 119/1987).

(Sentencia núm. 256/88, de 21 de diciembre. RA 1398/86. «BOE», de 23 de enero de 1989.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

V. Sentencia núm. 22/1989, de 1 de febrero, sobre *Recurso de nulidad contra sentencia firme*.—Arts. 238 y 240 LOPJ.

V. Sentencia núm. 33/1989, de 13 de febrero, sobre *Querrela: inadmisión*.—Arts. 312 y 313 LECr.

Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, forma parte del derecho a la tutela efectiva el acceso a los medios de impugnación que las leyes procesales establecen, pero sólo se infringe el indicado derecho cuando el órgano judicial niega o impide la posibilidad real de revisión por razones no fundadas en Derecho, no explicadas o debidas a un error patente; es decir, cuando pese a la procedencia legal del recurso, éste se hace imposible sin justificación razonable. Por el contrario, satisface las garantías constitucionales una resolución de inadmisibi-

lidad que haga aplicación de una causa legalmente prevista, como es, desde luego, la extemporaneidad e inobservancia del plazo para la interposición, requisito esencial de procedibilidad inherente a la propia seguridad jurídica (SSTC 43/1985, 81/1986, 87/1986 y 59/1988).

(Sentencia núm. 36/1989, de 14 de febrero. RA 718/88. «BOE», de 2 de marzo de 1989.—Ponente: Luis López Guerra.)

V: Sentencia núm. 66/1989, de 17 de abril, sobre *Auto de procesamiento*.—Art. 384 LECr.

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a los recursos

Es doctrina constitucional reiterada que el acceso a los recursos ordinarios y extraordinarios legalmente establecidos forma parte del mencionado derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 46/1984, de 28 de marzo; 110/1985, de 8 de octubre; 139/1985, de 18 de octubre, y 81/1986, de 20 de junio, entre otras), y, concretamente, ha destacado este Tribunal la relevancia que en nuestro ordenamiento procesal penal tiene la casación como medio que permite al justiciable someter el fallo en que fue condenado al «Tribunal superior» a que se refiere el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme al cual, según establece el art. 10.2 de la Constitución, han de interpretarse las normas relativas a los derechos fundamentales reconocidos en ella. En consecuencia, si bien corresponde al Tribunal Supremo decidir sobre el cumplimiento o no de las exigencias materiales y formales establecidas para la admisión de dicho recurso, satisfaciendo el indicado derecho a la tutela judicial efectiva no sólo con una resolución de fondo, sino también cuando adopta la decisión de inadmisión en aplicación razonada de las causas previstas por la Ley, éstas han de interpretarse en el sentido más favorable la plena sustanciación y decisión del recurso, pudiendo revisarse en sede constitucional la aplicación efectuada para evitar en su caso la imposición de obstáculos y formalismos enervantes contrarios al indicado derecho fundamental (SSTC 60/1985, de 6 de mayo; 110/1985, de 8 de octubre; 139/1985, de 18 de octubre; 140/1985, de 21 de octubre, y 102/1986, de 16 de julio).

(Sentencia núm. 20/1989, de 31 de enero. RA 38/87. «BOE», de 28 de febrero de 1989.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de la sentencia

Estos requisitos han sido constitucionalizados en el art. 120.3 de la CE, que aquí ha elevado de rango a la legalidad ya vigente antes (arts. 372, 339 LEC), que exige que los fallos vayan precedidos de fundamentos de —motivación— para que, formando una unidad lógica con los antecedentes, de un resultado o respuesta judicial ajustada y proporcionada —congruente—, es decir, relacionada con las peticiones de las partes *causa petendi* —y resolviendo todos los puntos sometidos a la decisión judicial. Se aleja así la Sentencia judicial del acto de pura decisión para mostrar, tanto el propio convencimiento del *judex*, como la

explanación de las razones dirigidas a las partes, para la satisfacción de su interés, así como para el supuesto de un posible recurso de éstas y de un eventual control por otro Tribunal, posibilidades que se verían enormemente enervadas si las razones no fueran mínimamente explícitas. Sólo si la Sentencia esta motivada —dice la STC 55/1987, de 13 de mayo— es posible a los Tribunales que entiendan de un recurso controlar la correcta aplicación del Derecho y al Tribunal Constitucional, en el de amparo, por la vía del art. 24.1 CE, revisar si el Tribunal de la causa ejerció la potestad jurisdiccional en la forma establecida en el art. 117.1 de la Constitución.

Cierto es que, según este Tribunal ha dicho, no es exigible una agotadora explicación de argumentos y razones y que, según el caso, es incluso admisible una fundamentación escueta, pero siempre que de ésta aparezca que la decisión judicial responda a una concreta interpretación y aplicación del Derecho a toda arbitrariedad.

(Sentencia núm. 246/88, de 22 de diciembre. RA 1145/87. «BOE», DE 23 de enero de 1989.—Ponente: Carlos de la Vega Venayas.)

V. Sentencia de 14 de febrero de 1898 sobre *Diligencias previas*.—Art. 789, regla primera, LECr.

Indefensión

El derecho a la defensa reconocido en el art. 24.1 de la Constitución implica la posibilidad de un juicio contradictorio en que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos (STC 101/1986, de 15 de julio). De ahí la especial trascendencia de los actos de comunicación del órgano judicial con las partes, en especial de aquél que se hace a quien ha de ser o puede ser parte en el procedimiento, pues en tal caso el acto de comunicación es el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados (STC 36/1987, de 25 de marzo); se trata, pues, con dichos actos de comunicación de garantizar la defensa de los derechos e intereses legítimos de las partes, de modo que, mediante la puesta en su conocimiento del acto o resolución que los provoca, tengan aquéllas la oportunidad de disponer lo conveniente para defender en el proceso sus derechos e intereses, de tal manera que su falta o deficiente realización, siempre que se frustre la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión que es lesiva al derecho fundamental citado, salvo que la falta de comunicación tenga su causa en la pasividad o resolución por otros medios distintos (SSTC 9/1981, de 31 de marzo; 1/1983, de 13 de enero; 22/1987, de 20 de febrero; 72/1988, de 20 abril, y 205/1988, de 7 de noviembre).

Por ello el emplazamiento y citación han de ser realizados por el órgano judicial con todo el cuidado y respeto de las normas procesales que regulan dichos actos de comunicación, como deber específico integrado en el de la tutela judicial (STC 157/1987, de 15 de octubre), dado que el emplazamiento y, en su caso, la citación no son un formalismo, sino una garantía para el afectado en el procedimiento y una carga que corresponde llevar a cabo al órgano judicial, que forma

parte del contenido esencial del derecho consagrado en el art. 24 de la Constitución (STC 37/1984, de 14 de marzo).

En congruencia con la anterior doctrina, la citación edictal, aun siendo válida constitucionalmente, requiere, por su cualidad de último remedio de comunicación, no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades de más garantía y la constancia formal de haberse intentado practicarlas, sino también que el cuerdo o resolución judicial de tener a la parte como persona en ignorado paradero o de domicilio desconocido, presupuesto de la citación por edictos, se halle fundada en criterio de razonabilidad que lleve a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de comunicación (SSTC 39/1987, de 3 de abril; 157/1987, de 15 de octubre, 155/1988, de 22 de julio, y 234/1988, de 2 de diciembre).

(Sentencia núm. 16/169, de 30 de enero. RA 706/87. «BOE», de 28 de febrero de 1989.—Ponente: Antonio Truyo Serra.)

Como reiteradamente ha expresado este Tribunal (STC 102/1987, entre otras), la indefensión que se proscribe en el art. 24.1 de la Constitución no nace de la sola y simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, pues el quebrantamiento de esta legalidad no provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución sustancial de los derechos que corresponden a las partes en razón de su posición propia en el procedimiento ni, en consecuencia, la indefensión que la Constitución proscribe. La indefensión surge, justamente, de la privación del derecho a alegar y a demostrar en el proceso los propios derechos y tiene su manifestación más trascendente cuando el órgano judicial impide a una parte el ejercicio de este derecho a la defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que les sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias. Por decirlo con palabras de la STC 48/1984, «la indefensión se caracteriza (en el contexto del art. 24 CE) por suponer una privación o una limitación del derecho de defensa que, si se produce en virtud de concreto actos de los órganos judiciales, entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto». Cabe añadir que la tutela judicial constitucionalmente garantizada (y la consecuente prohibición de indefensión) alcanza a todo tipo de procedimientos, incluido, por tanto, el ámbito penal en cualquiera de sus modalidades, pero admite matizaciones en relación con la acción civil derivada del delito o falta, frente a terceras personas que responden en forma subsidiaria, «pues tiene en su desarrollo menor alcance que el de la acción criminal, por estar limitada al peculiar objeto indemnizatorio o de resarcimiento» (STC 18/1985).

Una manifestación singular y precisa de la indefensión constitucionalmente relevante es la constituida por la falta de citación o emplazamiento de aquellos que puedan resultar afectados por las decisiones o pronunciamientos del órgano judicial, 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. Es preciso añadir que la posibilidad de indefensión surge a lo largo del iter procesal pudiendo, por consiguiente, apreciarse en cada instancia, pero ello no implica necesariamente que cualquier vicio procedimental

que afecta a las posibilidades de defensa haya de calificarse, sin más, como atentatorio en términos reales y afectivos al indicado derecho fundamental ya que, en ocasiones, en el seno del mismo proceso y en una fase posterior aparecen —y deben aprovecharse— posibilidades de reparar la indefensión inicial facilitando así el que los órganos judiciales corrijan de oficio o a instancia de parte el error o la omisión padecidas. En tales supuestos, la segunda instancia puede suponer un desarrollo complementario en cuyo ámbito puede manifestarse y tomar cuerpo lo que el art. 53.2 de la Constitución proclama al conferir a los Jueces y Tribunales ordinarios la tutela de los derechos fundamentales, lo que tiene un adecuado reflejo en el art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(Sentencia núm. 31/89, de 13 de febrero. RA 82/86. «BOE», de 2 de marzo de 1989.—Ponente: Luis López Guerra.)

Este Tribunal ha venido afirmando que la indefensión de alcance constitucional es algo diverso de la indefensión meramente procesal y debe alcanzar una significación material produciendo una lesión efectiva (SSTC 118/1983, de 13 de diciembre, y 102/1987, de 17 de junio); que además, la indefensión, no ha de hallar su motivo en la propia postura de quien alega haberla sufrido (SSTC 68/1986, de 27 de mayo; 54/1987, de 13 de mayo; 102/1987, de 17 de junio; 188/1987, de 27 de noviembre, y 34/1988, de 1 de marzo), y que, finalmente, en el supuesto de que se tuviese plena certeza de que el afectado tuvo un conocimiento oportuno del proceso, y con una exigible diligencia pudo comparecer y ser oído en él, ha de entenderse que la situación de indefensión creada tuvo como concausa determinante la propia conducta procesal del interesado (SSTC 198/1987, de 14 de diciembre, y 34/1988, de 1 de marzo).

(Sentencia 43/1989, de 20 de febrero. RA 772/87. «BOE», de 2 de marzo de 1989.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.)

ARTÍCULO 24.2

Derecho a ser informado de la acusación y principio acusatorio

El derecho a ser informado de la acusación viene reconocido en el art. 24.2 de la Constitución y garantiza que nadie será condenado en proceso penal con base en un acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión —STC 54/1985, de 18 de abril—, mientras que la prohibición de la reforma peyorativa es una garantía de la no indefensión, incluida en el derecho protegido por el art. 24.1 de la Constitución, cuyo objetivo es impedir que la situación jurídica establecida en una Sentencia sea modificada en perjuicio del que recurre contra ella, a no ser que exista pretensión de signo contrario dirigida a obtener ese resultado peyorativo para el recurrente o este resultado venga legitimado en la aplicación de normas de orden público —SSTC 54/1985, ya citada; 84/1985, de 8 de julio; 202/1988, de 21 de octubre, y 225/1988, de 29 de noviembre.

Se trata, por tanto, de dos garantías constitucionales de la no indefensión que tienen contenido y finalidad distintas, las cuales no es dable confundir en una invocación conjunta relacionada con supuestos en los que, como el presente, sus elementos de hecho no consiente su concurrencia.

En el caso aquí contemplado no es posible encontrar un punto de conexión con el derecho a ser informado de la acusación que permita sostener su posible vulneración, pues no nos encontramos ante una condena impuesta a un acusado que no ha tenido conocimiento de ella, sino en presencia de la condena de un apelante único de una Sentencia absolutoria, que alega no haberse dirigido contra él pretensión acusatoria alguna en la apelación por él interpuesta, es decir, se trata de un supuesto de ausencia de acusación en el que es lógicamente inconcebible hablar de quebrantamiento de la obligación constitucional de informar de la acusación a aquellos contra los que se formula, pues no hay acusación que informar, ni acusado que deba ser informado y, por tanto, faltan los presupuestos objetivo y subjetivo que condicionan, de manera necesaria, el nacimiento y posibilidad de realización de dicha obligación constitucional.

(Sentencia núm. 17/1989, de 30 de enero. RA 809/87. «BOE», de 28 de febrero de 1989.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Derecho a ser informado de la acusación

V. Sentencia núm. 30/1989, de 7 de febrero, sobre *Juicio de faltas: Audiencia de acusado sordomudo*.—Arts. 968 LECr. y 7 del Decreto de 21 diciembre de 1952.

Principio acusatorio

Si el Tribunal Supremo hubiera impuesto la pena prevista en dicho precepto, que es la pena superior en grado a la de prisión menor, podía imponerla en la extensión prevista para dicho grado (de seis años y un día a ocho años) y dentro de ese límite legal no estaba obligado a atenerse a la concreta petición fiscal.

(Sentencia núm. 256/88, de 21 de diciembre. RA 1398/86. «BOE», de 23 de enero de 1989.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

Tal como ha dicho este Tribunal en anteriores Sentencias (por todas ellas, STC 53/1987, de 7 de mayo, fundamentos jurídicos 1.º y 2.º), el principio acusatorio «forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 de la Constitución y que es aplicable también en la fase de apelación de la Sentencia» (STC cit. fundamento jurídico 1.º). Requiere en esencia dicho principio que en el proceso penal existía un acusación formal contra una persona determinada, pues no puede haber condena sin acusación. Su infracción significa, de forma ineluctable, una doble vulneración constitucional, la del derecho a conocer la acusación (art. 24.2 CE), pues ésta sería inexistente, y la del derecho a no sufrir indefensión (art. 24.1 CE).

La aplicación del principio acusatorio supone, además, «una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas —acusador y acusado— resuelta por un órgano que se coloca por encima de ambas con una neta distinción de tres

funciones procesales fundamentales, la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador, y la decisión por un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio» (*ibídem*, fundamento jurídico 2.º).

(Sentencia núm. 18/1989, de 30 de enero. RA 921/87. «BOE», de 28 de febrero de 1989.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

V. Sentencia núm. 240/88, de 19 de diciembre, y núm. 53/89, de 22 de diciembre, sobre *Juicio de faltas*.—Arts. 977 LECr. y 13 y 15 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

El art. 24.2 de nuestra norma fundamental, en términos similares al art. 14.3, c) del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, del 19 de diciembre de 1966, constitucionaliza el derecho a un «proceso sin dilaciones indebidas», extensible a todos los órdenes jurisdiccionales, que no se identifica con el mero incumplimiento de los plazos procesales, sino que, como hemos señalado reiteradamente (SSTC 36/1984, de 14 de marzo; 5/1985, de 23 de enero, y 223/1988, de 24 de noviembre), comporta la utilización de un concepto jurídico indeterminado que necesita ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico. Y a tales efectos, conforme al art. 10.2 CE, este Tribunal ha dado singular valor interpretativo a los elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al art. 6.º, 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que de modo equivalente reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable».

De acuerdo con dicha jurisprudencia consolidada (entre otros, Asunzo Zimmermann y Steiner, Sentencia de 13 de julio de 1983; Lechner y Hess, Sentencia de 23 de abril de 1987; Erkner y Hofauer, Sentencia de 23 de abril de 1987; Bagetta, Sentencia de 25 de junio de 1987, y Capuano, Sentencia de 25 de junio de 1987), la razonabilidad de la duración del proceso ha de ponderarse atendiendo a la naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente a su complejidad y márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, conducta del demandante, actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consecuencias que de la demora se siguen para los litigantes.

Sin embargo, el citado motivo del retraso procesal no excluye la vulneración del derecho fundamental invocado. Conforme a la doctrina contenida en las SSTC 36/1984, de 14 de mayo, y la antes señalada del Pleno 223/1988, de 24 de noviembre, en coherencia con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, excluir del derecho al proceso sin dilaciones indebidas las provenientes de defectos de estructura de la organización judicial equivaldría a desconocer el contenido esencial de dicho derecho, garantizado en el art. 24.2 CE, pues no debe olvidarse de una parte, la preeminencia que un Estado democrático de Derecho (art. 1.1 CE), tiene la adecuada administración de justicia, y, de otra, la naturaleza prestacional del propio derecho fundamental. De modo que el deber judicial constitucional-

mente impuesto de garantizar la libertad, justicia y seguridad con la rapidez que permite la duración normal de los procesos lleva implícita la dotación a los órganos judiciales de los necesarios medios personales y materiales.

En cuanto a la segunda cuestión enunciada, relativa al alcance del pronunciamiento de este Tribunal preciso para restablecer la lesión del derecho fundamental apreciada, resulta obvio que no cabe, como interesa la recurrente, disponer el fin de la dilación, ya que esta situación ha desaparecido en virtud de la Sentencia estimatoria de la demanda civil, dictada el 2 de marzo de 1988, que puso término al procedimiento de separación.

Queda, no obstante, por examinar si, además del reconocimiento y declaración del derecho, es posible la decisión indemnizatoria que forma parte de la pretensión formulada en el presente recurso.

A tal efecto debe tenerse en cuenta, que según se desprende de las SSTC 36/1984, de 14 de marzo, y 5/1985, de 23 de enero, cuando el restablecimiento *in natura* no es posible ha de acudirse a fórmulas sustitutorias reparadoras y, entre ellas, a la de la indemnización, como ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la base del art. 50 del Convenio Europeo. Sin embargo, el derecho a ser indemnizado por la dilación, contenida en el propio mandato del art. 121 CE y ejercitable conforme a los arts. 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la medida en que es su supuesto típico de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, no es en sí mismo directamente invocable y menos cuantificable en la vía de amparo constitucional, al no ser competente para ello este Tribunal, según se deduce del art. 58 de la LOTC, y no ser incluíble tal decisión en los pronunciamientos del art. 55 de dicha Ley Orgánica (STC 37/1982, de 16 de junio, y Auto 29/1983, de 19 de enero, entre otros).

En consecuencia, la decisión del recurso ha de limitarse a constatar la vulneración del derecho reconocido en el art. 24.2 CE y a declarar la conexión entre tal lesión y la previsión del art. 121 CE, sin perjuicio de que la actora pueda acudir a la vía procedente para obtener el resarcimiento a que pudiera tener derecho.

(Sentencia núm. 50/1989, de 21 de febrero. RA 831/1987. «BOE», de 14 de marzo de 1989.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

V. Sentencia núm. 255/88, de 21 de diciembre, sobre *Prescripción del delito*.—Art. 114 CP.

Derecho a un proceso con todas las garantías

V. Sentencia núm. 66/1989, de 17 de abril, sobre *Fase intermedia*.—Art. 627 LECr.

V. Sentencia núm. 11/1989, de 29 de enero, sobre *Juez Instructor: Recusación y abstención*.—Art. 2, párrafo 2, de la LO 10/1980, de 11 de noviembre.

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa

V. Sentencia núm. 33/1989, de 13 de febrero, sobre *Querrela*. Arts. 312 y 313 LECr.

ARTÍCULO 24.2

Presunción de inocencia

Como reiteradamente ha puesto de manifiesto este Tribunal, el derecho a la presunción de inocencia lesionado en materia penal cuando el acusado haya sido condenado sin una actividad probatoria de cargo o cuando el Tribunal de la causa se haya valido de pruebas no idóneas o ilegítimas para desvirtuar dicha presunción. Los recurrentes, por su parte, entienden que el derecho en cuestión puede vulnerarse también mediante una interpretación analógica de la Ley Penal. Pero tal punto de vista no puede aceptarse a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal, según la cual los problemas relativos a la subsunción de los hechos bajo un determinado supuesto legal resultan ajenos al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

(Sentencia núm. 254/88, de 21 de diciembre RA 322/85. «BOE», de 23 de enero de 1989.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

V. Sentencia núm. 66/1989, de 17 de abril, sobre *Auto de procesamiento*.— Art. 384 LECr.

Derecho a la presunción de inocencia. Prueba indiciaria. Tráfico de drogas

La presunción de inocencia, ha reiterado la jurisprudencia constitucional, garantiza que, si bien el órgano judicial dicta Sentencia apreciando en conciencia las pruebas practicadas en el juicio, un fallo condenatorio sólo resulta admisible cuando tiene por base una actividad probatoria, producida con las garantías procesales, que pueda estimarse de cargo (SSTC 31/1981 y 169/1986, entre otras muchas).

También ha admitido la doctrina de este Tribunal la validez de la prueba indiciaria de la que no puede prescindirse en el ámbito penal, si bien ha señalado diferencias apreciables en relación con la prueba directa. En ésta la demostración del hecho enjuiciado deriva de modo inmediato del medio de prueba utilizado, correspondiendo a la vía de amparo únicamente la comprobación de la existencia de dicho medio y la verificación de que en alguna forma pueda entenderse incriminador para quien resulta condenado, perteneciendo el resto al ámbito de la valoración de la exclusiva competencia de la jurisdicción penal (art. 17.3 CE). En la prueba indiciaria, en cambio, caracterizada por un mayor subjetivismo en cuanto el Juez ha de realizar el engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia, puede residenciarse ante este Tribunal la concurrencia de los requisitos que diferencian a dicha prueba de las meras sospechas y conjeturas; esto es, la presencia de unos indicios suficientemente probados y la condición de racionalidad y coherencia en el proceso mental que ha de exteriorizarse en la resolución judicial y que lleva a entender probados los hechos constitutivos del delito (SSTC 174/1985, y 175/1985, y ATC de 4 de julio de 1988; RA 819/1988) y debe considerarse que la arbitrariedad o incoherencia en dicho nexo constituye un límite negativo a la admisibilidad de la presunción como auténtica prueba (SSTC 169/1986 y 150/1987).

Este mismo Tribunal ha reconocido expresamente el valor indiciario de la apre-

hensión de droga o de sustancia de tráfico ilícito (AATC de 15 de julio de 1987, RA 518/1987; de 9 de diciembre de 1987, RA 153/1987, y 20 de junio de 1988, RA 234/1988). Es cierto que en su Sentencia la Audiencia omite injustificadamente la fundamentación lógica por la que llega a la conclusión de atribuir al recurrente en amparo participación en los hechos enjuiciados, pero nada impide que pueda entenderse subsanada dicha falta por el Tribunal Supremo: Primero, como se dijo en el Auto de 8 de abril de 1988, RA 28/1988, porque ello es coherente con el cauce utilizado de la casación por infracción de ley que, a diferencia de aquella que se sustenta en infracciones procesales, no obliga a retrotraer las actuaciones al momento en que se cometió el vicio, y, además, porque así lo impone la misma lógica interna del principio de subsidiariedad que rige el amparo constitucional (art. 44.1 c) LOTCr.

(Sentencia núm. 256/88, de 21 de diciembre. RA 1398/86. «BOE», de 23 de enero de 1989.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

Presunción de inocencia. Prueba de alcoholemia

Conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la presunción de inocencia exige para poder ser desvirtuada una actividad probatoria de cargo producida con las debidas garantías procesales y de la que pueda deducirse razonada y razonablemente la culpabilidad del acusado. Tal actividad probatoria ha de realizarse normalmente en el acto de juicio oral en cumplimiento de los principios de oralidad, inmediación y contradicción que rigen el proceso penal y que se vinculan directamente con los del interesado a su defensa y a un proceso público con todas las garantías, reconocidas en el art. 24.2 de la Constitución, sin que los órganos judiciales competentes estén autorizados, en principio, a formar su convicción respecto de la prueba sobre la base de los atestados policiales relizados con anterioridad a la fase sumarial, por tener éstos solamente el valor de una denuncia. Y en concreto, por lo que respecta al valor probativo de los datos contenidos en el atestado relativos a la prueba de alcoholemia realizada y sobre la utilización de dichos resultados como prueba, en las causas seguidas por delitos contra la seguridad del tráfico, como la que ahora nos ocupa, este Tribunal ha afirmado en constante y uniforme doctrina (SSTC 100/1985, de 3 de octubre; 103/1985, de 4 de octubre; 145/1985, de 28 de octubre; 148/1985, de 30 de octubre; 145/1987, de 23 de septiembre, y 22/1988, de 18 de febrero, entre otras) que la consideración del «test» alcoholométrico como prueba está supeditada, de un lado, a que se haya practicado con las garantías formales establecidas al objeto de preservar el derecho de defensa, especialmente, el conocimiento del interesado a través de la oportuna información de su derecho a un segundo examen alcoholométrico y a la práctica médica de un análisis de sangre. De otro, que se incorpore al proceso de forma que resulten respetados, en la medida de lo posible, los principios de inmediación judicial, oralidad y contradicción, no siendo suficiente al respecto la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en que consta el resultado de la prueba de impregnación alcohólica, pues es preciso en tales casos que la prueba alcoholométrica sea ratificada en el acto del juicio oral por los agentes que la practicaron a fin de ser sometida a contradicción, o que en dicho acto se practiquen otras pruebas tendentes a

acreditar la influencia de la bebida ingerida en la conducción del vehículo, toda vez que el elemento determinante del delito tipificado en el art. 340 bis a) del Código Penal, no consiste sólo en el dato objetivo de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino también en la influencia que dicha impregnación tenga en la conducción del vehículo.

(Sentencia núm. 5/1989, de 19 de enero. RA 546/87. «BOE» de 20 de febrero de 1989.—Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).

Presunción de inocencia. Principio «in dubio pro reo»

La presunción de inocencia supone, que como se parte de la inocencia, quien afirma la culpabilidad ha de demostrarla y es a la acusación a quien corresponde suministrar la prueba de la culpa del ciudadano presumido inocente; no demostrándose la culpa, procede la absolución aunque tampoco se haya demostrado claramente la inocencia, pues es el acusador quien tiene que probar los hechos y la culpabilidad del acusado y no es éste quien tiene que probar su inocencia (STC 64/1986, de 21 de mayo).

Constitucionalmente se presume y se afirma la inocencia del acusado; para llegar a la condena es necesario que, mediante una adecuada actividad probatoria de cargo realizada con todas las garantías —practicada en el juicio para hacer posible la contradicción (SSTC 31/1981, de 28 de julio; 101/1985, de 4 de octubre; 145/1985, de 28 de octubre, y 148/1985, de 30 de octubre), y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales (Sentencia 107/85, de 7 de octubre)—, quede desvirtuada esa inocencia y que el órgano judicial pueda obtener de esas pruebas la convicción jurídica de la existencia de los elementos fácticos que constituyen el delito. Si no han quedado probados esos elementos fácticos, el Tribunal no puede entender sustituida la inicial inocencia por la culpabilidad y debe absolver al enjuiciado. La presunción de inocencia, como verdad interinamente afirmada y mantenida, exige que se demuestre lo contrario, la culpabilidad (STC 124/1983, de 21 de diciembre), o sea, que la desplace una prueba adecuada exigible en todo caso para que el Tribunal pueda condenar.

Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico *favor rei*, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial *in dubio pro reo* que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurrente aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate. Desde la perspectiva constitucional la diferenciación entre la presunción de inocencia y la regla *in dubio pro reo* resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 de la Constitución como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegible en la vía de amparo, lo que no ocurre propiamente con la regla *in dubio pro reo*, condición o exigencia

«subjetiva» del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso.

Es cierto que la distinción entre medio probatorio y resultado probatorio no puede ser tan radical en cuanto que la presunción de inocencia es también una «regla de juicio» a favor de ella que obliga a decidir a favor de la presunción de inocencia cuando no existan pruebas de las que puedan deducirse la culpabilidad, esto es, pruebas de carácter inculpatorio.

El que ahora el principio *pro reo* pueda tener un más sólido fundamento constitucional no permite que pueda confundirse el principio *in dubio pro reo* con el derecho constitucional a la presunción de una inocencia, ni tampoco convertir el proceso de amparo en una nueva instancia en que pueda discutirse el resultado valorativo de una actividad probatoria de cargo realizada en el juicio oral y con todas las garantías. Aunque sí corresponde a este Tribunal, y para la protección del derecho constitucional a la presunción de inocencia, comprobar si se ha realizado, y con las debidas garantías, una actividad probatoria «inculpatoria», es decir, si ha habido pruebas de las que se pueda razonablemente deducir la culpabilidad del acusado, o más exactamente, si las inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo por el órgano judicial no han sido arbitrarias, irracionales o absurdas (STC 140/1985, de 21 de octubre, y 175/1985, de 17 de diciembre), de forma que «los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada acrediten la culpabilidad del acusado» (STC 174/1985, de 17 de diciembre).

(Sentencia núm. 44/1989, de 20 de febrero. RA 931/87. «BOE», de 2 de marzo de 1989.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.)

ARTÍCULO 25.1

Principio de legalidad

Según la jurisprudencia de este Tribunal los problemas relativos a las subsunción de los hechos bajo un determinado supuesto legal resultan ajenos al derecho fundamental de la presunción de inocencia.

Es doctrina reiterada que no corresponde a este Tribunal examinar la subsunción de los hechos bajo un determinado supuesto legal a no ser que en el ejercicio de dicha función pueda el órgano judicial competente haber producido la vulneración de algún derecho reconocido a la norma fundamental.

(Sentencia núm. 254/88, de 21 de diciembre, RA 322/85. «BOE», de 23 de enero de 1989.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

Principio de personalidad de la pena

V. Sentencia núm. 254/88, de 21 de diciembre, sobre *Coacciones*.—Art. 496 CP.

ARTÍCULO 28

Derecho de huelga

V. Sentencia núm. 254/88, de 21 de diciembre, sobre *Coacciones*.—Art. 496 CP.

ARTÍCULO 57

Fuero de los miembros del Gobierno

V. Sentencia núm. 33/1989, de 13 de febrero, sobre *Querrela*.—Art. 313.2 LECr.

ARTÍCULO 102.1

Responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno

V. Sentencia núm. 33/1989, de 13 de febrero, sobre *Querrela*.—Art. 313.2 LECr.

ARTÍCULO 120.3

Motivación de las resoluciones

V. Sentencia núm. 238/88, de 11 de diciembre, sobre *querrela*.—Art. 313 LECr.

II. LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44 a) y b)

Recurso de amparo. Agotamiento de los recursos. Aclaración

El recurso de amparo constitucional protege a los ciudadanos frente a las violaciones de derechos fundamentales, de las cuales no cabe excluir aquellas que tengan su origen en un error cometido y no subsanado por el poder público que las ha ocasionado, y en el caso contemplado, lo cierto es que, con error o sin él, la condena real y efectiva que impone la Sentencia recurrida al demandante constituye presupuesto objetivo idóneo para que éste ejercite contra ella, de conformidad con el art. 44 de la LOTC, pretensión de amparo en defensa de los *derechos constitucionales que dicha condena pueda haberle vulnerado, sin que de otro lado le sea exigible al demandante la interposición de un recurso de aclaración, que se manifiesta claramente inadecuado, dadas las circunstancias del caso, para resolver todas las pretensiones que ahora se formulan en este recurso de amparo.*

En consecuencia, debe este Tribunal atenerse a la realidad de una Sentencia condenatoria y proceder a examinar si ha vulnerado los derechos fundamentales del que ha sido condenado por ella, absteniéndose, por no ser función suya, de velar por la lógica interna de la Sentencia para subsanar los posibles errores que en la misma se hayan cometido y que no fueron remediados por el órgano judicial a quien correspondía hacerlo, ni por tanto, sustituir la persona condenada por la que pudiera considerarse que debió haberlo sido, pues ello supondría una invasión indebida de la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 de la Constitución atribuye en exclusiva a los Jueces y Tribunales.

(Sentencia núm. 17/1989, de 30 de enero. RA 809/87. «BOE», de 28 de febrero de 1989.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

III. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 118

Derecho de defensa

El art. 118 de la LECr. establece que toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento; y el art. 302 del mismo texto legal prevé que las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. Se establece así un principio de intervención procesal que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, resulta del derecho de defensa del imputado en todas las fases del procedimiento, según recogió la STC 44/1985, que citan los recurrentes y el Ministerio Fiscal. Pero ha de recordarse también como hace este último, que en la fase de investigación (es decir, antes y fuera de la fase de vista oral) el Tribunal ha precisado en la citada Sentencia que ese derecho «podrá restringirse en los supuestos especiales y extraordinarios que exija la investigación según las leyes procesales»; y en relación con esos supuestos, el mismo art 302 de la LECr., prevé que el Juez de instrucción podrá, mediante Auto, declarar el procedimiento «total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes, debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario».

(Sentencia núm. 66/1989, de 17 de abril. RA 921/85, 55/88 (acumulados). «BOE», de 19 de mayo de 1989.—Ponente: Luis López Guerra).

Derecho a la defensa: imputado

La actora no estaba aún procesada al tiempo de prestar la declaración que controvierte, siendo así que algunos de los derechos que hoy invoca (en especial, el derecho a ser informado de la acusación) no surgen, en toda su plenitud, mientras no haya auto de procesamiento que formule una inculpación precisa (ATC

de 15 de febrero de 1988, en asunto 1.243/1987). Ciertamente, junto a ello, que el imputado aún no procesado es también titular del derecho constitucional a la defensa, según reconoce hoy el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr., en adelante) y de conformidad con lo que dijimos en la STC 44/1985 (fundamento jurídico 3.º), de tal forma que se ha de sostener la procedencia de instruir de tal derecho, antes de su declaración, a cuantas personas hayan podido tener alguna participación en los hechos objeto del proceso (ATC 215/1987, *fundamento jurídico* 1.º) y siempre y cuando resulte efectivamente de las actuaciones procesales que determinada persona, pese a no haber sido procesada es considerada ya por el Instructor como imputada o, cuando menos, «sospechosa» de haber delinquirido en la práctica declaración que consideramos quedaron incumplidas las garantías procesales de la imputada, que no fue advertida de sus derechos ni, en particular, de la posibilidad de hacerse asistir de Letrado (arts. 24.2 de la Constitución y 118 de la LECr.). Esta infracción de un derecho constitucionalmente protegido aunque lleva a la estimación del amparo, no permite dar a la decisión estimatoria otro alcance que el puramente declarativo, no acompañado de medida anulatoria alguna. El desconocimiento en la declaración prestada por la actora de las garantías que como imputada le correspondían, no le ha deparado, en efecto, consecuencia negativa alguna, ni en particular ninguna condena y como es evidente, la irregularidad consistente en haberse tomado declaración sin los requisitos y prevenciones precisos sólo puede dar lugar a la anulación de las correspondientes actuaciones cuando de ella se sigue una resolución condenatoria o una mayor gravedad de la condena recaída, pues sólo entonces podría este Tribunal considerar viciada la Sentencia de condena que se fundamentó en el contenido de una declaración prestada sin las garantías que la Constitución requiere, procediendo a la anulación de resolución judicial que así, en tal hipótesis, se basó en unas manifestaciones del imputado que, ilegítimamente obtenidas, de ninguna cierta manera podrían hacerse valer en su contra. No ha sido así, ciertamente, en este caso, en el que no consta que de la irregularidad advertida se hayan seguido resoluciones negativas para doña X. Y. Z. que merecieran ahora ser anuladas.

(Sentencia núm. 37/1989, de 15 de febrero. RA 235/87. «BOE», de 2 de marzo de 1989.—Ponente: Rubio Llorente.)

ARTÍCULO 161

Recurso de aclaración

V. Sentencia núm. 17/1989, de 30 de enero, sobre *Recurso de amparo. Agotamiento de los recursos.*—Art. 44 a) y b) LOTC.

ARTÍCULO 178

Citación por edictos

V. Sentencia 16/1989, de 30 de enero, sobre *Interdicción de la indefensión.*—Art. 24.1 CE.

ARTÍCULOS 182 a 198

Sumario. Días hábiles. Plazos

Es cierto que este Tribunal ha sostenido —y debe continuar sosteniendo— que la interpretación de los preceptos legales ha de hacerse a la luz de las normas constitucionales y especialmente de aquellas que proclaman y consagran derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos y que, en caso de duda, la interpretación que debe prevalecer es la que dote de mayor viabilidad y vigor al derecho fundamental. Sin embargo, esta premisa no permite sacar la consecuencia de que exista una prorrogabilidad arbitraria de los plazos ni de que éstos puedan quedar al arbitrio de las partes, como en alguna ocasión este Tribunal ha dicho, según recuerda el Ministerio Fiscal. La interpretación más favorable a los derechos fundamentales presupone la existencia de alguna *res dubia* o de alguna variante en la interpretación de los preceptos legales. Y es esto cabalmente lo que hay que examinar si acontece o no en el presente caso.

Todas las partes comparecidas son concordes en que la cuestión se encuentra regulada hoy en día por los arts. 182 a 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, si bien divergen solamente en punto a si el aplicable es el 185, como pretende la parte solicitante del amparo o el aplicable es el 184, como sostiene la parte demandada y el Ministerio Fiscal.

La interpretación es clara y la falta de razón de la parte recurrente palmaria. El último inciso del art. 185, según el cual «si el último día del plazo fuera inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente», supone, según la propia redacción, que hay distinción entre días inhábiles y días hábiles, por lo que tal precepto es notoriamente inaplicable a los casos prevenidos en el art. 184 cuando todos los días y todas las horas del año son hábiles, pues en este caso no hay lugar para distinguir entre hábiles o inhábiles, y no puede plantearse la supuesta reducción al absurdo que la parte recurrente pretende, que haya tres días seguidos festivos, porque, de acuerdo con los términos del art. 184, todos ellos eran días hábiles. Por lo demás, tampoco es posible realizar ninguna interpretación especial del art. 184.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que pudiese favorecer la tesis del recurrente, pues cuando dicho artículo declara hábiles todos los días para la instrucción de las causas criminales sin necesidad de habilitación especial, es claro que se está refiriendo a todos los actos procesales que realicen tanto las partes como los órganos jurisdiccionales, dentro de lo que la ley llama instrucción de las causas, período en el cual se encuentra indudablemente englobada la instrucción del sumario y los recursos interpuestos dentro de ella contra las resoluciones judiciales.

Se trata, por lo demás, como ya el Ministerio Fiscal puso de relieve en su momento, de una interpretación consolidada y no interrumpida de la práctica jurídica que en nada atenta a la seguridad jurídica, ni puede sorprender las expectativas de los ciudadanos.

(Sentencia núm. 1/1989, de 18 de enero. RA 778/1987. «BOE», de 20 de febrero de 1989.—Ponente: Luis Díez-Picazo.)

ARTÍCULO 212

Recurso de apelación: Plazo para la interposición

V. Sentencia de 14 de febrero de 1989 sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva*.—Art. 24.1 CE.

ARTÍCULO 267

Sentencias: Rectificación

V. Sentencia núm. 17/1989, de 30 de enero, sobre *Recurso de amparo. Agotamiento de los recursos*.—Art. 44 a) y b) LOTC.

ARTÍCULO 302

Secreto del sumario

V. Sentencia núm. 66/1989, de 17 de abril, sobre *Derecho de defensa*.—Art. 118 LECr.

ARTÍCULOS 312 y 313

Querrela: inadmisión. Derecho a servirse de los medios de prueba

La primera consiste en la supuesta lesión del derecho a la tutela judicial por el hecho de que la pretensión del recurrente —el inicio de un proceso penal por medio de una querrela— fuera rechazada por el órgano judicial *in limine litis*. Tanto en la demanda como, después, en el escrito de alegaciones del Fiscal, se recuerda la doctrina de este Tribunal reiterada en múltiples Sentencias y Autos acerca de que el derecho a la tutela judicial se satisface también cuando se inadmite la acción interpuesta, siempre que la resolución del órgano judicial sea razonada y fundada en Derecho. Esta doctrina general es aplicable a casos como el presente en los que no se trata de una inadmisión por incumplimiento de algún presupuesto procesal, sino de una desestimación, por razones de fondo, bien que producida *in limine litis*, porque esta posibilidad está contemplada y permitida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo art. 313, expresamente citado en el Auto en cuestión, dispone que el Juez de instrucción (en este caso la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pero del problema derivado de su competencia nos ocuparemos después) «desestimará en la misma forma —esto es, por resolución motivada— la querrela cuando los hechos en que se funden no constituyan delito...». El Tribunal Supremo expone los hechos aducidos en la querrela, afirma que las conclusiones incriminadoras que sobre ellos montó el querellante carecen «del indispensable soporte para hacer subsumir los hechos denunciados en los arts. 400, 528 y 529 del Código Penal», y tras razonar su afirmación concluye

que, constituyendo el relato del querellante «una simple y pura suposición o conjetura sin el más mínimo apoyo», procede el archivo de la querella. Aún añade la Sala Segunda un nuevo fundamento para razonar que tal decisión debe tomarse ponderando tanto el interés del querellante como el del querellado, que legítimamente aspira a que sólo se produzca una determinada actividad procesal si existe un *mínimo fundamento en la querella*. Ahora bien, como el órgano judicial aprecia la carencia de todo fundamento en la querella y afirma, tras amplio análisis y razonamiento, que no constituyen delito los hechos expuestos en el escrito iniciador de aquellas actuaciones, este Tribunal, tras comprobar que el ordenamiento procesal penal permite esa resolución en ese momento y que el órgano judicial la adoptó con apoyo en una fundamentación jurídica razonable en términos de derecho, no puede analizar los hechos objeto de la querella, porque lo veda el art. 44.1, b) de la LOTC, ni revisar en los límites de la legalidad ordinaria aquella resolución porque esa es tarea que corresponde en exclusiva a los órganos del poder judicial (art. 117.3 de la Constitución), y sólo puede y debe concluir apreciando que la resolución ahora impugnada en nada vulneró el derecho del recurrente a la tutela judicial.

En cuanto a la supuesta lesión del derecho a la práctica de las pruebas pertinentes (art. 24.2 CE), hay que declarar que la licitud de la desestimación *in limine* conlleva la inexistencia de esta segunda vulneración denunciada.

En efecto, el derecho a servirse de los medios de prueba, respecto a los cuales, como recuerda el Ministerio Fiscal, este Tribunal ha declarado que no son ilimitados y que han de ser declarados judicialmente pertinentes (STC 40/1986, 149/1987, entre otras muchas), sólo puede plantearse en el seno de un procedimiento judicial ya abierto y en los momentos procesales oportunos. Rectamente entendiendo el derecho a proponer pruebas en el escrito de querella, no supone un derecho a la práctica de las mismas, pues no de otro modo hay que interpretar el art. 312 de la LECr., cuando en él se lee, que presentada la querella el órgano judicial, «después de admitirla si fuere procedente, mandará practicar las diligencias que en ella se propusieron». Ello significa que inadmitida la querella, o desestimada en esta fase preliminar del proceso por resolución motivada (arts. 312 y 313 LECr.), no puede hablarse del derecho a las pruebas, pues ni el Tribunal penal las necesita para apreciar que concurre el citado supuesto de desestimación *a limine* previsto por la ley (que los derechos en que se funde la querella no constituyen delito), ni una vez adaptada en forma esta resolución, cabría proponer o practicar pruebas. Sin ellas, sino con la única base del escrito en que se formula la querella puede apreciar el órgano judicial que los hechos relatados no son constitutivos de delito. Así ha actuado en el caso presente y por lo tanto no ha lesionado el derecho del recurrente a «utilizar medios de prueba pertinentes» (art. 24.2 CE).

(Sentencia núm. 33/1989, de 13 de febrero. RA 1591/87. «BOE», de 2 de marzo de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

Querella: Inadmisión

Cuando en casos análogos este Tribunal se ha pronunciado sobre inadmisión de querellas, ha dicho «que quien ejercita la acción en forma de querella no tiene, en el marco del art. 24.1 de la Constitución, un derecho incondicionado

a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a un pronunciamiento motivado del Juez en la fase inestructura sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación» (Autos de 24 de septiembre de 1986, RA 367/86; de 21 de enero de 1987, RA 817/86; de 1 de abril de 1987, RA 46/87; de 22 de abril de 1987, RA 841/86, y Sentencia 148/1987, de 28 de septiembre).

Asimismo, y por lo que se refiere a la motivación del Auto denegatorio —y de los que lo confirman— la doctrina del Tribunal añade (SSTC 56/1987, 100/1987, 148/1987 y 150/1988) que, para que se entienda cumplida la exigencia, basta que la motivación cumpla la finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo así explícita la interpretación y aplicación del Derecho que se efectúa y permitiendo el eventual control jurisdiccional de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico, todo ello independientemente de la parquedad o concentración del razonamiento (SSTC 13/1987 y 150/1988), si éste permite conocer el motivo decisorio, excluyente de arbitrariedad.

(Sentencia 238/88, de 11 de diciembre. RA 1505/87. «BOE», de 13 de enero de 1989.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

Querrela. Falta de apelación contra inadmisión. Aforados

El aforamiento de los miembros del Gobierno está expresamente recogido en la Constitución (art. 102.1) y ha sido desarrollado por el art. 57 de la LOPJ, sin que el actual demandante de amparo objete directamente nada contra la institución en sí misma considerada. En cuanto a la pérdida de la apelación del art. 313 LECr., que es a su juicio donde se produce la infracción contra sus derechos constitucionales reconocidos, este Tribunal ya ha hecho constar que esa consecuencia es inevitable en casos de aforamiento ante el Tribunal Supremo dada la naturaleza del órgano competente y que la especial protección y particularidades garantías que ello comporta compensan la falta del segundo grado jurisdiccional. Tales afirmaciones se contienen en sendas Sentencias de amparo en las que fueron demandantes personas aforadas y condenadas por el Tribunal Supremo (STC 51/1985 y STC 30/1986), quienes en virtud del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1986, si que tenían un derecho, que este Tribunal ha considerado integrado en el regulado por el art. 24.1 de nuestra Constitución, a que su causa fuera sometida a un Tribunal superior.

Ahora bien, el derecho reconocido por el art. 14.5 del Pacto de 1966 (y no contenido en el Convenio de Roma de 1950 al que se refiere el demandante siempre y sólo de forma genérica) se atribuye a «toda persona declarada culpable de un delito», sin que exista precepto alguno de rango constitucional o integrado en la Constitución a través del art. 10.2 que reconozca ese derecho a acudir ante un «Tribunal superior» a quienes lejos de ser declarados culpables, sean acusadores ranto en públicos como privados.

En consecuencia, si el aforamiento y la derivada supresión de la revisión de la Sentencia penal condenatoria se consideró una razonable y compensada limitación del derecho de los declarados culpables a una instancia superior, con mucho mayor motivo este Tribunal ha de considerar conforme con la Constitución la

inexistencia de la apelación del art. 313.2 LECr., cuando la desestimación *a limine* se produce por resolución de la Sala Segunda en caso de querrela contra persona aforada, puesto que el querellante no es titular del derecho del art. 14.5 del Pacto ni tiene por tanto un derecho fundamental a una segunda instancia como contenido de su derecho a la tutela judicial, por todo lo cual el Auto de la Sala del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1987 no lesionó los derechos del ahora demandante reconocidos por los arts. 14 y 24.1 de la Constitución.

(Sentencia núm. 33/1989, de 13 de febrero. RA 1591/87. «BOE», de 2 de marzo de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

ARTÍCULO 384

Auto de procesamiento

El Auto de procesamiento, desde la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872, aparece como una peculiar institución del ordenamiento procesal penal español, incardinada en el que ha venido siendo procedimiento ordinario para el enjuiciamiento de los delitos, cuya naturaleza ha sido caracterizada por la doctrina como resolución que coloca al afectado en una situación procesal específica, como objeto de una imputación formalizada, que ha podido definirse como verdadera acusación judicial. Ello supone, por una parte, colocar al procesado en una posición que resulta dañosa y perjudicial, en sus consecuencias sobre su crédito y prestigio social; pero al mismo tiempo representa una garantía para el formalmente inculcado, incluso, aunque en menor medida, después de la reforma del art. 118 de la LECr. producida por la Ley 53/1987, de 4 de diciembre, que extiende la capacidad de defensa al primer momento en que existe algún tipo de inculpación, ya que permite un cierto reconocimiento previo de la acusación en fase de instrucción, posibilita la primera declaración indagatoria (art. 386 LECr.), y hace surgir la obligación judicial de proveer de Abogado de oficio si el procesado estuviera desasistido de dirección letrada (art. 118.4.º LECr.), además, de conferir al procesado la condición de parte con las consecuencias a ello inherentes.

El procesamiento no implica, evidentemente, la imposición de una pena. Constituye sólo una resolución judicial de imputación formal y provisional que ha de ser objeto del correspondiente debate contradictorio y de la ulterior decisión, no implicando la culpabilidad del procesado, ni siquiera la vinculación del propio instructor, que puede revocar el procesamiento si desaparecen los indicios que determinaron su adopción.

Consecuentemente, este Tribunal ha señalado que el procesamiento no puede por su naturaleza vulnerar por sí mismo la presunción de inocencia, que es, en un principio, el derecho a no ser condenado sin pruebas de culpabilidad o sin una actividad probatoria realizada con las debidas garantías que, en alguna forma, pueda entenderse de cargo (AATC 340/1985, de 22 de mayo; 387/1985, de 12 de junio, y I.303/1987, de 23 de noviembre, entre otros muchos).

Ahora bien, el Auto de procesamiento que regula el art. 384 de la LECr., en cuanto medida atributiva de un determinado «status» e imputación suficiente

para justificar la adopción de medidas cautelares de importancia dentro del proceso penal, en el caso de que se dictara arbitrariamente sin un mínimo fundamento en «algún indicio racional de criminalidad» podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE. De manera que si bien corresponde a los órganos judiciales, en el ejercicio de las facultades ponderativas inherente a su propia jurisdicción, apreciar si existe dicho indicio necesario para dictar el Auto (ATC 324/1982, de 25 de octubre; 146/1983, de 13 de abril; 17351984, de 21 de marzo, y 340/1985, de 22 de mayo), es propio de este Tribunal en sede de amparo constitucional revisar la adecuación de la resolución a las exigencias que derivan del citado art. 24.1 CE. Esto es, que el Auto incorpore explícita motivación, y teniendo en cuenta la propia literalidad del art. 384 LECr., para excluir el mero voluntarismo en la decisión adoptada, se aprecie: a) la presencia de unos hechos o datos básicos; b) que sirvan, racionalmente de indicios de una determinada conducta; c) que resulte calificada como criminal o delictiva. Todo ello en el bien entendido de que el Tribunal ha de limitarse a verificar o constatar la presencia de tales elementos en la resolución, sin entrar a valorar el mayor o menor acierto del órgano judicial al estimar el peso de los indicios presentes o su relevancia como señal o muestra de una posible actividad delictiva, pues ese error o acierto ha de apreciarse por los Tribunales ordinarios bien con ocasión de los recursos susceptibles de interponerse contra el Auto de procesamiento, bien en su momento, después de la correspondiente sustanciación procesal, al pronunciarse el definitivo juicio de culpabilidad o inocencia.

(Sentencia núm. 66/1989, de 17 de abril. RA 921/85, 55/88 y 865/88 (acumulados). «BOE», de 19 de mayo de 1989.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULOS 398, 440, 441 y 442

Interrogatorio de sordomudo

V. Sentencia núm. 30/1989, de 7 de febrero, sobre *Juicio de faltas. Audiencia de acusado sordomudo*.—Arts. 969 LECr. y 7 del Decreto de 21 de diciembre de 1952.

ARTÍCULOS 399 y 478

Informe pericial

V. Sentencia núm. 37/1989, de 15 de febrero, sobre *Derecho a la intimidad*.—Art. 18.1 CE.

ARTÍCULO 504

Prisión provisional. Fianza

Ahora bien, si en el presente caso no cabe la imposición de penas de privación de libertad en virtud de la Ley 40/1979, y si las posibles responsabilidades pecu-

niarias derivadas de la pena de multa aperecen ya aseguradas por la correspondiente fianza de cien millones de que se ha hecho mención, la medida de prisión provisional (y la exigencia de fianza para el mantenimiento de la libertad provisional) resulta carente de justificación propia en relación con el aseguramiento de eventuales responsabilidades penales, por lo que tan sólo cabe dilucidar si dicha medida cautelar resulta adecuada para prevenir el peligro de sustracción a la justicia previsto en el art. 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y, puesto que en los Autos impugnados no hay una motivación específica en este sentido, ni puede de ellos deducirse, es evidente que la medida cautelar en cuestión representa una carga sobre los recurrentes desprovista de fundamentación específica con respecto a la finalidad de asegurar la comparecencia de los procesados. En consecuencia, la adopción de la medida de prisión provisional bajo fianza de veinticinco millones establece una restricción inmotivada de la libertad de los recurrentes y, por tanto, es contraria a los derechos reconocidos en los arts. 24.1 y 17.1 de la Constitución Española.

(Sentencia núm. 66/1989, de 17 de abril. RA 921/85, 55/88 y 865/88 (acumulados). «BOE», de 19 de mayo de 1989.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULOS 615, 625, 692 y 736

Compañías de Seguros. Seguro voluntario

Este Tribunal ha venido manteniendo el distinto tratamiento procesal de la Entidad aseguradora cuando no se trata de seguro obligatorio, sino de seguro voluntario de automóviles. Así, la STC 4/1982, de 8 de febrero, ha sostenido que este tipo de responsabilidad está sometido al tratamiento procesal establecido para la «responsabilidad civil de terceras personas, imponiendo el cumplimiento de los dispuesto en los arts. 615 a 625 (Ley de Enjuiciamiento Criminal), con exigencia de fianza al responsable y posible contradicción inicial, así como de lo señalado en *ius cogens* en los arts. 652, 692 y 736 para el proceso de urgencia, que imperativamente otorgan la condición de parte a dicho responsable, y exigen que califique la causa frente a las acusaciones, y conceden finalmente el derecho a defenderse con la amplitud necesaria». Por su parte, la STC 48/1984, de 4 de abril, aun aceptando una restricción de la intervención de las Compañías aseguradoras en los procesos de carácter penal, limitada a los problemas indemnizatorios, estima que el derecho y el interés de la Compañía de seguros incluye discutir la obligación de pagar la indemnización en relación con una regular vigencia de un contrato de seguro, de modo que si el seguro no existiera o derivara del contrato una excepción al pago «la Compañía podría librarse de su obligación. En materia de seguros voluntarios, las Compañías aseguradoras poseen, además, interés en la fijación del *quantum* de la indemnización».

Como nuestra jurisprudencia civil afirma el que del hecho mismo del contrato de seguro voluntario de vehículos de motor dada su naturaleza, nazca una situación de solidaridad pasiva —asegurado y asegurador frente a la víctima—, que aparece dotada de acción directa contra la Compañía aseguradora, situación y potestad que tiene su fundamento y su límite en el contrato mismo, hace que

su contenido sí, de una parte, es fuente del derecho del asegurado y del tercero frente al asegurador, de otra, permita hacer frente a ambos los límites o exclusiones de cobertura expresamente contenidos en la póliza (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1984 y 22 de abril de 1986). Ello significa que la Compañía aseguradora en relación con el seguro voluntario podrá alegar, no sólo frente a su asegurado, sino también frente a los terceros perjudicados, exclusiones de responsabilidad por los resultados dañosos acaecidos por un accidente en relación con riesgos excluidos expresamente de cobertura en la correspondiente póliza. Por ello, en lo que se refiere al seguro voluntario, debe darse la posibilidad a la Compañía aseguradora, mediante la oportuna citación, de hacer valer en el proceso sus correlativos derechos de personación y defensa para impedir su condena sin ser oída (STC 4/1982, de 8 de febrero).

En el presente caso esas exigencias de emplazamiento no se han cumplido, dándose además la circunstancia de que, según entiende la demandante, el accidente por el que fue condenada tuvo su origen en un desprendimiento de la carga, contingencia que estaba expresamente excluida de la póliza de seguro voluntario. De este modo, aunque los intereses de aquélla eran ajenos al enjuiciamiento y calificación jurídico-penal de la conducta del autor del delito (Sentencia de 13 de mayo de 1988), sí que estaba legitimada para intervenir en relación con la responsabilidad derivada para ella del seguro voluntario, tanto en lo tocante a la fijación del montaje indemnizatorio, como a la obligación de asumir el pago de la indemnización de acuerdo al alcance de la correspondiente póliza. Ello supone que sus derechos e intereses, legítimos estaban afectados por la decisión en el proceso penal, por lo que la solicitante de amparo debería haber sido emplazada personalmente en el mismo, al constar sus datos en el correspondiente certificado del seguro obligatorio, para que hubiera podido comparecer y hacer valer ante el Tribunal aquellos derechos o intereses.

(Sentencia 43/1989, de 20 de febrero. RA 772/87. «BOE», de 2 de marzo de 1989.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.)

ARTÍCULO 627

Fase intermedia. Traslado a la defensa para instrucción

Ha de considerarse si desde el punto de vista jurídico material la omisión de los recurrentes en el trámite del art. 627 de la LECr., otorgado al Ministerio Fiscal y a las partes acusadoras, acordada por el órgano judicial con base en que no existía una previsión legal y que no cabía confundir la intervención tasada en el proceso del procesado y del acusado ha supuesto, como sostienen los actores, la infracción de los principios de igualdad y contradicción de las partes procesales.

Según ha reiterado este Tribunal (SSTC 27/1985, de 26 de febrero; 109/1985, de 8 de octubre, y 155/1988, de 22 de julio, entre otras), el art. 24 en la medida en que reconoce, en sus párrafos 1 y 2, los derechos a la tutela judicial efectiva, con interdicción de la indefensión, y a un proceso con las garantías debidas, impone a los órganos judiciales la obligación de promover el debate procesal

en condiciones que respeten la contradicción e igualdad de la acusación y defensa. Por lo que se refiere a este último aspecto, es decir, la igualdad de las partes, este Tribunal ya se ha manifestado en el sentido de que el art. 24 de la Constitución se deriva de la necesidad de que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa, a efectos de «evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes» (STC 47/1987, de 22 de abril). El reconocimiento del derecho a un proceso con todas las garantías implica ciertamente que para evitar el desequilibrio entre partes, ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Esta exigencia (que puede admitir modulaciones o excepciones en la fase sumarial, por razón de propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla) cobra sin duda en el proceso penal singular relevancia en el juicio oral y en la actividad probatoria incluidos los supuestos de prueba anticipada [art. 6.3, d), del Convenio Europeo de Derechos Humanos]; pero ha de respetarse también en la denominada fase intermedia del procedimiento por delito (como resultado de la doctrina contenida en nuestra sentencia 44/1985, de 22 de marzo).

En efecto en dicha fase no sólo se tiende a dar oportunidad para que se complete el material instructorio que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva, sino que es el momento de determinar si concurren o no los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral. Y quienes estén procesados tienen un indudable interés en ambos aspectos, por lo que no puede prescindirse de su intervención. Debe tenerse en cuenta que, a la vista de los escritos de las partes, formulados con ocasión del trámite del art. 627 LECr., se abren varias posibilidades al Tribunal penal, y no sólo y obligatoriamente la apertura del juicio oral. Cabe así, que el Tribunal, de acuerdo con el art. 631 de la ley citada, revoque el Auto del Juez de Instrucción, devolviendo a éste el proceso y ordenando la práctica de nuevas diligencias; o bien, y aun confirmando el Auto del Juez y declarando terminado el Sumario, el Tribunal no queda vinculado por las peticiones de las partes acusadoras de apertura del juicio oral, ya que cabe que el Tribunal, conforme al art. 645 de la LECr., disponga el sobreseimiento si estimase que el hecho no es constitutivo de delito, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 637.2 de la mencionada Ley procesal. Por ello, y dada la diversidad de posibilidades abiertas al Tribunal, el hecho de que sólo las partes acusadoras pudieran alegar al respecto colocaba a los hoy recurrentes en una clara posición de desigualdad, al no poder hacer valer ellos sus argumentos frente a los de las otras partes.

Los demandantes en amparo solicitaron se les incluyera en el trámite previsto en el art. 627 de la LECr., lo que les fue negado; y esta negativa ha de estimarse como contraria al derecho a un proceso con todas las garantías. Pues, si bien el art. 627 de la LECr., sólo prevé expresamente el traslado de los autos para instrucción del Ministerio Fiscal y a los querellantes personados, no prohíbe en forma alguna (como señala el Ministerio Fiscal ante este Tribunal) que se dé traslado a los procesados. Y, a la vista de lo dispuesto en el art. 24.2, procedía integrar lo mandado en el art. 627 LECr., norma de origen preconstitucional, con las garantías resultantes del artículo constitucional citado, que incluyen la igualdad de armas entre las partes, y por tanto, y en este caso, el traslado a los procesados en los mismos términos que los previstos en el art. 627 LECr., para el Ministerio Fiscal y querellante si lo hubiera. Ello es incompatible con lo man-

dado en el artículo mencionado de la LECr.; es práctica seguida —como reconoce el Ministerio Fiscal— por las otras secciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y no fue objeto de oposición por el Fiscal ante la misma, que en su escrito de 21 de abril de 1988 se pronunció a favor de la pretensión de los recurrentes en este sentido. En conclusión no cabe duda que la propia trascendencia de la decisión a adoptar exigía del Tribunal Penal que, de acuerdo con los arts. 24.2 CE y 5.1 y 7.2 LOPJ, efectuara una interpretación integradora del repetido art. 627 LECr., para dar oportunidad a los procesados, no sólo de solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento, sino de interesar, en su caso, la práctica de nuevas diligencias distintas de las rechazadas, que pudieran ser pertinentes a los efectos de justificar dicho pronunciamiento por la irrelevancia penal de los hechos objeto del proceso.

(Sentencia núm. 66/1989, de 17 de abril. RA 921/85, 55/66 y 865/88 (acumulados). «BOE», de 19 de mayo de 1989.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULOS 784 y 785

Compañía de Seguros: Seguro obligatorio

Estas actuaciones judiciales, anteriores a la entrada en vigor de la Constitución, se acomodaban tanto a la legislación procesal como a la interpretación judicial de la misma, que no posibilitaba a las Compañías de seguros ser parte en el proceso penal, entendiéndose que en relación con el seguro obligatorio la intervención en el proceso penal de las Entidades aseguradoras no puede ser otra que la fijada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 784 y 785), conforme a la Ley de 8 de abril de 1967. Este Tribunal, y en relación con el seguro obligatorio del automóvil, ha considerado que el cumplimiento de estos preceptos basta para eliminar la existencia de una indefensión de alcance constitucional (STC 4/1982, de 26 de febrero).

(Sentencia núm. 43/1989, de 20 de febrero. RA 772/87. «BOE», de 2 de marzo de 1989.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer.)

ARTÍCULO 789. REGLA PRIMERA

Diligencias previas. Archivo

En primer término, el *ius ut procedatur* que corresponde a quien ejercita la acción penal mediante la querrela, no supone constitucionalmente un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que le ponga término anticipadamente conforme a las previsiones de la propia Ley procesal penal (arts. 637.2 y 789.1), si en el ejercicio de la facultad de calificación jurídica que le corresponde excluye que los hechos objeto de la causa tengan carácter de ilicitud penal (STC 148/1987).

En segundo lugar, la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, impuesta por los arts. 24.1 y 120 CE, no comporta necesariamente 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 lo 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 aplicación de la ley, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de recursos previstos por el ordenamiento jurídico (SSTC 56/1987 y 100/1987). En el mismo sentido, como han precisado las SSTC 13/1987 y 150/1988, 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 la arbitrariedad.

Pues bien, en armonía con lo expuesto resulta que el Auto del Juzgado fundamenta la decisión de archivo de las diligencias previas en el citado art. 789, regla primera, de la LECr., al entender que las actuaciones practicadas acreditaban que el hecho denunciado no revestía caracteres de infracción penal. Es claro, por tanto, que, aunque no revele los argumentos mediatos que formaron el criterio judicial sobre la irrelevancia penal objeto de la querrela, a través de esa sucinta motivación, consecuencia del necesario enjuiciamiento indiciario de la fase procesal en que se adopta, hace explícita la razón inmediata y con ello excluye la infracción denunciada del derecho a la tutela judicial efectiva.

(Sentencia núm. 36/1989, de 14 de febrero. RA 718/88. «BOE», de 2 de marzo de 1989.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULO 884-1.º, 3.º, 4.º y 6.º

Recurso de casación: Causas de inadmisión

Es cierto que la lesión del derecho fundamental invocado sólo se produce cuando no existe prueba inculpatória alguna o cuando la efectuada con este signo lo fue con la violación de los derechos y libertades fundamentales, como reiteradamente viene declarando este Tribunal y así se recoge en el art. 11.1 de la LOPJ. Y es cierto también que en el escrito de formalización del recurso de casación puede apreciarse —como señala el Ministerio Fiscal— falta de precisión y de técnica procesal cuando, al instrumentar el correspondiente motivo, el recurrente trata de poner de manifiesto contradicciones e insuficiencias en la actividad probatoria, dando la impresión de que está enjuiciando la apreciación que de la prueba realizó el Tribunal de instancia.

Más aún cuando el planteamiento del recurrente pudiera calificarse efectivamente de incorrecto, ello no es óbice para la determinación del verdadero alcance del motivo de casación por él propuesto. En efecto en el escrito de preparación del recurso, al concretar el primer motivo por infracción de ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECr., se señala de forma expresa que se formula «por haberse infringido, por no aplicación, el art. 24.2 de la Constitución». Y

en el escrito de formalización se concreta que no se han aplicado los principios de presunción de inocencia y de asistencia letrada, afirmando que los hechos que se consideran provados no son tales desde la perspectiva de la presunción de inocencia. Y, si posteriormente se examinan las pruebas, es para poner de manifiesto, en definitiva, que, debido a su endeblez, no pueden desvirtuar dicha presunción.

Siendo esto así, la aplicación por parte del Tribunal Supremo de las causas de inadmisión 1.^a y 3.^a del art. 884 de la LECr., adolece de un excesivo rigor formalista, resultando la decisión de inadmisión por él adoptada desproporcionada en relación con el defecto en que ha podido incurrir el recurrente, máxime si se tiene en cuenta la relevancia constitucional del recurso de casación en materia penal.

Finalmente, en el fundamento jurídico primero del Auto impugnado se afirma, en relación con la inadmisión del referido motivo de casación, que el Tribunal sentenciador había actuado «con base en los elementos o datos inculpatórios que recoge exhaustivamente el escrito de instrucción del Ministerio Fiscal». Pero esta concisa afirmación no resulta tampoco suficiente para considerar desestimado, también en cuanto al fondo, el motivo de casación formulado. Cuestionada por el recurrente la observancia del derecho fundamental a la presunción de inocencia por parte de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial, no cabe decidir en un enjuiciamiento anticipado, al margen de la previa sustanciación del recurso de casación y de la correspondiente Sentencia, si existió o no en el proceso penal de instancia la actividad probatoria de cargo que pudiera desvirtuar la presunción de inocencia reconocida en el art. 24.2 de la Constitución.

En cuanto a los otros dos motivos de casación formulados al amparo del art. 894.2 de la LECr., y concretados en la errónea apreciación de la prueba, con independencia de que por su naturaleza sólo puedan ser considerados subsidiarios de la denunciada vulneración de la presunción de inocencia que como se ha indicado, comporta la inexistencia de prueba alguna de cargo, fueron rechazados, en ponderada aplicación de la Ley de manera acorde con la propia finalidad de las causas 4.^a y 6.^a del art. 884 de la LECr. En efecto, de una parte, la omisión de los particulares de los documentos citados como auténticos en contra de los exigido por el art. 885, párrafo segundo, de la referida Ley impedía al Tribunal de Casación verificar el error de hecho imputado a la Sentencia; y de otra, resulta razonable la apreciación, en el Auto impugnado, de la falta de idoneidad documental de las declaraciones testimoniales y de las diligencias policiales, a que se refería el escrito de formalización del recurso.

(Sentencia núm. 20/1989, de 31 de enero. RA 38/87. «BOE», de 28 de febrero de 1989.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

ARTÍCULOS 962 y 978 y 1, 13 y 15 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de Faltas. Citación del responsable civil subsidiario. Apelación

No admite discusión que el órgano judicial, advertido explícitamente por el imputado en el juicio de faltas sobre la propiedad de la motocicleta con la que

provocó lesiones y daños, omitió el emplazamiento de quien podía resultar declarado —como así lo fue— responsable civil subsidiario, y ello incluso una vez solicitada por el Fiscal la declaración de dicha responsabilidad subsidiaria en la persona del ahora demandante. Ahora bien, no es menos cierto que la Sentencia del Juzgado de Distrito en la que se declaró la responsabilidad civil subsidiaria del aquél, le fue notificada en forma (con especial diligencia por cierto), lo cual dio lugar a la formulación de un recurso de apelación en el que el interesado tuvo oportunidad en el trámite de la vista de alegar, sin restricción alguna, lo que a su derecho convenía. A este respecto únicamente consta en las actuaciones que se reiteró —esta vez por el apelante— la petición de nulidad de actuaciones sin expresar otras consideraciones en relación con la declaración de condena efectuada en la Sentencia de instancia: petición que, por otra parte, puede en este caso estimarse invocación suficiente de su derecho constitucional.

Ello lleva a considerar el origen de la pretensión deducida en amparo, esto es, la condena como responsable civil subsidiario. Los requisitos procesales constitucionalizados en el art. 24 CE e integrados en la exigencia de la prestación de una tutela judicial efectiva, los son a efectos de la protección de «derechos de intereses legítimos» que debe hacerse valer efectivamente como objeto de esa tutela. En este caso, el derecho e interés del responsable civil subsidiario, en tanto que propietario del vehículo causante de las lesiones que se produjeron y que dieron lugar al proceso, se limita a su obligación de pagar la indemnización, y por ello a discutir de tal obligación en relación con la efectiva propiedad de vehículo en cuestión: Pues tanto la sentencia del Juez de Distrito como la del Juez de Instrucción hacen derivar esa responsabilidad de hecho de ser el propietario de la motocicleta conducida por su hijo al causar el accidente que dio origen al proceso.

Pues bien, en el supuesto de que no tuviera conocimiento del proceso en su primera instancia (lo que, por otro lado, no afirma en ningún momento) tuvo sin duda la oportunidad de hacer valer su derecho a la apelación en la que sí compareció, mediante la correspondiente audiencia contradictoria sobre la propiedad del vehículo y la correspondiente obligación de pago. Pero es lo cierto, que a la luz de las actuaciones aportadas, ni en la vista de la apelación, ni con ocasión del presente recurso, el demandante cuestionó que se hubiera vulnerado su derecho deducible en juicio, delimitado como arriba se hizo, ni puso en duda la propiedad del vehículo, ni su derivada responsabilidad. Orientó exclusivamente su pretensión a la nulidad de las Sentencias impugnadas, y a su citación en el juicio de faltas, pero sin vincular tal pretensión a la defensa de un derecho o interés expreso en relación con la responsabilidad que se le atribuye.

En tales circunstancias no resulta convincente la alegación de indefensión expresada por el solicitante de amparo, puesto que la negativa por sí sola del Juez revisor en la apelación a declarar la nulidad de actuaciones, y la confirmación de la Sentencia de instancia, no suponen en sí mismas una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva y, menos aún, la aparición de la indefensión constitucionalmente proscrita ya que la oportunidad que ofrece dentro del proceso la fase de apelación permitía al ahora reclamante desplegar sus argumentos de defensa, siquiera fuese en relación con la procedencia y cuantía de la indemnización, y permite también que el órgano judicial ejerza una función revisora y depuradora de la totalidad de la actividad del órgano inferior (STC 90/1986) y

en concreto examinar si se ha producido una efectiva indefensión, en los términos que señala la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 238 y ss). Pero, como se indicó, ni se arguye en las alegaciones ante este Tribunal, ni según las actuaciones, se planteó en la vista de la apelación, que el hoy recurrente se hubiera visto afectado en sus derechos sustantivos, por no hallarse efectivamente sujeto a responsabilidad civil subsidiaria alguna. En estas circunstancias, y no habiendo hecho uso de la oportunidad que ciertamente tuvo de exponer sus alegaciones y defender sus derechos (pues asumió únicamente una posición dilatoria) no cabe hablar de indefensión, por lo que procede denegar el amparo que se solicita.

(Sentencia núm. 31/89, de 13 de febrero. RA 82/86. «BOE», de 2 de marzo de 1989.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULOS 965 y 971 y 3 y 9 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas: Citación del acusado

V. Sentencia 16/1989, de 30 de enero, sobre *Interdicción de la indefensión*.—Art. 24.1 CE.

ARTÍCULOS 969 y 7 DEL DECRETO DE 21 DE DICIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas: Audiencia de acusado sordomudo. Intérprete

El derecho a ser informado de la acusación, instrumental e indispensable para ejercer la propia defensa, es reconocido en el art. 24.2 CE, sin señalar las formas y solemnidades con que la información ha de llevarse a cabo, debiendo por consiguiente realizarse ésta de acuerdo con el tipo de proceso y su regulación específica, pero respetando en todo caso el contenido esencial del derecho, consistente en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan (SSTC 141/1986, de 12 de noviembre, y 17/1988, de 16 de febrero). Por otra parte, la garantía de un proceso justo y el ejercicio de la adecuada defensa comporta también como premisa necesaria, asegurar la comprensión del acusado sobre el sentido y significado de los actos procesales realizados y de las imputaciones efectuadas, independientemente de la clase de proceso, lo cual supone la intervención de un intérprete cuando sea necesaria para garantizar la efectividad de dichos derechos.

No cabe desconocer, por lo demás, que, de acuerdo con el art. 10.2 de la Constitución Española, han de ser tenidos en cuenta en Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades en ella reconocidos. Pues bien, los arts. 6.3, e), y 14.3 f), respectivamente, de los referidos Acuerdos internacionales establecen, como una de las garantías mínimas que deberán respetarse en todo proceso penal, el derecho a ser asistido gratuitamente de un intérprete en el caso de que no se comprenda o no se hable la lengua utilizada en

el proceso, habiendo tenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ocasión de pronunciarse sobre el alcance de dicha garantía en Sentencias de 26 de abril de 1978 (caso Leudicke, Belkacem y Koc) y de 21 de febrero de 1984 (caso Oztürk).

Tal exigencia, según ha declarado este Tribunal Constitucional en las SSTC 5/1984, de 24 de enero, 74/1987, de 25 de mayo, y 71/1988, de 19 de abril, deriva en cualquier caso directamente de la Constitución y no requiere para su efectividad y ejercicio a una configuración legal, aunque ésta pueda ser conveniente para su eficacia. No obstante, es de destacar que, sin bien en el juicio de faltas —caracterizado por su parca previsión normativa y para el que este Tribunal ha admitido la validez de cualquiera de las formas en que se haga la información, con tal de que se observe la *ratio* del precepto constitucional— no se regula expresamente el interrogatorio y declaración del acusado sordomudo o en general del que no entienda o no hable el idioma español, los arts. 969 de la LECr., y 7 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 disponen que en la audiencia del acusado se observarán las prescripciones de la Ley Procesal Penal en cuanto sean aplicables. Y esta Ley establece para los casos en que el procesado o inculpado se encuentre en tales circunstancias, tanto en el procedimiento ordinario (art. 398, en relación con los arts. 440 y 442 de la LECr.), como en el de urgencia (art. 785 de la LECr.), la necesidad de efectuar el nombramiento de un intérprete por medio del cual se harán las preguntas y se recibirán las respuestas.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores ha de concluirse que, en el caso que nos ocupa, la falta del preceptivo nombramiento de intérprete se ha traducido en manifiesta indefensión, ya que ha impedido incluso que se pudiera recibir la declaración de la recurrente, que fue, por lo tanto, condenada sin una efectiva audiencia.

En efecto, examinadas las actuaciones se constata que, tanto en las diligencias previas como en el propio juicio oral, la circunstancia de la sordomudez de la actora determinó el que declarase su esposo quien, aunque de acuerdo con el art. 231.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial hubiera podido intervenir como auténtico intérprete —tal como señala el Ministerio Fiscal—, no fue habilitado ni ejerció como tal, sino que efectuó en realidad sus propias manifestaciones, en sustitución de la acusada, la cual no pudo dar su versión de los hechos, contestar personalmente a las preguntas que se le formularon, ni hacer las alegaciones de descargo que hubiera considerado oportunas.

(Sentencia núm. 30/1989, de 7 de febrero. RA 138/87. «BOE», de 2 de marzo de 1989.—Ponente: Gloria Bégú Cantón.)

ARTÍCULOS 970 y 7, 8 y 9 DEL DECRETO DE 21 DE DICIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas: Presencia de letrado

La presencia de Letrado en el juicio de faltas, conforme al régimen jurídico de su procedimiento (art. 970 de la LECr., y arts. 7, 8 y 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952), resulta meramente potestativa y encomendada a la opción iniciativa y diligencia de la propia parte (AATC 314/1985, de 8 de mayo, y

851/1986, de 22 de octubre, entre otras muchas resoluciones). No es posible, por ello, apreciar merma alguna del indicado derecho de defensa por la sola circunstancia de que la recurrente careciera de dicha dirección o asistencia letrada en la primera instancia del juicio de faltas, si ciertamente pudo, como hizo luego en la segunda, efectuar la pertinente designación y valerse de Abogado.

(Sentencia núm. 30/1989, de 7 de febrero. RA 138/87. «BOE», de 2 de marzo de 1989.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

ARTÍCULOS 977 y 13 y 15 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas: Principio acusatorio

Aunque al margen de la disposición contenida en el art. 902 de la LECr., la interdicción de la mencionada reforma peyorativa —que se produce cuando la condición jurídica del recurrente resulta empeorada como consecuencia exclusiva de su propio recurso— no aparece con carácter general en nuestro ordenamiento, y no figura explícitamente en el enunciado del art. 24 de la Norma fundamental, tiene, no obstante, una indudable relevancia desde el punto de vista de los derechos fundamentales garantizados en dicho precepto, según ha tenido ocasión de reiterar este Tribunal desde sus SSTC 54/1985, de 18 de abril, y 84/1985, de 8 de julio.

Su dimensión constitucional deriva, en efecto, del derecho a la tutela judicial efectiva a través de las garantías implícitas en el régimen de los recursos y la necesaria congruencia de la Sentencia, que impide extender su pronunciamiento *extra petita*, esto es, más allá de las pretensiones formuladas en la apelación. A lo que viene a añadirse, en el ámbito del proceso penal, el necesario conocimiento de la acusación formulada, como premisa para el adecuado ejercicio de la defensa, y la previa separación entre la acusación y la función de enjuiciamiento imparcial inherente al principio acusatorio.

Por lo que se refiere al juicio de faltas, construido sobre la doble instancia, es también garantía del proceso debido a la exigencia de que, en el recurso de apelación, la *cognitio* del Juez *ad quem* quede restringida —conforme al axioma *tantum devolutum quantum appellatum*— al ámbito material de las pretensiones de impugnación ante él formuladas (SSTC 115/1986, de 6 de octubre, y 202/1988, de 31 de octubre, entre otras). No obstante, para dicha delimitación ha de tenerse en cuenta no sólo la apelación inicial, sino también la ulterior modificación introducida por una eventual apelación adhesiva de alguna de las partes apeladas, que *incremente* el alcance devolutivo del recurso y *amplíe*, en consecuencia, los poderes de decisión del órgano de apelación.

Dicha posibilidad, admitida con carácter general en la apelación y casación penal por los arts. 792 y 861 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no tiene la segunda instancia del juicio de faltas momento procesal preclusivo anterior a la propia vista de apelación, habiendo precisado este tribunal que en los juicios de faltas el acto de la vista puede considerarse momento idóneo para una adhesión a la apelación (SSTC 163/1986 y 92/1987). Caracterizado su régimen, escasamente regulado, por los principios de concentración y oralidad, no se establece

en él un modo concreto de información respecto de la acusación, de suerte que, cualquiera que sea la forma en que ésta llegue a conocimiento del posible inculpa-do, debe entenderse cumplida la exigencia del precepto constitucional; por consi-guiente, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento de urgencia para deter-minados delitos (regla cuarta del citado art. 792 de la LECr.), basta para la validez de la apelación concurrente con que la acusación se haga de forma explícita y suficientemente precisa, de modo que resulte excluida cualquier indefensión del ape-lante inicial en relación con un eventual fallo que empeore la situación que tenía reconocida en la resolución judicial apelada (SSTC 141/1986, de 12 de noviem-bre; 16351986, de 17 de diciembre, y, 54/1987, de 13 de mayo).

Puede afirmarse, pues, que existió una acusación formulada contra el actual demandante de amparo de la que tuvo conocimiento desde la primera instancia, acusación que se mantuvo en la segunda como consecuencia de la adhesión a la apelación realizada por la parte contraria. Y ello impide estimar que el fallo del Juzgado de Instrucción no responda a una adecuada petición de condena o que sea consecuencia exclusiva del recurso del actor, que a estos efectos sólo representó el cauce procesal idóneo para que la parte apelada formulara a su vez la pretensión de condena del recurrente, por lo que no cabe aducir que la Sentencia impugnada suponga una *reformatio in peius*.

Finalmente, tampoco es posible admitir que haya existido indefensión del de-mandante de amparo en relación con la imputación de responsabilidad deducida frente a él, ya que, concretamente, pudo en la vista ante el Juez de Instrucción oponerse a la pretensión formulada por la parte contraria, de que se revocara la Sentencia de instancia a fin de que se dictara una nueva condenando al apelan-te, o incluso si estimaba que no era el momento procesal oportuno, pudo oponer-se a que la parte contraria se adhiriera a la apelación; y, sin embargo según se desprende del acta correspondiente, tales posibilidades de alegación y defensa ni siquiera fueron intentadas.

(Sentencia núm. 242/88, de 19 de diciembre. RA 1407/86. «BOE», de 13 de enero de 1989.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

Es preciso recordar ante todo que, conforme al art. 24 de la Constitución, el principio acusatorio debe regir también en los juicios de faltas, «pues es evi-dente que el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, requiere que todos, y, por tanto, también los implicados en un juicio de faltas, deban ser informados de la acusación contra ellos, acusa-ción de la que puedan defenderse de forma contradictoria» (STC 57/1987, de 18 de mayo),

«En un sistema acusatorio deben entenderse igualmente excepcionales los po-deres de actuación *ex officio* del Juez lo mismo en la primera que en la segunda instancia» (STC 84/1985, de 8 de julio). No es, pues, suficiente que el principio acusatorio haya tenido efectividad en la primera instancia para tener por cumpli-das sus exigencias en la segunda. Lo que no es sino una aplicación a este caso concreto de la doctrina según la cual «la indefensión ha de apreciarse en cada instancia» (STC 28/1981, de 23 de julio).

Tampoco ha sido suficiente, en el caso que nos ocupa, para dar efectividad al principio acusatorio en la segunda instancia, la actividad desarrollada en ésta

por el apelante y acusador del solicitante de amparo. Pues es manifiestamente insuficiente para entender satisfechas las exigencias de dicho principio que, según resulta de las actuaciones, aquél se haya limitado a manifestar, al serle notificada la Sentencia del Juzgado de Distrito, que apela contra la misma, «por encontrarla lesiva a sus intereses», o a comparecer ante el Juzgado de Primera Instancia personándose como apelante. Con independencia de si alguno de tales momentos procesales era adecuado para ello, no consta que en ninguno de los mismos haya formulado dicho apelante pretensión concreta alguna o precisado temas o puntos que pudieran predeterminar el alcance de la decisión del Juez superior.

(Sentencia núm. 240/88, de 19 de diciembre. RA 461/86. «BOE», de 13 de enero de 1989.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

Juicio de faltas. Apelación. Principio acusatorio

Es doctrina reiterada de este Tribunal en orden al principio acusatorio, que éste forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal consagradas en el art. 24 de la Constitución y que, por tanto, dicho principio ha de aplicarse también en la fase de apelación de las Sentencias. La STC 53/1987, de 7 de mayo, después de recordar las tres funciones procesales esenciales en el procedimiento penal, acusación, defensa con iguales derechos y facultades que la acusación, y decisión por el órgano judicial independiente e imparcial, afirma que «la acusación, contradicción y defensa han de garantizarse no sólo en el juicio de primera instancia, sino también en la fase de recurso, y, por ello, en la apelación, donde ha de existir también una acusación formulada contra una persona determinada, pues no hay posibilidad de condena sin acusación» (STC 104/1986, de 17 de julio). Para la STC 84/1985, de 8 de julio, «en un sistema acusatorio deben entenderse igualmente excepcionales los poderes de actuación *ex officio* del Juez lo mismo en la primera que en la segunda instancia».

El principio acusatorio rige también, obviamente, en el juicio de faltas. «Es evidente —dice la STC 57/1987— que el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, requiere que todos y por tanto también los implicados en un juicio de faltas, deban ser informados de la acusación, acusación de la que puedan defenderse de forma contradictoria». Tal exigencia ha de hacerse compatible con los principios de oralidad y concentración propios del juicio de faltas, pero en modo alguno cabe admitir la acusación implícita o presumir ésta de que haya habido condena, dado que, como declara la STC 163/1986, «no puede considerarse compatible ni respetuosa con el principio acusatorio una Sentencia en la que no conste de alguna forma la existencia de una acusación formulada en algún momento (que en la apelación puede ser el de la vista) contra quien en aquélla resulte condenado».

Como resumen de esta doctrina cabe afirmar que, como dice la reciente STC 240/1988, de 19 de diciembre, «no es suficiente que el principio acusatorio haya tenido efectividad en la primera instancia para tener por cumplidas sus exigencias en la segunda. Lo que no es sino una aplicación a este caso concreto de la doctrina según la cual la indefensión ha de precisarse en cada instancia (STC 28/1981, de 23 de junio)».

(Sentencia núm. 53/1989, de 22 de febrero. RA 1079/87. «BOE», de 14 de marzo de 1989.—Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral.)

Juicio de faltas. Apelación. «Reformatio in peius»

Y es que nos hallamos ante un supuesto de *reformatio in peius*, en el que el único derecho que puede resultar vulnerado, dados los términos en que se formula el amparo, es de la tutela judicial sin resultado de indefensión, que incluye la prohibición de que el órgano judicial de segunda instancia exceda los límites en que viene formulada la apelación acordando una agravación de la Sentencia recurrida que tenga origen exclusivo en la propia interposición del recurso.

Centrado así el problema, no cabe duda que la Sentencia recurrida en amparo, según se dejó anteriormente establecido, ha incurrido en reforma peyorativa productora de indefensión, pues su constatación viene acreditada, en principio, por el propio fallo al emplear la frase, ya transcrita, de «que estimando el recurso de apelación interpuesto por don J. M. G. G. contra la Sentencia dictada por el Juez de Distrito, de fecha 20 de febrero de 1987, revocando la sentencia, debo condenar y condeno, a don J. M. G. G.» y resulta plenamente acreditada al comprobar que las demás partes que se personaron en la apelación y comparecieron al acto de la vista de la apelación —el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado— no mantuvieron petición acusatoria alguna contra el apelante, sin que por otro lado sea aceptable la tesis de este último, según la cual —y después de reconocer que el Abogado del Estado en el acto de la apelación sólo pidió que se absolviera al apelado— existe acusación, porque «el Juez de apelación, sin embargo, optó por sacar la conclusión sancionadora de las premisas acusatorias contenidas en nota inducta del abogado del Consorcio de Compensación de Seguros y del Estado», pues la acusación no puede extraerse de las alegaciones, sino que debe ser formulada de manera expresa, tal y como existe la doctrina constitucional que «en modo alguno» admite la acusación implícita —STC 163/1986, de 17 de diciembre—, debiéndose, en consecuencia de todo ello, declarar que se ha producido un agravamiento de la Sentencia de primera instancia en perjuicio de su único apelante con fundamento en criterios materiales que no encuentran cobertura en pretensión o petición de signo contrario a la del apelante, ni en razones procesales de orden público y ello constituye reforma peyorativa, también prohibida en el juicio de faltas, que vulnera el derecho a no sufrir indefensión garantizando por el art. 24.1 de la Constitución.

(Sentencia núm. 17/1989, de 30 de enero. RA 809/87. «BOE», de 28 de febrero de 1989.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

IV. CODIGO PENAL**ARTÍCULO 114***Prescripción*

Como ha declarado este Tribunal (STC 152/1987, que reitera doctrina anterior) la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal es una cuestión de mera legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece de

relevancia constitucional. En el supuesto aquí enjuiciado, el Juzgado de Instrucción basó su resolución en la tesis de que el tiempo de paralización del procedimiento a que se refiere el art. 114 del Código Penal sólo es computable a efectos de prescripción cuando esa paralización es debida al «abandono culpable de la actividad judicial», requisito que, a su juicio, no se daba en la tramitación seguida ante el Juez de Distrito. Esta tesis, que recoge una doctrina no actual del Tribunal Supremo, podrá ser discutible y no concordar con la jurisprudencia más reciente y generalizada y con la doctrina hoy dominante, que considera indiferente la causa de la inacción procesal, pero es una interpretación del art. 114 del Código Penal hecha por el órgano judicial y que este Tribunal no puede revisar.

No puede oponerse al anterior razonamiento que dicha interpretación vulnera un derecho fundamental y concretamente el alegado por el recurrente que es, como se ha dicho, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Este Tribunal ha tenido reiteradas ocasiones de ocuparse de este derecho, últimamente en la Sentencia de 24 de noviembre de 1988 (RA 787/87). Prescindiendo de cuestiones ajenas al presente recurso, la apreciación de la existencia de una dilación indebida conduciría en todo caso, a que este Tribunal tomase las medidas necesarias para que cesase esa dilación o incluso podría justificar una reparación de los daños causados por vía indemnizatoria, pero no puede dar lugar al reconocimiento de un derecho a la prescripción si el procedimiento ha estado paralizado el tiempo legalmente fijado para que se extinga la responsabilidad penal por ese motivo. El derecho a que un proceso se tramite y resuelva en un plazo razonable es independiente del juego de la prescripción. Esta puede tener lugar incluso sin haberse iniciado el proceso penal, ya que el plazo correspondiente se inicia desde la misma comisión del delito, se incoe o no el proceso. También puede existir una dilación indebida sin prescripción cuando tal dilación esté provocada por una reiteración injustificada de actuaciones judiciales dirigidas contra el inculpado. No es, pues, la simple dilación indebida la que produce la prescripción, sino que ésta puede operar cuando esa dilación paraliza el procedimiento en circunstancias que, a juicio de órgano judicial ordinario, justifique la aplicación de esa causa de extinción de la responsabilidad penal.

(Sentencia núm. 225/88, de 21 de diciembre. RA 335/85. «BOE», de 23 de enero de 1989.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

ARTÍCULO 242

Delito de injurias al Ejército

V. Sentencia de 22 de febrero de 1989 sobre *Derecho a la libertad de expresión*.—Art. 20.1 a) CE.

ARTÍCULO 340 bis a) 1.º

Conducción en estado de embriaguez

V. Sentencia núm. 5/1989, de 19 de enero, sobre *Presunción de inocencia*.—Art. 24.2 CE.

ARTÍCULO 344

Tráfico de drogas

V. Sentencia núm. 256/88, de 21 de diciembre, sobre *Derecho a la presunción de inocencia*.—Art. 24.2 CE.

Tráfico de drogas. Penalidad

V. Sentencia núm. 256/88, de 21 de diciembre, sobre *Principio de igualdad*.—Art. 14 CE.

(El artículo 344 del CP redactado conforme LO 8/83, de 25 de junio.)

ARTÍCULO 413

Aborto

V. Sentencia núm. 37/1989, de 15 de febrero, sobre *Derecho a la intimidad*.—Art. 18.1 CE.

ARTÍCULOS 457 y 461

Injurias: «Exceptio veritatis»

Parece pues, en este sentido, que la inadmisión por la pendencia de otro proceso derivado del mismo hecho originario, tiende a evitar en cierto modo lo que podría constituir una maniobra procesal —especie de fraude procesal de Ley: Arts. 11.2 LOPJ, y 6.4 CC—, permitiendo al querellante realizar un procedimiento distinto una defensa que la Ley no autoriza para el concreto caso del proceso por injurias. No es competencia de este Tribunal, sin embargo, entrar en el terreno de la interpretación y aplicación de las normas procesales y penales sustantivas, cometido propio de la jurisdicción (117.3 CE), en tanto no se vulnere un derecho fundamental, ni menos aún terciar en la polémica doctrinal e incluso jurisprudencial sobre la naturaleza homogénea de los delitos contra el honor en relación, sobre todo, con precisas y concretas normas que, de otro lado, tampoco tienen relevancia con la eficacia o posibilidad posterior de los derechos cuestionados, de eventual y factible reparación por otros remedios procesales y legales, tal en el caso, en el cual podrá dilucidarse el derecho cuestionado, bien en el primer proceso por injurias, si la calificación —como dice el Fiscal— se modifica de injurias a calumnia, permitiéndose entonces lo que en la querrela rechazada se pretende, bien desaparecida con el fallo la pendencia del primer proceso, con el ejercicio de las acciones pertinentes, según la tesis de los Autos impugnados, supuestos, uno y otro, que no corresponden resolver ni decidir a este Tribunal Constitucional, bastándole con la comprobación ya hecha de la no arbitrariedad

de la denegación de la querrela, por entenderse que la respuesta judicial no viola el derecho de tutela, aun siendo desestimatoria, según doctrina del Tribunal.

(Sentencia 238/88 de 11 de diciembre. RA 1507/87. «BOE», de 13 de enero de 1989.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

ARTÍCULO 496

Coacciones. Huelga

El conflicto se produce entre el derecho de huelga y el art. 496 del Código Penal, en su párrafo segundo. De acuerdo con este precepto, el elemento esencial que otorga carácter criminal al ejercicio del derecho fundamental previsto en el art. 28.2 CE es la «violencia o intimidación», y de lo que se trata en el presente caso es de determinar si la Audiencia Provincial, al sancionar, conforme al art. 496 CP, la conducta de los hoy recurrentes en amparo, fue más allá de los límites que permite la consideración conjunta de la norma penal y el derecho constitucional afectado, pues los supuestos previstos en la norma no pueden interpretarse de tal forma que se vacíe de contenido el derecho fundamental.

Según la Sentencia de la Audiencia Provincial, los elementos del delito en cuestión se tendrán por acreditados cuando los autores logren su deseo «mediante una intimidación moral sobre el ofendido de suficiente fuerza para compelerle a hacer lo que no quería, lo que constituye delito de coacciones cualquiera que sean los medios empleados por el agente». La resolución recurrida establece, además, que «aun cuando los aquí condenados no amenazaron (...) se valieron de las amenazas de las otras personas para conseguir sus fines, que está claro cuáles eran y más dada la amplitud de acogida delictiva que se da en el artículo citado, sobre todo cuando actuaron en grupo, como determina el segundo párrafo del citado artículo, siendo los recurrentes los que lo encabezan, desprendiéndose claramente de la transcripción fáctica, y de manera inequívoca, la actuación de los inculpados como generadora de una presión moral intimidante sobre la voluntad del ofendido, independiente de que uno de ellos asumió toda la responsabilidad.

De estos párrafos de la Sentencia se deduce claramente que no hubo amenazas por parte de los acusados.

La Audiencia sostiene, sin embargo, que en el presente caso es de apreciar «una intimidación moral sobre el ofendido» y que ello «constituye el delito de coacciones, cualquiera que sean los medios empleados por el agente». Pero este criterio, en la medida en que considera indiferente el carácter de los medios utilizados por el autor, conduciría de hecho a un incriminación de toda coacción —y, por consiguiente, también a la criminalización de toda huelga, en tanto medida de fuerza por la vía del art. 496, párrafo segundo, del Código Penal. La incompatibilidad de esta conclusión con los arts. 25.1 y 28 de la Constitución es manifiesta, ya que la Ley penal no podría vaciar de contenido a un derecho fundamental.

Tampoco cabe dentro del alcance del texto del art. 496 CP, el argumento utilizado a mayor abundamiento en la Sentencia recurrida para condenar a los demandantes, según el cual éstos serían responsables del delito en cuestión porque,

sin amenazar, «se valieron de las amenazas de las otras personas para conseguir sus fines, que está claro cuáles eran, y más dada la amplitud de acogida delictiva que se da en el artículo citado (art. 496 CP), sobre todo cuando actuaron en grupo, como determina el segundo párrafo del referido artículo, siendo los recurrentes los que lo encabezaban».

El ejercicio abusivo del derecho de huelga no puede identificarse con la participación en grupos de huelguistas, y tampoco la mera representación de los mismos es, de acuerdo con la Ley, motivo suficiente para ser responsabilizado por el delito de coacciones cometido por otros. Tales interpretaciones no tienen en cuenta que el derecho de huelga, reconocido en el art. 28 CE, implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin, sin que quepa admitir que el art. 496 del Código Penal hace responsables a quienes encabezan tales acciones de los excesos punibles que puedan cometer otras personas de un grupo. Un entendimiento de esta especie del art. 496 CP, no sólo superaría los límites legales previstos en el art. 28 CE, sino que chocaría abiertamente con el principio de personalidad de la pena, que, como ha declarado este Tribunal, está protegido también por el art. 25.1 de la Norma fundamental.

Partiendo de las consideraciones anteriores es preciso concluir que las Sentencias recurridas han vulnerado el derecho que a los recurrentes otorga el art. 25.1 de la Constitución, por lo que procede estimar el presente recurso de amparo.

(Sentencia núm. 254/88, de 21 de diciembre. RA 322/85. «BOE», de 23 de enero de 1989.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

V. OTRAS LEYES

LEY 40/1979, DE 10 DE DICIEMBRE, DE CONTROL DE CAMBIOS

ARTÍCULO 7.1

Penas privativas de libertad

Este Tribunal, en su STC 160/1986, de 16 de diciembre, se pronunció en el sentido de declarar inconstitucional y por tanto nulo, el art. 7.1 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, en cuanto impone penas de privación de libertad. Este pronunciamiento se justificaba, en los fundamentos jurídicos de la Sentencia, en que, la carencia de la mencionada Ley del carácter de orgánica, vulneraba lo dispuesto en los arts. 17.1 y 81 de la Constitución Española. No obstante, y como se desprende del fallo, no se apreciaba como contraria a la Constitución la previsión contenida en el art. 7.1 de la Ley 40/1979, relativa a la imposición de penas no privativas de libertad, concretamente, las multas en ese artículo previstas.

(Sentencia núm. 66/1989, de 17 de abril. RA 921/85, 55/88 y 865/88 (acumulados). «BOE», de 19 de mayo de 1989.—Ponente: Luis López Guerra.)

LEY ORGANICA 10/1980, DE 11 DE NOVIEMBRE, DE ENJUICIAMIENTO ORAL DE DELITOS DOLOSOS, MENOS GRAVES Y FLAGRANTES

ARTÍCULO 2, PÁRRAFO SEGUNDO

Juez Instructor. Recusación y abstención

El problema que se plantea en primer lugar se refiere a la deseable separación en las funciones de Juez instructor de una causa y Juez sentenciador de la misma, con el fin de evitar el prejuicio o prevención que la primera tarea puede provocar en la estricta imparcialidad, subjetiva y objetiva, del Juez que ha de fallar en definitiva, entendiéndose que esa imparcialidad será más conseguida cuando el sentenciador ha permanecido alejado y ajeno a la labor de averiguación, investigación de hechos y conductas y posible incriminación, siquiera indiciaria y provisional (Autos de inculpación, de procesamiento) o simplemente precautoria o de prevención (Autos de libertad o prisión).

La Ley Orgánica 10/1980, que estableció el llamado proceso «monitorio» penal, con la pragmática pretensión de aliviar las tardanzas de la justicia de ese orden, alteró, sin embargo, el tradicional principio español de la separación de funciones, elocuentemente expuesto en la Exposición de Motivos de la LECr., de 1882, modificando, entre otras facetas del proceso penal por delitos menores, la posibilidad de recusar al Juez que, habiendo incoado y preparado las diligencias, sentenciara después el caso, eventualidad que prohibía como lógica consecuencia del sistema unitario que implantaba.

Lógico es pues, también, que el aquí recurrente no pudiera evitar ser juzgado por el mismo Magistrado-Juez que preparó el juicio mediante las diligencias y actuaciones precedentes, ni aquél abstenerse, y que ahora acuda a este Tribunal planteando la vulneración de esa garantía genérica del Juez imparcial. No se trata, pues, aunque a ello se aluda en el recurso, del tema del Juez predeterminado por la Ley, sino del derecho a un juicio con todas las garantías del art. 24.2 de la CE, entre las que, como este TC ha dicho, debe incluirse el derecho a un Juez imparcial, fundamental en un Estado de Derecho, como se define el español en el art. 1.1 de la Constitución. Se concreta así el supuesto planteado a esa específica garantía, propia del recurso de amparo, sin perjuicio de que, en su caso, hubiera podido plantearse la constitucionalidad de la norma, sometiéndola al Pleno de este Tribunal.

Mas esta posibilidad desaparece en el caso, dado que el supuesto que aquí se plantea ha sido ya resuelto por dicho Pleno en la STC 145/1988, de 12 de julio, a cuya doctrina hay que ajustar la presente decisión, entendiéndola con las propias matizaciones que aquella Sentencia establece.

La Sentencia aludida, en efecto, decreta la nulidad por inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, que suprimía en los juicios que regulaba la posibilidad de abstención y recusación del Juez que hubiera realizado función instructora. Pero no declara la nulidad de toda Ley, permaneciendo por tanto vigente y válida la posibilidad del conocimiento y fallo de estas causas penales menores por el Magistrado-Juez, orgánicamente competente para las funciones de instructor.

La consecuencia es, en resumen, que admitida la abstención y recusación del Juez decisor por razón de haber sido instructor de la causa, sólo será eso factible

si esta última circunstancia hubiera sido cierta, es decir, si las actuaciones practicadas por dicho Juez pudieran ser realmente calificadas de instructoras, en el sentido de la descripción que hace el art. 299 de la LECr. Ya la STC citada 145/88 hace ciertas precisiones y adelantos de qué supuestos o diligencias pueden tener una entidad suficiente para fundar una causa de recusación en cuanto puedan permitir la existencia de prevenciones o prejuicios en el instructor (abstracción hecha de su imparcialidad como tal Juez instructor); el hecho de reunir el material necesario para que se celebre el juicio oral y el contacto directo y personal con las fuentes de ese material; la audiencia y declaración del detenido, que puede ser un verdadero interrogatorio; las decisiones sobre la situación personal del imputado; las comprobaciones necesarias para determinar si es o no delito el hecho objeto de querrela o denuncia; las actuaciones de oficio con carácter de investigación, etc.

Y, a la inversa, es la misma Sentencia la que se cuida de decir que pueden no darse esas circunstancias y que la actividad del Juez en esa fase previa puede estar limitada a una simple preparación del juicio, sin actuación investigadora, supuesto en el cual la garantía constitucional quedaba salvada (y la recusación o abstención injustificada).

Será, pues, en cada caso concreto donde habría que determinar si esa garantía constitucional que supone la imparcialidad del Juez no se ha vulnerado. Muestra de esa casuística es la reciente STC 164/1988, de 26 de septiembre, que en un supuesto de hecho análogo al presente desestimó el recurso de amparo por entender que el órgano judicial —aparte de realizar algunas actividades procesales, que no pueden considerarse instructoras, como la reclamación de antecedentes penales e informes de conducta— se limitó a señalar fecha para la celebración del juicio oral, admitiendo las pruebas propuestas, es decir, meros actos de ordenación del proceso, sin practicar diligencia alguna que implicara averiguación, calificación o juicio sobre los hechos.

No es esto lo ocurrido en el caso que ahora se enjuicia. Consta, en efecto, en las actuaciones, que el Juez no se limitó a simples actos de ordenación procesal, sino que, por las circunstancias del hecho —injurias o desacato entre autoridades— practicó diligencias propias de una investigación, tendentes, como es lógico, a determinar la existencia y veracidad de las imputaciones de la denuncia, entre las cuales cabe indicar las declaraciones tomadas por dicho Juez a los protagonistas del hecho y a diversos testigos, dictando después un Auto de libertad provisional para el Alcalde denunciado, todo ello, como previene la Ley, antes de convocar el juicio oral por el procedimiento especial que la misma previene.

De acuerdo, pues, con la doctrina de las Sentencias citadas, es claro que se está ante un supuesto en el que, al menos —y como afirma el Fiscal— se ha roto la «apariencia de imparcialidad» que constituye también el fundamento de la garantía del Juez decisor ajeno a la investigación previa, tal como, refiriéndose a esa apariencia, decía la STC 145/1988 en su también citada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso De Cubber, 26 de octubre de 1984) y en su alusión de que va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables.

(Sentencia núm. 11/1989, de 24 de enero. RA 693/88. «BOE», de 20 de febrero de 1989.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

ARTÍCULOS 238 y 240.2

Recurso de nulidad contra sentencia firme

Sin necesidad de llevar a cabo un recorrido exhaustivo de la doctrina elaborada en esta sede sobre dicha materia, es oportuno recordar que la STC 114/1986 —al tratar de un supuesto en el que el órgano judicial competente dictó Sentencia en la fase de apelación de un procedimiento civil sin haber oído al interesado en el recurso de apelación, no obstante haber comparecido aquél en tiempo oportuno como apelado, siendo la causa de tal incomparecencia atribuirle exclusivamente a un error u omisión del Tribunal— se refiere a la reiterada doctrina sobre el ámbito en que se desenvuelve el derecho a la tutela judicial efectiva, afirmando que comprende, entre otros, el derecho a la audiencia bilateral configurado por el principio de contradicción, «el cual se convertiría en inútil e imposible sin el deber judicial previo de garantizar esa audiencia (...) mediante las oportunas citaciones y notificaciones señaladas por la Ley procesal», siendo evidente que si tal actividad no se realiza por el órgano judicial, aun por error, «no sólo se contraría la Ley ordinaria, sino que por producirse indefensión, trasciende al ámbito constitucional y en se plano debe ser considerada» (fundamento jurídico 2.º). A igual conclusión llega la STC 112/1987, cuando al conceder el amparo solicitado frente a una Sentencia dictada *inaudita pars*, califica a las circunstancias allí concurrentes como objetivamente ajenas a la parte y causantes, también objetivamente, de la indefensión que se denuncia.

Son varios los pronunciamientos en los que este Tribunal ha puesto de manifiesto, tras el análisis detenido del trámite en el proceso judicial previo, que la lesión o vicio procesal originario desencadenante, en principio, de la quiebra del derecho fundamental invocado ha de identificarse en casos como el presente con el momento procesal en que, debiendo serlo, no fue llamado a juicio el interesado, con la consecuencia de que se dictara Sentencia sin haberse podido ejercitar la debida y necesaria contradicción.

En el caso ahora examinado (como en el resuelto por la STC 194/1987, entre otras), y teniendo presente lo que dispone la LOPJ (art. 240.2) es patente que la Audiencia Provincial no tenía otra posibilidad de actuación que la que llevó a término, por no existir cauce legal para acceder a la petición de nulidad, puesto que ya había recaído Sentencia —y Sentencia definitiva— en la segunda instancia, lo que es coherente con el principio de respeto a la cosa juzgada y, por tanto, y también, al principio de seguridad jurídica (STC 148/1988, fundamento jurídico 5.º). Pero lo anterior no puede constituir un obstáculo para que este Tribunal, al que corresponde la defensa última de los derechos fundamentales en cuanto representa no sólo una garantía del individuo, sino también «elementos objetivos del ordenamiento, dotados de importancia y protección máximas» (STC 163/1986), deba amparar, si así corresponde, al demandante en cuanto ha sido condenado en un proceso en el que el propio órgano judicial sentenciador reconoce que, objetivamente, y sin culpa del ahora recurrente, ha faltado la obligada y necesaria contradicción. Quiere decirse que, aun cuando la lesión del derecho fundamental denunciada no haya podido ser remediada por el órgano judicial, porque no po-

día serlo, no queda exenta de posible reparación y amparo (STC 159/1988). En efecto, tras la supresión del incidente de nulidad de actuaciones en la Ley procesal y la correlativa regulación de la materia de nulidad de los actos judiciales en la LOPJ (arts. 238 y siguientes), son tres las vías a través de las cuales puede obtenerse la declaración de nulidad de las actuaciones procesales cuando están afectadas por vicios que alcanzan la trascendencia que indica el art. 240.1 de la LOPJ, a saber, la primera, la consistente en denunciar la concurrencia de tales vicios a través de la interposición de los recursos articulados por las leyes procesales (art. 742 LEC y 240.1 LOPJ); la segunda, mediante declaración de oficio por parte del órgano judicial de la nulidad, siempre que el vicio no sea subsanable ni haya recaído aún Sentencia definitiva (art. 240.2 LOPJ), y la tercera, acudiendo a «los demás medios que establezcan las leyes procesales» (art. 240.1, *in fine*, de la LOPJ) (STC 191/1988).

Aparece, pues, como doctrina constante la innecesariedad de todo pronunciamiento acerca de la relevancia constitucional, en el propio ámbito de la jurisdicción ordinaria, el efecto o resultado de la aplicación del art. 240 de la LOPJ, en sus propios términos, es decir, de la prohibición para todo Juez o Tribunal de anular, simplemente por Auto o resolución inferior, una Sentencia definitiva, es decir, firme a estos efectos, o, lo que es lo mismo, no susceptible ya de recurso, salvo los extraordinarios de audiencia en rebeldía, casación y revisión, cuando, evidentemente, procedan. Conclusión que, por otro lado, podría tener también su base o fundamento en la consideración —utilizando el criterio de la *mens legislatoris*— de que el legislador de la LOPJ, de 1985, pudo tener en sus previsiones la existencia del recurso de amparo, del ordinario o judicial, aún no regulado, pero sobre todo del constitucional, hoy utilizable como último recurso para la restauración del derecho constitucional vulnerado, salvando así el principio de la cosa juzgada y evitando al tiempo (con la jurisdicción única y unificadora de este TC) la inseguridad jurídica que se provocaría con la eventual aparición de diversos criterios judiciales en la aplicación casuística de los decretos de nulidad.

Por lo demás, y en cuanto a la vulneración del derecho que se alega, es decir, el de audiencia en juicio o celebración de vista de un recurso para la que el apelado no fue citado —aquí el recurrente— es clara la estimación del recurso, dado el evidente y explícito reconocimiento de la circunstancia de hecho que originó aquella violación, reconocida por la propia Sala sentenciadora, es decir, el extravío del escrito de la parte personándose para la vista del recurso, en lo que ésta no tuvo intervención ni, por tanto suele serle reprochado. Situación creada análoga igual a los supuestos ya resueltos por las Sentencias de este Tribunal citadas, lo que excusa la reiteración de sus argumentos, antes apuntados y válidos para otorgar el amparo que se solicita y en sus propios términos, es decir, los de acordar la nulidad de las actuaciones procesales y decisiones judiciales practicadas y emitidas desde la presentación del escrito de personación a partir de lo cual la Audiencia podrá acordar lo que proceda en el ámbito de sus facultades.

(Sentencia núm. 22/1989, de 1 de febrero. RA 117/86. «BOE», de 28 de febrero de 1989.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

ARTÍCULO 248.4

Instrucción sobre recursos

El incumplimiento de lo establecido en el art. 248.4 de la LOPJ no siempre tiene relevancia constitucional; por el contrario, conforme a la propia jurisprudencia de este Tribunal, es preciso distinguir ente la mera falta de indicación y la mención equivocada, e incluso entre aquellos supuestos en que la parte está asistida de Letrado y aquellos otros en los que ésta no cuenta con dicha sentencia.

En efecto, la llamada «instrucción sobre recursos» pretende facilitar a las partes el acceso a los mismo, pero, siendo una institución conforme con los principios que inspiran el art. 24.1 CE, ello no quiere decir que cada vez que un Tribunal omita efectuar el correspondiente anuncio deba entenderse que, además de infringir la legalidad ordinaria ignore el citado precepto constitucional.

La institución tiene ciertamente como finalidad auxiliar, y no entorpecer, el acceso a los medios de impugnación previstos por la ley y, por tanto, no puede cargarse a la parte con las consecuencias perjudiciales de los errores judiciales. Tendría indudable trascendencia constitucional si, en virtud de una mención inexacta, se hiciera adoptar a la parte una postura procesal equivocada, no exclusivamente atribuible a su negligencia o impericia, dada la indudable autoridad inherente a la comunicación judicial, y haciendo inaccesible la vía del recurso. Pero no tiene el mismo alcance la simple omisión, que debe producir normalmente la puesta en marcha de los mecanismos para que sea suplida por la propia parte del proceso, especialmente si tiene la asistencia de Letrado (SSTC 70/1984, 172/1985 y 145/1986).

Lo expuesto funda la procedencia de excluir en el presente supuesto cualquier significado constitucional a la falta de indicación del recurso denunciada, ya que la recurrente actuaba con la dirección técnica de Abogado y, estando tanto el recurso utilizable, como el plazo hábil para hacerlo, expresamente indicados en el mencionado art. 787 de la LECr., ningún obstáculo serio existía para la observancia de la exigencia temporal, pues la omisión denunciada ni le vinculaba ni le eximía de la carga de suplirla, solicitando, incluso, si ello fuera preciso, la oportuna aclaración judicial sobre el régimen de impugnación del auto.

(Sentencia núm. 36/1989, de 14 de febrero. RA 718/88. «BOE», de 2 de marzo de 1989.—Ponente: Luis López Guerra.)

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Profesor Titular de Universidad.
Abogado del Estado

ARTICULOS 8.1.º, 9.1.º Y 10.º DROGADICCION. VALORACION EN LA IMPUTABILIDAD. HEROINA

(STS de 20 de enero de 1989. Pte. Sr. Soto Nieto)

Primero. El único motivo del recurso formulado por el procesado, al amparo del artículo 849.1.º, se basa en supuesta infracción de ley por inaplicación de la atenuante 10.ª del artículo 9 del Código Penal, pese a consignarse en el «factum» la condición de adicto a la heroína de aquél y ser la causa por la que se dedicaba a la venta de dicha sustancia la consecución del propio consumo. Es doctrina consagrada de Esta Sala la de que, implicando las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal un mudamiento o alteración sensible en la imputabilidad normal y directa asignada al autor de un hecho delictivo, con su natural e inmediata repercusión sobre la pena tipo abstractamente fijada a la infracción, para su correcta estimación en trámite de casación es preciso que en el resultando de hechos probados aparezcan expresa y terminantemente las bases fácticas, los elementos requeridos para la configuración del tal circunstancia, y con ello la misma nitidez y fuerza como el hecho mismo; pudiendo ser complementado el «factum» con los datos de tal naturaleza contenidos en los fundamentos jurídicos en tanto en cuanto supongan una homologación o complemento de aquellos hechos de acreditada constancia. Y ello sin que puedan conjeturarse o presumirse, con ausencia total o parcial de los indispensables apoyos fácticos en que se han de sustentar. Doctrina que alienta, entre otras, en sentencias de 20 de enero y 13 de abril de 1981, 13 de diciembre de 1982, 13 de junio de 1983, 21 de marzo y 9 de junio de 1984, 18 de abril de 1985, 16 de abril y 17 de diciembre de 1986, 13 de marzo y 21 de mayo de 1987.

Segundo. En los «hechos probados de la sentencia impugnada se alude a la condición de drogadicto del inculpado y que las sustancias estupefacientes ocupadas se hallaban destinadas a una «posterior venta para obtener el dinero necesario para su propio consumo, pues es adicto a la heroína». La figura del consu-

midor que se implica en sus actividades de tráfico al objeto de subvenir a sus necesidades, comprobada su drogodependencia, debe ser contemplada con especial atención en razón a que la culpabilidad, dadas las peculiaridades criminológicas de aquél, ha de estimarse disminuida. En la mayor parte de supuestos puede resultar apreciable un «minus» de culpabilidad, patente un arraigo dependencial y el apremio que pueda experimentar el sujeto para subvenir económicamente a sus exigencias. **Es indudable** —se dice en la sentencia de 25 de septiembre de 1987— **que el consumo habitual de ciertos opiáceos, entre ellos la heroína, puede transformar al sujeto en delincuente funcional** que ingresa en el pernicioso tráfico con el doble fin de procurarse la droga y un medio de vida, de modo que la drogadicción influye en la libre determinación de su voluntad, a la que conviene la atenuante analógica del artículo 9.10.º, del Código Penal. En consecuencia se impone la estimación del motivo.

ARTICULOS 10.6.º Y 406.4.º PREMEDITACION CONDICIONADA. ASESINATO

(STS de 27 de febrero de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Cuarto. Ajeno a nuestro derecho positivo el elemento, o criterio, sistemático como determinante de la premeditación, y contestado fuertemente el ideológico, restan como apoyos de dicha agravante el psicológico y el cronológico, de modo que la repetida circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal ofrece como notas características la frialdad y la persistencia en la resolución delictiva, requisitos ambos que concurren «prima facie» en el caso de autos, ya que la ideación de la fuga se traduce en un complejo plan que incluye el previo traslado desde el establecimiento penitenciario al hospital civil y la obtención de una pistola con la que vencer la resistencia de quienes se opusieran a la huida. El problema planteado en el recurso no se refiere, sin embargo, a la normal concurrencia de aquellos elementos, sino a la posibilidad o no de apreciar una permanente constante y homogénea resolución criminal cuando de la premeditación condicionada se trata.

Quinto. La **doctrina mayoritaria italiana**, encabezada por la más relevante personalidad de la escuela clásica, distingue entre el supuesto de la determinación cierta con incertidumbre sólo en cuanto al momento de ejecución, y el de la determinación incierta, en el sentido de hacerla depender de alguna condición. Luego, acepta siempre la premeditación en el primer caso, pero en el segundo únicamente estima la circunstancia si la mencionada condición consiste en un acto injusto por parte de la víctima. Dejando de lado el supuesto de la indeterminación en la ejecución, en el que la afirmación de la premeditación parece pacífica en todas las corrientes autorizadas, la solución en el segundo —el de una cierta suspensión de la decisión criminal hasta la producción del evento— ha sido contestada desde diversos ángulos, uno de los cuales apunta la confusión entre la valoración jurídica que merezca el hecho integrante de la condición y la estructura psicológica de la premeditación, dentro de la que no cabe operar con la indicada valoración, cuyo interés debe circunscribirse al ámbito de la legítima defensa o subsidiariamente, al del arbitrio judicial en la fijación de la pena. Ahora bien,

estas críticas al distingo —presentes también en la doctrina española, pese a seguir en general la posición «carresiana»— tanto pueden implicar una extensión como una restricción a la estimación de la premeditación condicionada, según las dos líneas a que se hará mención seguidamente.

Sexto. De un lado, hay quien abandona por completo la mencionada vía y acude a un nuevo planteamiento que desemboca en el rechazo de la agravante. Para ello se subraya la pretendida existencia de una dualidad de actos voluntarios —el de realizar el hecho delictivo si la condición se cumple, y el ratificador cuando llega ese momento—, de forma que el primero carecía de relevancia a los efectos de la premeditación y, en definitiva, no habría decisión única y permanente. De otro, vale reargüir que esta ratificación ulterior no constituye más que una cierta cualificación dentro de la ratificación constante que resulta poco menos que inherente a todo delito premeditado. En consecuencia, tal vez las acertadas censuras a las diferencias según la licitud o ilicitud de la condición, como comportamiento de la víctima o de un tercero deban desembocar en la estimación generalizada de la agravante en la hipótesis de premeditación condicionada en cuanto a la ejecución misma.

Séptimo. Por lo que atañe al **derecho histórico español**, el artículo 606 de nuestro Código Penal de 1827 acogía la premeditación «aunque el previo designio de cometerlo (el homicidio voluntario) se haya formado con alguna condición o con alguna diferencia en cuanto al modo de ejecutar el delito», al igual que la reconocía igualmente «aunque se haya formado el designio con relación a otra persona o persona indeterminada», y «aunque antes del homicidio se haya formado designio, no precisamente de matar, sino de maltratar a una persona determinada o indeterminada, siempre que al tiempo de ejecutar el delito se unan en el reo la espontaneidad y la intención actual de dar la muerte». Estos interesantes complementos —verdaderas muestras de interpretación auténtica— desaparecen en el Proyecto de 1830 (artículos 27 y 117), pero pasan con alguna modificación al Proyecto de 1831, a tenor de cuyo artículo 794, referido al homicidio cualificado, «aunque el designio de dar la muerte a otro no fuere absoluto, sino condicional y subordinado a algún hecho eventual, siempre que aquélla llegue a verificarse, se considerará como hecho con premeditación». Más tarde, el Proyecto de 1834 (artículos 30 y 318) vuelve a prescindir de tales aclaraciones, línea a la que acaban sumándose el Código de 1848 y todos los posteriores. En la actualidad, el Código Penal francés sigue recogiendo en su artículo 297 la premeditación condicional —decisión «dependiente de cualquier circunstancia o de cualquier condición»— omitiendo, como las citas españolas, matizaciones o diferencias según la valoración que el condicionamiento pueda merecer.

Octavo. La **jurisprudencia patria se ha decantado abiertamente por aquella posición doctrinal mayoritaria en Italia y España que liga la apreciación de la repetida premeditación condicionada a la injusticia del acto futuro de la víctima, convertido así en condición para ejecutar o no la acción delictiva integrada en el plan inicial.** Pueden verse a este respecto las Sentencias de 27 de mayo de 1900 (en vigor aún el Código Penal de 1870), 18 de marzo de 1950, 14 de junio de 1958, 25 de noviembre de 1959, 22 de junio de 1960 y 19 de enero de 1971. Merece destacarse especialmente esta última, que menciona en su apoyo algunas de las anteriores y se refiere a un parricidio en el que la condición determinante fue la fundada oposición de la esposa y víctima, a desistir de los trámites para

la separación y reanudar la vida en común. Considerada justa la actuación de la mujer, el Tribunal Supremo no encontró obstáculo para estimar la agravante.

Noveno. Dado que las intenciones, ideaciones y planes de las personas han de alcanzarse mediante los actos extremos, y que los presupuestos de toda eximente o circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal deben hallarse tan acreditados como los elementos nucleares de las figuras delictivas, según una constante jurisprudencia que hace innecesaria la referencia expresa a la premeditación «conocida» (exigencia ésta que desaparece en el Proyecto del Código Penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983) —en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983— señalar primeramente cómo en el caso de autos no puede haber duda racional acerca de la premeditación condicionada. La inclusión de la pistola y de su munición en el proyecto de fuga, y el rápido disparo al vientre de uno de los dos policías tan pronto como el procesado observó que la mera comunicación no garantizaba la huida, revelan, que pese a la lógica presunción de que aquél hubiera preferido escapar sin tener que matar a alguien, la posibilidad del homicidio —o mejor, del asesinato— había sido largamente contemplada y asumida, de manera que, en el supuesto más favorable, solo se dispararía, y dispararía a matar, si ello fuera necesario o conveniente, es decir, conforme a un condicionamiento en el que la oposición de los guardias a tolerar la evasión nunca merecería la calificación de injusta. Consecuentemente, la desestimación de este cuarto motivo del recurso es acorde con una doctrina jurisprudencial que, de ser modificada, parece debería serlo en cuanto a prescindir del carácter lícito o ilícito de ese hecho —u comisión— de la víctima, convertido en condición para ejecutar, en su caso, la acción delictiva ya prevista.

ARTICULO 14.1º AUTORIA. DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO. VIGILANCIA

(STS de 21 de febrero de 1989. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

Segundo. En los motivos primero y segundo de casación por infracción de ley se alega la infracción del **artículo 14.1.º del Código Penal**. Sustancialmente viene a sostener el recurrente que **la acción de permanecer al volante del vehículo mientras se comete el robo**, proporcionando asimismo el medio que permite la fuga y consumación del mismo, no es constitutiva de autoría, o más precisamente de coautoría. Apoya la Defensa su razonamiento en la comprobación de que el recurrente, con la realización de esa acción, no ha tomado parte en la intimidación, por lo que la autoría se debe excluir.

La Defensa del recurrente no explica, de todos modos, qué significación jurídico penal atribuye a la actuación del procesado.

El motivo debe ser desestimado.

El punto de vista presentado por el recurrente presupone una concepción de la autoría que no toma en cuenta otra forma de participación que la individual. Naturalmente desde tal perspectiva quien no ejecuta la apropiación y ejerce la violencia no completa el tipo penal del robo. Pero, una concepción tan estrecha, sin embargo, no resulta sostenible ni sobre la base del texto legal del **artículo 14**

del Código Penal, ni con apoyo en la finalidad de esta disposición. En efecto, ya el número primero del **artículo 14 del Código Penal** hace referencia a sujetos plurales, lo que permite pensar que el legislador ha querido alcanzar no sólo la realización del tipo en forma individual, sino también la realización en común del tipo penal. La finalidad del precepto por otra parte, es la de sancionar de una manera determinada a los que asumen un papel principal en la ejecución del delito, razón por la cual se debe extender también a los que desempeñan tal papel en forma conjunta.

La tesis postulada por el recurrente se podría apoyar también en la teoría formal objetiva de la autoría, que sólo permite considerar como coautor al que realiza alguna acción ejecutiva. En tal caso, al no haber ejecutado el procesado ni una acción de apoderamiento de cosa ajena, ni haber ejercido violencia o empleado intimidación, no podría ser considerado coautor. Estos conceptos, sin embargo, no han sido, seguidos por la jurisprudencia de esta Sala.

La jurisprudencia más reciente, al tratar precisamente de los actos de vigilancia (por lo general en el robo) **los ha considerado una forma de coautoría** (SSTS 16-2-87, 31-8-87, 11-12-87, 31-3-87, entre otras), demostrando de esa manera su rechazo de las premisas de la teoría formal objetiva en la delimitación de la autoría y la participación, pues sólo partiendo de un criterio diferente es posible llegar a tal solución en relación a los actos de vigilancia.

La decisión de esta Sala en este sentido tiene un claro apoyo doctrinario. En efecto, **un criterio formal-objetivo para la delimitación de la autoría resulta inconciliable con los presupuestos valorativos de la ley y los fines político-criminales del legislador, dado que ni la autoría mediata ni la coautoría se pueden explicar satisfactoriamente con tal punto de vista**, a pesar de ser sucesos cuyo sentido jurídico no difiere esencialmente de la autoría. Por ello, al no ser impuesto por el texto legal de una manera categórica, el criterio formal-objetivo, que podría sostener la tesis del recurrente, no puede ser admitido como base de la interpretación del artículo 14.1º del Código Penal.

Esto permite afirmar que **«tomar parte directa en la ejecución del hecho» no significa exclusivamente realizar una parte de la acción típica o un aspecto de la misma, sino también llevar a cabo un comportamiento de especial significación en el contexto de la comisión del delito** (Confr. STS 20-10-88, REC. 4081/85). La determinación de esta singular significación ha sido llevada a cabo por esta Sala en sus más recientes precedentes con apoyo en criterio del dominio del hecho, o en el caso de la coautoría del codominio funcional del hecho (Confr. SSTS 12-2-88; 8-10-88; 5-10-88, Rec. 2993/85; 20-10-88, Rec. 4081/85; 15-4-88 y anteriormente 21-3-73; 10-1-87; 11-5-87; 9-10-87; 11-12-87).

El codominio del hecho del que espera al volante del coche a los que llevan a cabo la apropiación mediante intimidación de la víctima asegurando y posibilitando la consumación del hecho la huida de los auditores, no parece discutible. El codominio del hecho presupone una división de tareas mediante la cual cada uno de los partícipes ejerce parcialmente el dominio del hecho en el estadio de la ejecución. Ello será de apreciar cuando el partícipe ejerza una función esencial para el éxito del plan. El que espera con el coche dispuesto para alejar a los autores del atraco del lugar del hecho realiza un aporte esencial para la consumación. Al haber tenido en sus manos la conducción del automóvil, el recurrente

tuvo el dominio de una parte del plan común (Confr. en sentido similar STS 5-10-88, Rec. 2999/85) y por tanto un dominio funcional de todo el hecho.

En consecuencia, estando acreditado en los hechos probados que los autores tomaron la decisión de la ejecución en común, no cabe duda que el recurrente ha sido correctamente considerado cautor.

ARTICULOS 52.2.º, 411 Y 413. DELITO IMPOSIBLE. ABORTO

(STS de 16 de febrero de 1989. Pte. Sr. Cotta y Márquez de Prada)

Primero. La Sentencia de esta Sala de 9 de abril de 1952 estableció ya con una claridad evidente, interpretando el **párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal**, que aun cuando nuestra legislación represiva no contiene una noción completa del delito imposible, salvo la referencia que de él se hace en la norma acabada de invocar, la doctrina legal y científica hacen radicar esta causa de imperfección de la infracción delictiva en la imposibilidad de que se cometa y en que esta imposibilidad exista desde el momento de la resolución criminal, aun antes de los actos de ejecución, porque dados los medios empleados, —lo que constituiría una tentativa idónea—, o la falta de objeto —**delito imposible** propiamente dicho—, la infracción justiciable nunca podría cometerse.

Segundo. Aplicando al caso del recurso la doctrina acabada de exponer es claro acierto de la Sala sentenciadora al penar la conducta de la recurrente como constitutiva de un delito de aborto en grado de imposibilidad de producción, pues, creyéndose embarazada, se sometió por precio a prácticas abortivas adecuadas para conseguir el fin propuesto, que no alcanzaron su maligno objetivo por **inexistencia del feto**, lo que es punible por la vía del artículo 52 en relación con el 413, ambos del Código Penal, según jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en sus sentencias de 30 de diciembre de 1955, 30 de septiembre de 1965 y 17 de junio de 1969.

Tercero. Finalmente, que contra la anterior calificación no puede prosperar la alegación que se hace de no ser posible aplicar a los delitos de aborto las prescripciones del citado artículo 52 por estar sancionada ya tal conducta, en caso de imposibilidad de consecución, en el párrafo final del artículo 411, pues esta **previsión legislativa sanciona un delito complejo de aborto y homicidio o lesiones graves producidas con empleo de prácticas abortivas aptas o inidóneas pero realizadas por persona ajena a la mujer en que se efectúan, se encuentre ésta encinta o no, y el caso del recurso está incluido en el segundo supuesto del artículo 413, ya repetido, que alude a la mujer que consintiere que otra persona le causa el aborto, lo que, para el caso de imposibilidad de conseguirlo por falta de embarazo, ha de alcanzarle la pena que señala el artículo 52, por estar incurso en el relatado comportamiento.**

ARTICULOS 67 Y 66. INTERDICCION DOMICILIARIA. PENALIDAD CON LAS EXIMENTES INCOMPLETAS

(STS de 6 de abril de 1989. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Primero. El artículo 67 del Código Penal establece para determinada clase de delitos una facultad discrecional como medida especial de interdicción domiciliaria, con finalidad cautelar, complementaria o adicional de las penas típicas asignadas, similar a la pena de destierro, y que consiste en la prohibición de volver el reo al lugar del delito o en que residan la víctima o sus familiares si fueren distintos, atendiendo para ello a la objetividad del delito cometido y a la subjetividad del delincuente por el peligro que representa su actuación futura. Tiene, pues, esta medida un carácter ambivalente —medida de seguridad y penalidad retributiva—, al que se refiere las sentencias de esta Sala de 22 de marzo de 1969, 14 de octubre de 1975, 26 de diciembre de 1986 y 15 de febrero de 1988, que pueden acordar los Tribunales en sus sentencias —añade la reciente Resolución de 29 de septiembre de 1988— siempre que haya existido contradicción sobre el particular, la que han de provocar oportunamente el Ministerio Fiscal o partes acusadoras; y la razón estriba —siguiendo el dictado de esta sentencia «en que la citada prohibición afecta en todo caso a un derecho básico proclamado en el artículo 19 de la Constitución y encierra un indiscutible contenido aflictivo, de manera que nadie puede ser condenado a sufrirla sin que se respete la tutela judicial efectiva, y en definitiva, sus derechos al conocimiento de la acusación y a defenderse, todo ello de perfecto acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de nuestra Ley Fundamental». Al resultar comprometido, finalmente, un derecho constitucional con cauce abierto en el artículo 5.º4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debe superarse la posible irregularidad de la vía procesal utilizada prestando atención primordial a la voluntad impugnativa claramente deducida del motivo del recurso, que debe ser estimado sin la trascendencia derivada del artículo 901 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Segundo. La interpretación del artículo 66 del Código penal suscita una cuestión de singular interés práctico: en el sentido que ha de darse a la frase «imponiéndola —se refiere a la pena inferior en uno o dos grados— en el grado que los Tribunales estimen conveniente». Un criterio interpretativo reduce el arbitrio judicial a determinar la rebaja de la pena en uno o dos grados, quedando la elegida sometida a la dosimetría del artículo 61. Un segundo criterio propugna una discrecionalidad absoluta con abandono del artículo 61.

La doctrina jurisprudencial mayoritaria se ha inclinado hacia la primera solución, pero no han faltado ni faltan (Vid. sentencia última de 23 de febrero de 1988) resoluciones que han quebrado aquella línea interpretativa, asistidas —sin duda— de razones históricas y gramaticales estimables, y del argumento «ad absurdum», aludido en la sentencia citada, de evitar que el Tribunal, cuando concurre con la eximente incompleta una atenuante ordinaria, se vea compelido a imponer —si opta por la doble rebaja— el grado mínimo de la pena, prescindiendo de los grados medio y máximo.

La interpretación más ajustada al sentido de la ley parece coincidir con la doctrina más consolidada de esta Sala (sentencias de 17 y 31 de mayo, 13 y 27 de junio de 1988, por citar las más próximas), porque la palabra «grado»

ha de venir referida a la cuestión más trascendental del precepto, es decir a la rebaja de la pena, sin que existan razones para excluir las reglas del artículo 61 al concurso de eximente incompleta con las circunstancias modificativas ordinarias, cuya compatibilidad nadie discute. Ahora bien, este criterio de sujeción a las reglas dosimétricas del artículo 61, de carácter imperativo, debe ceñirse a la rebaja que tiene esta cualidad preceptiva o necesaria, es decir cuando se opta por la pena interior en un grado; si se elige, empero, la inferior en dos grados, en ejercicio de la facultad discrecional concedida por la Ley, entonces la discrecionalidad se propaga a todo el dispositivo y funciona de modo absoluto, sin vinculación alguna al artículo 61; solución ecléctica que evita la grave inconsecuencia —antes apuntada— de que puedan quedar fuera de la posible elección del Tribunal ciertos tramos de la pena.

Aplicando el criterio expuesto al caso enjuiciado es llano que, al haberse elegido la pena inferior en grado, las reglas del artículo 61 del Código son de observancia, y, concretamente, la regla 4.^a impide que la pena rebase el grado medio del arresto mayor; con este alcance se estima el segundo motivo del recurso.

ARTICULO 240. DESACATO A LA AUTORIDAD. FALTA DE DESOBEDIENCIA

(STS de 19 de enero de 1985. Pte. Sr. Ruiz Vadiello)

Segundo. En cuanto al delito de desacato del artículo 240, párrafos primero y segundo, inciso 2.º, del Código Penal es necesario examinar como presupuesto básico de la existencia del delito la concurrencia de calumnia, injuria, insulto o amenaza al constituir éstas las conductas tipificadas como delito.

Las expresiones en este caso proferidas fueron conforme al hecho probado «que no repitan los actos de esquirolage», «que no se desvíen fondos públicos a otras faenas que deben ser presupuestadas con otros fondos», «que se nos paguen los jornales que el Ayuntamiento nos debe de las faenas realizadas entre el 17 y el 21 de julio pasado», «que es una vergüenza que los grupos escolares estén “comios” de porquería, sin blanquear, limpiar ni pintar desde el verano de 1983», «que es indignante que este Ayuntamiento permanezca tan tranquilo mientras nuestros hijos están expuestos a sufrir un grave accidente por la ruinosa situación de tablas, tejados y muros de algunas construcciones», «que es una vergüenza que por boca del Sr. Alcalde accidental se haya dicho que no hay presupuesto de limpieza de los grupos», «que es indignante que presentados escritos firmados por los 53 trabajadores que hemos faenado en los grupos entre el 17 y 21 de julio de 1984 dirigidos al Sr. Alcalde, ni éste ni el Pleno del Ayuntamiento se han dignado contestar hasta la fecha», «que cita el recurrente que además que es vergonzoso que este Ayuntamiento en vez de apoyar las justas reivindicaciones de los trabajadores en paro las boicotee, permitiéndose violar la ley en el día de la fecha desviando los fondos públicos destinados al arreglo de las conducciones de agua al traer esta mañana a trabajar a esos trabajadores contratados por el PER a reparar tejados en los grupos escolares, esta acción, dijeron, que nos reservamos el denunciar ante los Tribunales para que ellos valoren si constituye un delito, supone un acto de esquirolage político propio de los

peores enemigos de la clase obrera; sepa este Pleno que los trabajadores y trabajadoras en paro sabremos responder a esta acción tan poco digna de los que dicen representar a los vecinos de Alameda».

Frente a tales expresiones hay que señalar de entrada que ninguna de ellas constituye injuria, calumnia, insulto o amenaza presupuestos como ya se anticipó del delito de desacato, sino manifestaciones de naturaleza política, en el más amplio sentido de la palabra, del descontento de una parte de la ciudadanía de Alameda frente a la política del Ayuntamiento en relación con el paro.

Pero es que además, aunque alguna de las frases sea hiriente, como calificar de esquirolage político propio de los peores enemigos de la clase obrera, determinados comportamientos del Ayuntamiento, tampoco puede afirmarse que sea propiamente injuria, sino el **modo de exteriorizar una queja frente a los representantes del pueblo** que por otra parte ya habían querido materializarse con entrega de escritos en ocasiones precedentes y en el mismo día en que los hechos acaecieron.

Aun así, la precisión de un equilibrio entre el mecanismo protector del **derecho al honor** (una de cuyas manifestaciones es el desacato) y es respeto al de igual significado fundamental de la **libertad de expresión** es una necesidad que los tribunales deben obtener, siguiendo las pautas marcadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional. Esta armonización de los valores constitucionales en liza ha de conseguirse mediante un criterio de ponderación, situando al lado de cada uno de ellos las circunstancias concurrentes, el significado social, la finalidad, el beneficio o perjuicio a la causa pública, es decir a la sociedad, etc.

Y en este caso, el exceso en la expresión de quienes como **trabajadores en paro** exponen y exigen a sus representantes los que consideran pretensiones legítimas no puede incorporarse a la tipología penal que presupone un ánimo de injuriar o menospreciar que en estos supuestos de excesos verbales, no se da partiendo de que las expresiones proferidas no son en sí misma injuriosas.

Todo cuanto queda dicho es compatible con entender que en los hechos probados se ofrece sin duda una falta de respeto y consideración a la autoridad al dejar de cumplir el procesado la orden que de forma directa daba el Alcalde, conducta que puede sancionarse pese a no haber sido objeto de acusación por el Ministerio Fiscal porque el delito de desacato del artículo 240 y la falta del artículo 570.5 del Código Penal responden, de alguna manera, a una cierta, aunque limitada unidad estructural y porque el propio recurrente en su escrito de formalización del recurso, admite la posibilidad de que los hechos constituyeran la **falta** reseñada. En efecto, la falta de desobediencia se caracteriza por no ser activa, ni violenta ni persistente como señala la Sentencia de 10 de julio de 1982 y recuerda la de 18 de enero de 1988.

ARTICULO 244. DESACATO A LA AUTORIDAD

(STS de 22 de febrero de 1989. Pte. Sr. Montero y Fernández-Cid)

Primero. El recurso se inicia mediante un primer motivo por infracción de ley con sede procesal en el artículo 849.1 LECr., en el que la parte recurrente alega la vulneración por aplicación indebida del precepto penal sustantivo consti-

tuido por el artículo 244 del Código Penal, al reputar que los artículos periodísticos suscritos por el procesado condenado por el Tribunal sentenciador de instancia no encerraban propósito o móvil alguno de menosprecio hacia el presidente de la Diputación Provincial, sino simple ánimo de crítica, aunque severa, sobre su actuación pública. En una primera aproximación al análisis fundamentador conviene recordar dos cosas: a) Que el problema de la difícil acotación de los campos respectivos del derecho al honor y el de libertad de expresión, respectivamente establecidos en los artículos 18 y 20 de la Constitución Española, es como recientemente se ha subrayado por autorizada doctrina científica, el único supuesto en que se da tal tensión entre derechos a nivel máximo, es decir, entre dos derechos fundamentales, pues los demás supuestos representables pueden serlo entre un derecho fundamental y otro que, aunque constitucionalizado, ostente un rango secundario respecto a aquél (por ejemplo, entre derecho a la huelga y derecho al trabajo). b) Que se trata de un conflicto no regulado por inexistentes principios explícitos constitucionales, sino a resolver por el principio de ponderación de bienes, y en este marco la idea matriz es obviamente la derivada de que mientras el derecho al honor está muy cercano al núcleo de la personalidad, el de la libre expresión resulta inseparable del modelo de sociedad que proclama la Constitución Española y constituye el soporte o marco inseparable para la salvaguardia de las demás libertades públicas. Se ha podido decir que así como es preferible que haya terroristas a que se dé un terrorismo institucionalizado por el Estado, así como es preferible que haya abundantes delitos contra la propiedad a que el Estado haga operar un sistema antisocial en las relaciones propiedad, así también es preferible sacrificar a veces la esfera personal de algunos para que la sociedad pueda informar y ser informada.

Segundo. Todavía en este excursus inicial se debe recordar, asimismo, que esta prevalencia inicial viene, a partir de la STC de 16 de marzo de 1981, constantemente afirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, habiéndose así declarado en la STC de 31 de marzo de 1982 que el «artículo 20 de la Constitución Española tomado en su conjunto y en sus diversos apartados, constituye la garantía de una comunicación pública, libre y sin la cual quedarían vacíos de contenido otros derechos que la Constitución Española consagra y reduce a formar hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de libertad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución Española y que es la base de nuestra organización jurídico-política»; expresando a su vez la STC de 17 de julio de 1989 que «tal artículo 20, en cuanto garantía de una opinión pública libre, necesaria para el pluralismo político, que es un valor y un requisito para el funcionamiento del Estado democrático, supone una dimensión de garantía de una institución pública fundamental que otorga a las libertades del artículo 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales». Finalmente, también en esta dirección prologal o iniciativa se debe recordar que existe una desigualdad en la confrontación de las áreas honoríficas de una persona pública en cuanto referida a su actuación como tal y la de un sujeto privado o particular, ya que la preponderancia del derecho a la libre información será de apreciar sobre todo cuando se proyecte o tenga por objeto la participación en la formación de la opinión pública en asuntos de Estado, de la comunidad social o del interés público en general, por derivarse ello del carácter institucional que tiene en el Estado democrático

de Derecho a la opinión pública libre, lo que esteriliza la viabilidad por lo general del llamado «reportaje neutral», como claramente se expresa en el TEDH S de 8 de julio de 1986 (dictada en el caso *Kreisky*), al declarar que «los límites de la crítica admisible son más anchos respecto de un hombre político, considerado en esta cualidad, que de un simple ciudadano: a diferencia del segundo, el primero se expone, inevitable y consciente, a un control atento de sus hechos y gestos, tanto por los periodistas como por la masa de ciudadanos. Debe, en consecuencia, tener mayor tolerancia».

Tercero. Recordado lo precedentemente expuesto, se puede ya iniciar el análisis del motivo. En primer lugar, se ha de destacar que éste, en su formulación, aparece lastrado por un grave error de planteamiento. Su referencia al «contexto» de los distintos artículos periodísticos no puede ser ahora atendida dada la vía impugnativa por él elegida, que inexorablemente impone estar a la declaración de hecho probados sin posibilidad de acudir a elementos extrínsecos a la narración con arreglo a la norma contenida en el artículo 884.3 LECr. Cierto es que el relato debió transcribir el texto íntegro de los escritos periodísticos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, Orden de 5 de abril de 1932, pero ello no ha sido denunciado por las vías procesales adecuadas, y, en definitiva, no se ha producido indefensión alguna, pues, como señala el STC 9/1982, de 10 de marzo, seguida por las de esta Sala de 17 de noviembre de 1983 y 25 de junio de 1986, «las expresiones presuntamente injuriosas, aunque siempre habría sido necesario interpretarlas dentro del contexto, hubieran debido ser individualizadas, pues sólo determinadas expresiones y no todo el escrito pueden reputarse injuriosas».

En segundo lugar, lo que el primer fundamento de la sentencia sometida a recurso denomina «campana», pues se trata de artículos periódicos comprendidos entre las datas de 16 de octubre de 1983 hasta el 38 de julio de 1984; en cuya seriación se vierten epítetos como los de «personajillo que conoce lo que es el poder y la medida en el desarrollo de sus funciones», que «no hay como un buen puesto para ponerse las botas», «yo pediría a los ciudadanos que se fijaran cuánto engorda», «capacidad de embuste no le falta», «trayectoria un tanto golfa», «lo único que le importa es cubrir su etapa e irse suficientemente lleno» y «por lo visto pretende seguir la juerga en los tugurios de la ciudad a mi costa». Esta seriación continuada —en otros ordenamientos constitutiva del tipo especial de difamación— cobra sentido sistemático y por sí sola sería ya suficiente para eliminar la finalidad de crítica política al verterse de manera reiterada epítetos en sí mismos degradantes (SSTC de 31 de octubre de 1983 y 17 de octubre de 1984), sin expresarse de forma objetiva, serena o comedida, sino añadiéndose exabruptos o vituperios (STC de 11 de febrero de 1985), pues, en definitiva, como reiteradamente se ha declarado por esta Sala que ningún derecho es ilimitado y que incluso el de libertad de expresión debe terminar allí donde comienza el derecho de las demás personas a defender su honorabilidad, dignidad y prestigio.

Cuarto. Ello sería suficiente para desestimar el motivo, en tanto en cuanto ningún ordenamiento jurídico puede tutelar ni cobijar bajo el pretexto de ejercicio de una libertad pública agresiones ilimitadas al derecho al honor, que por su contenido reaccional y por ello no limitable por la legislación ordinaria (STC de 25 de junio de 1986) está imprecisado de actividad y carece de contenido esencial, pues en sí mismo y en toda su intensidad está dotado de la superprotección

otorgada por el artículo 53.2 de la Constitución Española y la legislación de desarrollo. Mas lo indicado resulta inane si se sobreañade el plus contemplado por la sentencia recurrida y que relata dos hechos encorsetados en la descripción del modo siguiente: «a) Que se habla insistentemente de que por obra y gracia de su exclusiva ocurrencia se han depositado más de 200.000.000 de pesetas en el Banco Atlántico, se dice que por ello se percibe un interés y los maledicentes que hasta un extratipo especial que no va hasta las arcas corporativas, y b) Que, aprovechando un viaje a Méjico, sufragado por la Diputación, varios de los viajeros aprovecharon para conseguir colocar una partida de vinos de Mondéjar, de cuya exportación de 1.000.000 de botellas percibirán una comisión de 5 pesetas botella y otras 5 del destinatario. Los viajeros en esta ocasión fueron...»

Se ha subrayado doctrinalmente de manera pacífica que mientras el delito de injuria es un «tipo abierto», el de calumnia cumple autárquicamente las exigencias propias de la tipicidad penal. En una tipicidad referencial cual el delito de desacato, en cuya precisión se engloban disyuntiva o copulativamente ambos, el dato lejos de ser inessential es absolutamente relevante. En sentido colector ambas imputaciones se cobijan bajo la fórmula de «se habla insistentemente». Se está así, con pretendida habilidad, tratando de sortear el verbo nuclear del tipo de calumnia consistente en imputar. Desde ahí, y sin penetrar analíticamente si se está en presencia de aquél, al ser innecesario, dado el planteamiento general del caso, lo cierto es que tales afirmaciones inciden de lleno en ataque deshonorante, pues sacralizar un rumor comporta cuando menos dos tipos de cargas: a) *Probar su veracidad* «exceptio veritatis» si la imputación se verifica no de manera hipotética, sino de forma asertiva. b) *Acreditar* —si se hace de tal modo sinuoso— no la total exactitud de la noticia, sino la prueba de que la búsqueda de la información se haya comportado de modo diligente para verificar la autenticidad; que el medio informativo tratase de hallar con razonable diligencia la veracidad de aquélla, pues, aunque con tal carga probatoria en los procesos por difamación no deba atribuirse en exclusiva a una de las partes, sino que es algo en determinada manera compartido, lo cierto es que si está en presencia de una absoluta abstención acreditativa o, por mejor decir, de producción de prueba dirigida a mostrar un anónimo de signo distinto, el derecho reaccional al honor recobra su propio ser y se muestran plenos de contenido todos los ataques al mismo.

ARTICULOS 249.2.º, 514 Y 516.1.º DESORDENES PUBLICOS. HURTO DE COSAS DESTINADAS A UN SERVICIO PUBLICO. DIFERENCIAS

(STS de 2 de febrero de 1989. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Segundo. El título II del Código Penal, bajo la rúbrica «De los delitos contra la seguridad interior del Estado», y en el Capítulo IX dedicado a los desórdenes públicos otorga relieve penal a una serie de conductas que alteran o trastornan el ritmo normal de la vida ciudadana, que exige un riguroso respeto a los lugares de uso y de concurrencia colectiva y al normal funcionamiento de los servicios públicos; y a este bien jurídico protegido, que es autorizada fuente interpretativa del alcance y límites del reproche penal, debe conectarse el elemento o tipo subjetivo, de suerte que la finalidad de alterar el orden público, a través

de los servicios de esta índole, justifica y da sentido a las formas delictivas del artículo 249 del Código, y en torno a este precepto legal no se venía exigiendo, para la construcción del tipo subjetivo, la intención específica de alterar o perturbar el orden público, bastaba el dolo de consecuencias necesarias sin salir del ámbito del dolo directo porque al resultado querido—substracción— iba anudada, por una relación directa y necesaria, la interrupción o alteración del servicio público, en la que ponía el acento la Ley de 4 de mayo de 1948, antecedente inmediato del aludido precepto.

La nueva ordenación de los delitos patrimoniales en la reforma legislativa de 1983 creó formas agravadas de cosas destinadas al servicio público (artículos 506.6.º y 516.1.º), provocando la concurrencia de estas tipificaciones con las previstas en el párrafo segundo del artículo 249; las soluciones que esta situación sugiere se han enderezado a buscar espacio a los dos tipos agravados, bien acotando—con criterio regido por el principio de especialidad o de alternatividad— el campo de aplicación de cada uno de ellos, bien acudiendo al elemento subjetivo para la definición de estas conductas. La primera solución propiciaría para el hurto y el robo un carácter o misión residual, reduciendo su aplicación a los apoderamientos de cualquier objeto destinado al servicio público, pero distinto de los mencionados en el artículo 249; la segunda solución entiende que la finalidad de alterar el orden público da sentido al susodicho artículo 249 elevándola al rango de elemento subjetivo del injusto, con la consecuencia de someter todos los supuestos a las formas agravadas comunes del robo y del hurto de los artículos 516.1.º y 506.6.º; mientras no consta o se deduzca de los hechos aquella finalidad o motivación específica.

La jurisprudencia de esta Sala, en una dirección que ha tenido inicio en la sentencia de 8 de noviembre pasado, se ha inclinado a la segunda solución estimando que en los desórdenes públicos, integrados en el seno de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, ha de quedar claramente explícita la intención primordial o preponderante de atentar contra la paz pública o de alterar gravemente el ritmo normal de la vida ciudadana, solución que recorta el ámbito de aplicación del artículo 249, pero está en línea con las mayores exigencias del principio de culpabilidad que adopta sin reservas la Ley de 1983, con el principio de proporcionalidad de la pena, y con la tendencia que «ex lege ferenda» exterioriza el Anteproyecto de 1983 al extraer aquellas conductas agravadas de apoderamiento del marco legal de los desórdenes públicos, dando respuesta a una reiterada demanda de la doctrina penal que propugnaba su abolición por entender, con buen fundamento, que aquel dispositivo penal agravado debía su existencia a circunstancias coyunturales desde hace años superadas.

Las razones expuestas conducen a la estimación de los motivos segundo y tercero del recurso, respectivamente amparadas en los artículos 249, párrafo segundo, del Código Penal por aplicación indebida, y en los artículos 514, 515 y 516 del mismo Texto por no aplicación, pues al existir elemento fáctico alguno que permita referir la intencionalidad del sujeto a interrumpir o perturbar el servicio público de comunicaciones han de extraerse los hechos del delito de desórdenes públicos e inscribirlos en el ámbito de los delitos patrimoniales, concretamente en el hurto por ser inespecífica la fuerza concurrente.

ARTICULO 254. TENENCIA ILCITA DE ARMAS. DISPOSICION EN LA ENTREGA A TERCERO

(STS de 20 de enero de 1989. Pte. Sr. Barbero Santos)

Unico. Indadmitido por Auto de esta Sala de 10 de noviembre de 1988 el motivo primero, por infracción de Ley, quedó subsistente el segundo también por infracción de Ley, y con apoyo en el núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que denuncia la aplicación indebida el art. 254 del Código Penal.

En el desarrollo del motivo la representación del recurrente alega que no cabe tenencia ilícita de armas porque éstas no se incautan en el domicilio de éste «y el hecho de que se reconoce que esta tenencia de las armas es por poco tiempo, se las facilita una tercera persona y se desprende en seguida por las razones alegadas», es decir, «temeroso de que la policía las descubriera en su domicilio».

Hecho probado es que las armas, en perfecto estado de funcionamiento, se hallaban en poder y disposición de otro procesado, desde que, pocas fechas antes, se las entregó el recurrente «quien, hasta ese momento, las tuvo también en su poder y a su disposición, aunque por poco tiempo, pues habiéndoselas facilitado un tercero no identificado, se desprendió de ellas en seguida, temeroso de que la Policía las descubriera en su domicilio, donde las tenía escondidas».

Es evidente, pues que el recurrente tuvo en su poder las armas y que dispuso de ellas al entregarlas a un tercero. La tenencia de armas es un delito formal, de peligro, que se consuma por el mero hecho de la detentación de las armas, acompañada del «animus detenendi». El procesado no tuvo en su poder las armas para contemplarlas, examinarlas o repararlas, sin capacidad de disponer de ellas. Todo lo contrario: **aunque por breve tiempo, las tuvo en su poder con capacidad de disponer de ellas, y dispuso entregándolas a un tercero.** La motivación de este acto de entrega —temor de que la Policía las descubriera en su domicilio—, carece de trascendencia. El motivo se ha de desestimar.

ARTICULO 280. FALSIFICACIÓN DE MARCAS O CONTRASEÑAS. CAMBIO DE BASTIDOR DE UN AUTOMOVIL

(STS de 1 de febrero de 1989. Pte. Sr. Díaz Paños)

Tercero. El tercer motivo de casación (primero por infracción de Ley en la numeración del recurso), aduce, con amparo en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, error de derecho al ser aplicado a los hechos probados el artículo 280 del Código Penal que castiga la falsificación de marca o contraseña.

Es doctrina firmemente asentada de esta Sala que las marcas o contraseñas de que se trata son susceptibles de falsificación conforme al artículo 280 del Código Penal, el cual **comprende, no sólo las que protegen la propiedad industrial, sino cuantas sirvan para identificar los productos de las empresas, entre ellas los números grabados o troquelados en motores o bastidores de vehículos de motor** (con independencia de las placas de matrícula cuya alteración está incluida

en otra tipicidad), numeraciones las dichas aludidas como marcas de identificación en el artículo 237 del Código de la Circulación, complementando en este punto la Orden de la Presidencia de 5 de noviembre de 1975 modificada por la de 31 de julio de 1979, de modo que la mutación de tales números grabados o troquelados constituye falsificación del signo identificador del fabricante, según declaraciones reiteradas de esta Sala (SSTS, de 12 de febrero de 1971, 6 de octubre de 1972, 24 de abril de 1980, 21 de diciembre de 1982, 5 de mayo de 1987 y otras). Como también se desprende de los artículos 209 y 242.5 del Código de la Circulación la necesidad de que figuren tales marcas identificadoras de bastidor y motor en la Tarjeta de Inspección Técnica de vehículos y en el Permiso de Circulación de los mismos, quedando prohibido ya desde el plano administrativo que se efectúen cambios o retoques de los números de identificación, según se desprende los preceptos citados del Código viario y de la Orden ministerial (Presidencia) de 7 de octubre de 1971 modificada por la de 8 de noviembre de 1974, de suerte que las marcas de que se trata son específicas para cada vehículo en cuanto sirven para identificarlo en el tráfico jurídico —de ahí su importancia— y, como tales, distintas de los demás datos que figuran en los mentados documentos, como son marca del vehículo, modelo y serie, hasta el punto de que deben figurar en los asientos de inscripción de hipoteca mobiliaria, lo que está indicado de modo feaciente que su alteración afecta a importantes intereses públicos o privados lo que justifica sobrasadamente su inclusión en el tipo falsario del artículo 280 del Código Penal.

Sentado lo anterior, el motivo en examen pretende que la conducta del recurrente al sustituir el bastidor número BA 467.997 que pertenecía al turismo marca SEAT-600 matrícula SS 92.022, por el bastidor BA 178.264 perteneciente a otro vehículo, también SEAT-600, matrícula SS 52.208 y que consiguió vender a tercera persona ocultando tal sustitución o cambio, no es una conducta penalmente tipificada en el artículo 280 del Código penal, sino tan sólo una infracción administrativa al incumplir los requisitos que la legislación del tramo exige para realizar tal cambio, sancionada por el artículo 252 del Código de la Circulación. El argumento carece de toda consistencia suasoria: **Si con arreglo a la doctrina interpretativa expuesta, sustituir los números de identificación del bastidor o del motor de un automóvil por otros, integra la falsificación de marcas del artículo 280 del Código Penal, puesto que suplanta la marca verdadera por otra que no lo es, en cuanto no concuerda con la originaria, con igual o mayor motivo se cometería tal falsedad si se sustituye el entero bastidor con su numeración auténtica, por otro con numeración correspondiente a otro vehículo.** Precisamente es en esa sustitución donde radica la entraña de esta falsedad, como ha puesto de manifiesto esta Sala, al considerar que el borrar la numeración del motor y del bastidor de un vehículo sin sustituirlo por otros no entraña el delito de que tratamos, porque no simula una numeración legítima (sentencia de 29 de enero de 1987).

El hecho de que haya una sanción administrativa de la misma conducta no obsta a la virtualidad de la sanción penal, como acontece con otras muchas infracciones administrativas, criminalizadas cuando su relevancia lo exige por afectar a intereses comunitarios del más alto rango y ya hemos visto que en la falsedad de que se trata se dan. Por otra parte la sanción administrativa mira más, en este caso, a la omisión de autorización por la Delegación del Ministerio de Industria correspondiente para realizar en el vehículo automóvil una reforma o

reparación de importancia entre las que subraya el artículo 252.5 del Código de la Circulación la sustitución del bastidor o de la estructura autoportante. La disposición administrativa no va más allá. Si tal sustitución arrastra el cambio de la marca o contraseña identificadora, es entonces cuando opera la sanción penal por todas las razones dichas.

ARTICULOS 303 Y 306. FALSIFICACION DOCUMENTAL. CARACTER PRIVADO DEL ALBARAN AJENO A LA CONTRATACION MERCANTIL

(STS de 29 de enero de 1989. Pte. Sr. Manzanares Sàmaniego)

Primero. Sostiene el recurrente, en el único motivo de su recurso admitido a trámite, que el albarán no es documento mercantil, al menos en el caso de autos, por lo que, faltando, a su entender, el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo, su conducta no sería tipificable penalmente. La impugnación encierra así dos cuestiones, relativas, respectivamente, a la consideración documental del albarán y —si se le extrajera del artículo 303 del Código Penal— a la concurrencia o no de aquellos dos requisitos previstos complementaria y alternativamente en el artículo 306 del repetido texto legal para el delito de falsificación de documento privado.

Segundo. Por lo que atañe al primer, extremo, el albarán definido en el Diccionario de la Real Academia como «nota de entrega que firma la persona que recibe una mercancía», ha sido objeto de una jurisprudencia abiertamente favorable a su consideración de documento mercantil, pudiendo citarse, entre otras, las Sentencias de 21 de marzo de 1972, 13 de septiembre de 1982, 27 de septiembre de 1985 y 2 de enero de 1986. En sentido contrario se pronunció la de 9 de marzo de 1976, pero con la limitación de referirse al albarán no averdado por expreso reconocimiento. Esa decidida línea jurisprudencial responde, a su vez, a su entendimiento de reputarse mercantiles «no sólo los expresamente regulados como tales en el Código de Comercio o en las Leyes mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones del tal carácter o sirvan para demostrarlas» (por todas, la Sentencia de 21 de febrero de 1985), criterio éste acompañado, además, por un concepto extensivo de lo que sea aquella particular actividad.

Tercero. Muy distinta es la posición doctrinal mayoritaria, partidaria de reducir la noción de documento mercantil a los contemplados explícitamente en esa legislación específica, llegando algunos comentaristas a exigir, además, que aquéllos disfruten de una eficacia jurídica superior a la de los documentos privados, porque sólo así se explicaría y justificaría la figura agravada del artículo 303 del Código Penal y se daría satisfacción a la finalidad del precepto. Los autores suelen citar como Sentencia próxima a sus posiciones la de 9 de abril de 1887, a cuyo tenor serían documentos de comercio «los que hacen constar los derechos definidos en las leyes mercantiles, sin que quepa calificar de tales cualesquiera otros, aunque pasen como mercantiles entre los comerciantes».

Cuarto. Si de las anteriores consideraciones, más o menos generales, se desciende al hecho concreto que aquí nos ocupa, se observa que el cuestionado alba-

rán, amén de escapar a las previsiones particulares de la legitimación mercantil, surge en el marco de una operación estrictamente privada. No son actos de comercio todos aquellos en los que intervenga un comerciante, sino los comprendidos en el Código de Comercio, y otras leyes de esa índole, y cualesquiera otros de naturaleza análoga, teniendo la condición de mercantiles las compraventas de cosas muebles para revenderlas con ánimo de lucrarse en la reventa, pero no las compras de efectos destinados al consumo del comprador, entendido dicho consumo en sentido amplio (artículos 1.2, 325, 326 y concordantes del mencionado Código de Comercio). El nitrato fue vendido al luego procesado por «un industrial dedicado a la venta de fertilizantes y otros productos, al por menor, a los agricultores», de modo que nada apunta a reventas por parte del comprador. Proyectar sobre esta operación la consideración mercantil de aquella otra mediante la que el mayorista había adquirido el producto equivaldría a sustituir los criterios realistas del derecho penal por una ficción, rechazable siempre, y más aún, si cabe hablar así, cuando es forzada y en perjuicio del reo. Se trata de mantener una exigencia mínima, válida también si se aceptan como mercantiles documentos pertenecientes a ese ámbito, pero no previstos de forma expresa por la legislación correspondiente. Puede recordarse a este respecto la Sentencia de 23 de septiembre de 1960, para la que «si bien la doctrina jurisprudencial acepta a veces la tesis de ser mercantiles los recibos, es cuando los mismos responden a una operación previa». Esta primera parte del motivo debe ser, pues acogida.

Quinto. Peor suerte ha de correr la pretensión de que, valorado como privado el albarán objeto físico de las manipulaciones, la conducta quede impune. Ciertamente, el delito del artículo 306 del Código Penal requiere, amén de la comisión de alguna de las falsedades designadas en el artículo 302, que aquéllas que hagan con perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo, pero este segundo requisito —en su segunda modalidad alternativa— se cumple desde el momento en que el «recibo así alterado (se) presentó en unión de otros documentos en procedimiento reclamando el pago», según se lee en el relato fáctico de la Sentencia recurrida.

ARTICULO 338. SIMULACION DE DELITO. EXCLUSION DE LAS FALTAS

(STS de 18 de febrero de 1989. Pte. Sr. García Arcos)

Noveno. También se alega en el mismo motivo cuarto que el Tribunal de Instancia cometió error de derecho al aplicar indebidamente el artículo 338 del Código Penal, definidor de la infracción legal de «simulación del delito», basándose principalmente su impugnación en la falta de intención del procesado al hacer la denuncia de que le había sido sustraído su pasaporte.

Este tipo delictivo, dada su poca frecuencia comisiva (de delito «raro» ha sido tildado por alguien), nos ofrece una pobre perspectiva de interpretación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, sobre todo en el punto concreto que aquí interesa y que después se dirá. Sin embargo, de una interpretación lógica y finalista del indicado precepto penal, se puede indicar que para su existencia han de concurrir, como mínimo los siguientes requisitos: un sujeto activo que puede ser cualquier persona física, y un sujeto pasivo (o víctima) que sólo puede serlo el Estado y, más concretamente, la Administración de Justicia: una inten-

ción subjetiva de parte del agente que consista en «simular» algo distinto de la realidad verdadera, es decir, «aparentar, fingir, hacer parecer que existe u ocurre una cosa que ni existe, ni ocurre», debiendo esa simulación o apariencia ser dirigida a la propia inculpación o a considerarse víctima de un hecho delictivo; como requisitos objetivos esenciales deben darse, en primer lugar, que se ponga en conocimiento la pretendida infracción ante autoridad competente y, en segundo término, que la denuncia provoque una actuación procesal.

En el presente supuesto, parece que existen los requisitos enunciados, ya que **el inculpado denunció a la policía con falsedad la sustracción ilegal de su pasaporte, lo que originó la apertura de un juicio de faltas** que terminó con un acto de sobreesimiento o archivo por no existir autor conocido. Sin embargo, aun dándose, como decimos, los requisitos tanto subjetivos, como objetivos, que exige el precepto para su tipificación, **surge la duda** (puesta de manifiesto por el Ministerio Fiscal, y no así por la defensa) **de si puede existir este delito cuando se trate de infracciones penales leves (faltas) o sólo en caso de infracciones graves (delitos)**. Ante este problema, si tenemos en cuenta que el precepto sancionador está incluido en el Capítulo IV, del Título IV del Libro 2.º del Código Penal, que acoge los delitos que se cometan contra la Administración de Justicia, podría entenderse, «prima facie», que la «simulación de delito debería comprender la simulación de cualquier infracción penal sea cual fuere su entidad, con los solos requisitos de que, de un lado, los hechos denunciados estén tipificados en cualquier precepto del Código, y, de otro, que provoque una actividad procesal dirigida a la investigación del hecho denunciado. No obstante esta apariencia, la realidad es que el precepto examinado habla exclusivamente de «delito» y su propia literalidad, que constituye un medio hermenéutico de perfecta validez, nos induce a considerar que en el tipo delictivo de que se trata están excluidas las faltas, pues cuando el Código Penal ha querido incluirlas, las ha nominado expresamente (por ejemplo, artículos 1.º, 5.º, 6.º, 23, etc.), en este mismo sentido interpretativo, aunque sea de modo tangencial, parecen coincidir varias sentencias de este Tribunal cuando hablan siempre de «delito», del «enjuiciamiento de delito», de la «incoación de sumario o de diligencias previas» (31 de octubre de 1973, 5 de febrero de 1976, y 11 de diciembre de 1979).

ARTICULO 344. TRAFICO DE DROGAS. ORGANIZACION. ACCION UNITARIA

(STS de 14 de enero de 1989. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

Cuarto. Dentro de este bloque, el primer aspecto, el orientado a combatir la existencia del **subtipo de pertenencia a una organización**, es relevante. Conviene partir de las afirmaciones contenidas en el relato fáctico, dado que las mismas son, dada la vía procesal elegida, inatacables por aplicación del artículo 884.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La narración contiene, a estos efectos, aparte del juicio de valor de que existía una organización (sorprendentemente no combatido por la vía del inciso tercero del artículo 851.1.º de la Ley de Enjuiciamiento), varias afirmaciones destacables: Juan José «estableció contactos con varios traficantes de drogas», que uno de ellos era «el procesado Francisco G.

S. pero —lo que es lo más importante, no contiene dato alguno sobre el que construir la deducción de que entre los coprocesados existiese una relación estable y tendencialmente dirigida fuera del hecho o suceso enjuiciado— a la difusión de las sustancias estupefacientes. Con este cuadro de partida es obvio que debe aceptarse esta primera dirección del bloque impugnativo. La doctrina de esta Sala contenida en las Sentencias de 15 de noviembre de 1984 y 18 de febrero de 1986 pudiera conducir a una hermenéutica del subtipo que se analiza similar a la establecida por la ahora inaplicable Ley Orgánica 1/1988, de 26 de marzo, en cuanto tipifica los actos ocasionales o la adhesión transitoria a la organización. No es ésta, sin embargo, la correcta hermenéutica del párrafo segundo del artículo 344 del Código Penal en la redacción —la aplicable— dada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio. La organización comporta, como expresa la sentencia de esta Sala de 25 de septiembre de 1985, «no la mera coparticipación o codelinfluencia por ser varios los que hayan intervenido en la perpetración de los hechos, sino el **conjunto de personas que, disponiendo de medios idóneos, desarrollando un plan previamente concertado, con una cierta jerarquización y con una distribución de tareas y cometidos y de modo persistente o porfiado no reñido con intermitencias tácticas**, adquieran drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para difundirlas». La sentencia de 19 de abril de 1988 excluye su existencia en los supuestos de «sedicente organización que no pasó de una conexión de actividades para un acto o actos esporádicos sin una estabilidad o futura proyección hacia futuras acciones que diera cierta base organizativa al grupo delictivo». De esta doctrina, en conexión necesaria con el relato histórico, se desprende la **impropiedad de reputar existente este primer subtipo**.

Quinto. Contrariamente, la segunda vertiente del único motivo del fondo está destinada al fracaso. Tratar de escindir distintos comportamientos individuales de los transitoriamente asociados con la pretensión de eludir la existencia de subtipo específicamente agravado por la notoria importancia de la cantidad destinada al tráfico ulterior es argumentación desasistida de todo soporte fundamentador adecuado. El concierto delictivo o «pactum scaeleris» incólume en el «factum» de la sentencia sometida a recurso impone la consideración de la acción socialmente típica como única y veda consecuentemente analizar sus distintos componentes o episodios. La naturaleza de estas infracciones como delitos de resultado cortado o de consumación anticipada exige la **estimación de los actos aislados con finalidad ulterior conjunta como acción típica unitaria**; y en tal sentido es absolutamente inequívoca la sentencia de esta Sala de 18 de julio de 1957. Con ello esta dirección impugnativa se muestra borra de todo fundamento, pues esta Sala ya ha declarado en las resoluciones precedentes citadas que basta con la existencia de uno de los dos subtipos aunque el otro se muestre inexistente para que el recurso se vea privado de practicidad, si está la pena impuesta justificada, como lo está en este caso, al haberse aplicado conforme a la regla 4.ª del artículo 61 del Código Penal, que es potestad crecional propia del Tribunal de Instancia y por ello no sujeta a control en este extraordinario recurso de casación.

ARTICULOS 344, 7 Y 71. TRAFICO DE DROGAS. CONCURSO IDEAL CON EL DELITO DE CONTRABANDO

(STS de 8 de febrero de 1989. Pte. Sr. Soto Nieto)

Primero. En el motivo único del recurso formulado por el procesado, residenciado en el art. 849.1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la aplicación indebida del artículo 344 en relación con el artículo 7.º, ambos del Código Penal. Cree el recurrente que la Sala de la Audiencia Póvincial aplicó indebidamente el delito contra la salud pública regulado en el artículo 344 del Código Penal, debiendo calificarse los hechos de un delito de contrabando de drogas previsto y penado en los artículos 1.º 1, cuarto, y 3, circunstancia primera, de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, por remisión expresa del artículo 7.º del Código Penal. **La doble criminalización** de unos hechos, cual los recogidos en el antecedente histórico de la resolución, viene fundada en la **diversidad de bienes jurídicos** a cuya protección propenden los tipos legales comprensivos de los delitos del artículo 344 del Código Penal y los de contrabando. El primero de ellos mira hacia fines de salud pública colectiva en atención a la nocividad y peligrosidad potencial que aquellas sustancias —drogas, estupefacientes, psicotrópicos— entrañan, al riesgo y peligro abstracto derivado de su difusión o tráfico propiciador de un uso y consumo generador de procesos patológicos y desequilibradores, de una mayor morbilidad y de perturbaciones mentales de difícil vencimiento y superación, precipitándose la degradación física, y psíquica del individuo, pudiendo, incluso, sobrevenir la muerte del usuario en los períodos avanzados de drogodependencia. De ahí la política internacional desarrollada al efecto, cristalizada en la **Convención Única de las Naciones Unidas sobre estupefacientes de 30 de marzo de 1961**, ratificada por España mediante Instrumento de 3 de febrero de 1966, Convención enmendada en el **Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972**, entrando en vigor el 8 de agosto de 1975, ratificado por España el 4 de enero de 1977. Asimismo el **Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 21 de febrero de 1971**, ratificado por Instrumentos de 2 de febrero de 1973. En los delitos de contrabando, pese a su carácter pluriofensivo pueden detectarse ciertos lazos unitarios, un denominador común que les adscribe al título de los delitos contra el orden económico, señalándose como bien protegido el erario público, como ya destacó la sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 1984 y se ha venido reiterando en múltiples resoluciones, catalogándose el delito de contrabando dentro del grupo de tal modalidad delictiva, en la especie de «infracciones aduaneras», nota específica que le separa de los restantes delitos fiscales, revelándolo el propio «nomen iuris» de contrabando que ya gramaticalmente denota la materia de que se trata, comercio en sentido amplio de géneros prohibidos y más en concreto, su importación o exportación clandestina con mengua de la renta de Aduanas, figurando, a su vez, como bien al que se provee el del control —cuando de drogas o estupefacientes se trata— de estos productos por el Estado. En estas infracciones de contrabando, aunque de modo secundario y por un móvil político-criminal, se atiende a fines de tutela de la salud pública como bien o valor trasindividual, prima sobre todos los otros intereses, situados en un plano estimativo inferior, la finalidad tributaria o fiscal, la protección del patrimonio de la hacienda o erario público, la intervención y

control de unos géneros cuya libre circulación y comercio se hallan prohibidos, sometiéndoles, en su caso, a rigurosos condicionamientos y exigencias.

Segundo. La normativa ofrecida por la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, reguladora de los delitos e infracciones administrativas de contrabando, opta por la criminalización de ciertas infracciones de contrabando, manteniendo las restantes dentro de la órbita estrictamente administrativa, asentando el criterio diferencial, en primer término y con rango genérico, en la cuantía de la infracción, al estimar como reos del delito de contrabando a los que realizaren algunas de las conductas enumeradas en los ocho apartados del número uno del artículo 1.º, «siempre que el valor de los géneros o efectos sea igual o superior a un millón de pesetas»; aceptándose como uno de los criterios subsidiarios delimitadores de la índole del objeto, señalándose, con un sentido valorativo, que no obstante lo dispuesto en el número uno, serán también reos del delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en el mismo, cualquiera que sea su cuantía, si concurre alguna de las circunstancias que se fijan, entre ellas «cuando el objeto del contrabando sean drogas, estupefacientes... o cualesquiera otros cuya tenencia constituya delito» (artículo 1.º, tres, circunstancia primera, de la Ley de 1982). Ello impone, a la hora de detectar una infracción de contrabando, cuando la cuantía de los géneros no alcance la cifra citada, la realización de una operación confrontadora, en expansión horizontal, tendente a la comprobación de la presencia de un delito contra la salud pública por tenencia de drogas o estupefacientes con finalidad de tráfico. En los apartados 3.º y 4.º del número uno del artículo 1.º de la Ley de 13 de julio de 1982 se estiman reos del delito de contrabando a los que «importaren, exportaren, poseyeren, elaboraren o rehabilitaren géneros estancados, sin autorización», y a los que «importaren, exportaren o poseyeren géneros prohibidos, y los que realizaren con ellos operaciones de comercio o circulación, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes», importación y posesión en ambos supuestos que, en conexión con el número tres, antes aludido, del propio artículo, será criminalizable cuando la tenencia de la droga, en sí misma, constituya una infracción delictual a tenor del artículo 344 del Código.

Tercero. Ha de destacarse que la Ley de Contrabando toma la tenencia de estupefacientes, en cuanto ya constituye delito previsto en el artículo 344 del Código Penal, sancionándola, a su vez, como supuesto de contrabando si las drogas o estupefacientes poseídos han sido traficados en alguna de las modalidades previstas en el artículo 1.º, uno y dos de la Ley. Si la posesión de las drogas o estupefacientes —arguye la sentencia de 4 de noviembre de 1988— ya constituye delito si se destinan al tráfico según los términos del artículo 344 del Código Penal, es clara la voluntad de la Ley especial de superponer a esta tenencia delictiva la del delito de contrabando cuando la droga así poseída se importa ilegalmente. Se resalta que ello se advierte también cuando se declara por la Ley de 8 de abril de 1967, en su artículo 30, que **las sustancias estupefacientes tienen el carácter de artículos estancados**; igualmente la Recomendación de 8 de junio de 1974, declara que «el uso abusivo de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas constituye un peligro a los intereses económicos y sociales de los Estados miembros». Y es aquel aliud que constituye el bien jurídico del delito de contrabando alineado junto al bien jurídico de la salud pública que campea en el delito del artículo 344 del Código Penal el que abre paso a una situación de concurso

ideal incardinable en el artículo 71 del mismo (Cfr. sentencias de 9 y 18 de mayo de 1988). Tesis concursal que se ofrece como la más conforme con la técnica jurídica y la más aconsejable desde una óptica de política criminal; la Ley Penal no puede prodigar un tratamiento uniforme al traficante no contrabandista y al contrabandista traficante, debiendo acarrear esta última doble cualidad un plus de sanción que queda satisfecho con la solución ofrecida nada artificiosa y conectada con la realidad de las conductas.

Supuesto típico de doble criminalización es, pues, el representado por los actos de importación ilegítima de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y consiguiente posesión con destinación de tráfico o realización de actos propios de tal, ya sea por el introductor o por individuos en connivencia con el mismo. Los problemas que su penalización entraña han de resolverse atendiendo a las reglas y prescripciones del artículo 71 de la Ley Penal sustantiva. Doctrina que alienta en múltiples sentencias de esta Sala, tales, entre otras, las de 26 de septiembre de 1984, 23 de enero, 1.º de febrero, 12 de junio, 19 y 28 de septiembre, 6 y 14 de diciembre de 1985, 25 y 27 de enero y 19 de febrero de 1986, 16 de febrero, 21 y 30 de marzo de 1988. Se basa la situación concursal a que provee aquel precepto en la unidad de acción, ya exista homogeneidad o heterogeneidad en los resultados plurales, o bien en la relación medial o instrumental entre las dos acciones, supuesto asimilado en su punición por el segundo inciso del artículo 71 al propio concurso ideal. Si el delito sanitario está conectado a alguna de las modalidades del contrabando descritas en la Ley especial, la importación ilegal o clandestina de la droga como la más típica, habrá lugar al concurso de delitos, en tanto que si el traficante es ajeno y se halla desligado de toda operación de contrabando, sólo será de aplicación la previsión del Código Penal. Como resumen de la postura mantenida al respecto por esta Sala a través de una jurisprudencia ya extensa, atendiendo a una prolija casuística, cabe sintetizar, cual efectúan las sentencias de 17 de diciembre de 1986 y 21 de enero de 1988, los siguientes supuestos, con la consiguiente incardinación de los mismos en los respectivos órdenes reguladores: a) introducción clandestina de drogas o sustancias nocivas a la salud con aprehensión subsiguiente en territorio nacional, sin que pueda llegarse a la conclusión de una destinación de tráfico, delito o infracción administrativa de contrabando; b) introducción y aprehensión análoga con finalidad determinada de tráfico, bien por el propio importador, bien por persona en connivencia o relación con el mismo, delito de contrabando y delito contra la salud pública, autónomos, cuya penalización no da lugar al concurso de leyes del artículo 68 del Código Penal, sino al concurso delictivo previsto y sancionado conforme a los artículos 69 a 71 de este mismo cuerpo legal; c) actos de tráfico o de tenencia de transporte o tales sustancias con propósito de difusión a terceros, dentro del territorio nacional, delito contra la salud pública; d) adquisición y posesión ilícita de las mismas en territorio nacional, en cantidad adecuada para su consumo directo y personal, que se reputa atípica y por ente impune.

Se consigna en el "factum" que el procesado fue sorprendido por la Guardia Civil en la Aduana del Puerto Marítimo cuando llevaba oculto en el interior de cuatro latas de mantequilla la cantidad neta de tres kilogramos de hachís, que transportaba clandestinamente desde Ceuta por cuenta de terceras personas, que habrían de gratificarle económicamente. En los fundamentos jurídicos, se califican los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública, pre-

visto y penado en el artículo 344 del Código Penal y otro delito de contrabando del artículo 1.º, cuarto, y 3, circunstancia primera, de la Ley 7/1982 de 13 de julio, «ya que reflejan una posesión con finalidad de tráfico de tres kilogramos de hachís... conducta que promueve, favorece y facilita el consumo de dicha droga, y, al mismo tiempo, implica una importación ilegal de la misma»; juicio de valor con raíces fundamentadoras en los hechos que ha de ser mantenido. No han sido vulnerados ni el artículo 344, ni los artículos 7.º y 68 del Código Penal, y el motivo ha de ser desestimado.

ARTICULO 347.2.º DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA. SUSTRACCION DE EFECTOS ANTES DEL ACUERDO DE INUTILIZACION

(STS de 12 de abril de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Primero. El delito contra la salud pública previsto en el número 1.º del artículo 347 del vigente Código Penal tiene hondas raíces en nuestro derecho codificado. Aparece ya en el artículo 357 del texto de 1870, del que pasa literalmente al 352 del Código de 1932. Las únicas referencias frente a la tipificación actual (la procedente de 1944) son la referencia a que la ocultación o sustracción de los efectos ha de hacerse «con objeto de» venderlos o comprarlos, y no, según ahora se escribe, «para» venderlos o comprarlos, y la de identificar la acción con las formas verbales «escondiere o substrañere», en lugar de «ocultare o substrañere», como se lee en la nueva redacción. Innecesario resulta subrayar que dichas modificaciones carecen de toda relevancia sustantiva. Aunque el precepto ha sido calificado de innecesario por algún comentarista partidario de mantener solamente las figuras del artículo 346, y a pesar de que fue marginado en el Código de 1928, se conserva tanto en el párrafo segundo del artículo 319 del Proyecto del Código Penal de 17 de enero de 1980 como en el número 2 del artículo 328 de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983. Ambos textos coinciden —a salvo el orden de los elementos de la oración—, y aportan la loable novedad de sustituir y reducir la formulación de la exigencia finalística, acudiendo a la expresión «para comerciar con ellos», o sea, con los efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados.

Segundo. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia destacan el valor del bien jurídico protegido para la correcta interpretación del precepto, y advierten que se está ante un delito de peligro abstracto o general —en palabras de la interesante Sentencia de 22 de mayo de 1982—, de manera que su consumación se anticipa, en cuanto la objetiva se adelanta a la subjetiva. Bastan la ocultación o sustracción con el ánimo de vender o comprar, como elemento subjetivo del injusto, para que el delito alcance la perfección, «aunque ni una ni otra llegue a efectuarse» (entrecomillado procedente de la Sentencia antes mencionada), y bien entendido que menos aún «se requiere llegara a causarse algún mal positivo» (con cita de la Sentencia de 20 de mayo de 1955). Sucede, sin embargo, que los tipos del número 1.º del artículo 347 del Código Penal tienen mucho de desobediencia a la Administración sanitaria —se ha llegado a emplear por algún autor la expresión «desobediencia específica»—, y así surge la exigencia de que

los efectos ocultados o sustraídos hayan sido precisamente destinados por aquélla a su inutilización o desinfección, lo que se completa desde el lado subjetivo con el requisito de tal destino, o si se prefiere, la resolución correspondiente, sea conocido por el actor de un delito cuyo componente tendencial impide su comisión culposa. La conducta incriminada, en su doble vertiente de ocultación o sustracción, no sólo es posible una vez ejecutada dicha resolución, por ejemplo, desenterrando la res ya enterrada con el primero de los indicados fines, como en el caso examinado en la citada Sentencia de 20 de mayo de 1955, sino también cuando se impide o soslaya el inicio mismo del cumplimiento, según ocurrió con el comportamiento enjuiciado en la Sentencia de 30 de enero de 1954, a cuyo tenor «el recurrente, contrariando las órdenes recibidas para la destrucción de la res sacrificada y afecta de tuberculosis perlada generalizada, sólo efectuó el enterramiento de la cabeza, vientre y partes de menos valor, ocultando y sustrayendo las mejores partes de aquélla con ánimo de lucrarse»; pero, con independencia de cuáles fueren las modalidades comisivas, todas ellas han de recaer sobre un efecto destinado ya a la inutilización o desinfección.

Tercero. Tras las anteriores consideraciones preciso es concluir que la actuación del procesado escapa del tipo penal acogido por el Ministerio Público, aplicado por el juzgador «a quo» e incluso aceptado luego, más o menos explícitamente, por el ahora recurrente. La sustitución de membranas y órganos que el acusado realizó en el matadero municipal de Valladolid, para evitar que los servicios veterinarios descubrieran la enfermedad de su res vacuna y decidieran la inutilización de la misma, no opera sobre algo destinado ya, por resolución administrativa, a la destrucción, antes al contrario, se anticipa a todo acuerdo sobre el particular y, en lugar de eludir o contrariar orden alguna, procura impedir que ésta se dé. Falta, pues, en el objeto material de la acción una característica esencial, sin la cual no cabe tipificación alguna conforme al precepto por el que la acusación fue canalizada.

Cuarto. Los términos en que viene planteado el recurso —un único motivo en el que se solicita que el delito del artículo 347.1.º sea apreciado en grado de tentativa y no de consumación— suscita una grave problemática, relacionada tanto con lo que la casación tiene de recurso extraordinario como con los principios de contradicción y congruencia. De ahí la necesidad de examinar si la conducta enjuiciada es sancionable conforme al delito imposible acogido en el párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal o debe considerarse delito imaginario y, como tal impune, alternativa ésta que ha de romperse a favor de su segundo término, según se razonará seguidamente. El eje del delito imposible es un error concerniente a la realización del tipo objetivo, mientras que el delito putativo encierra la estimación, también errónea, de la punición de determinado comportamiento, lo que suele descansar, a su vez, en la equivocada creencia de hallarse tipificado. Se trata, consiguientemente, de dos manifestaciones distintas del denominado «error al revés», en el sentido de que en el delito imposible (o tentativa inidónea) aquél recae en el tipo, refiriéndose en el putativo o imaginario a la prohibición. En el caso de autos, el procesado actuó sobre el objeto —la res todavía no reconocida por los servicios veterinarios— tal y como deseaba, sin incurrir en error alguno en cuanto a que aún no había sido dispuesta su inutilización, porque precisamente su intención era la de evitar un pronunciamiento en aquella línea. Hubo, pues, sólo un delito imaginario, y ello aceptando que, al

ocurrir los hechos —y no después de la condena en la instancia— su autor, creyese que la ilicitud de las mismas tenía proyección penal, cuestión que ni está clara ni interesa particularmente en el presente recurso. El corolario que importa es que la sanción por delito imposible, equiparado en el Código de 1944 a la tentativa ordinaria, no cabe en el supuesto fáctico aquí analizado.

Quinto. A partir de lo razonado hasta ahora, se abren dos vías principales para la resolución del recurso: La primera consistiría en proceder, respecto al «*iter criminis*», «como si» existiera un tipo penal aplicable, y acudir luego a la petición de indulto. La segunda tendría un arranque muy diferente, para, aligerando hasta cierto punto limitaciones formales, desembocar en una absolución objetivamente justa. Por lo que atañe a la primera línea argumental, se tropieza con dificultades relativas por igual a la técnica juridicopenal y a la insatisfacción que el resultado ha de producir de modo inevitable. De un lado, mal cabe pronunciarse sobre el grado de desarrollo (o las formas de participación, por poner otro ejemplo) dentro de una figura penal no recogida en el Código y, por lo tanto, de núcleo y contornos desconocidos. De otro, y aun sustituyendo la consumación por la tentativa, como pretende el recurrente, éste continuará siendo condenado por un hecho no constitutivo de delito, sin que siquiera el indulto de la totalidad de la pena pudiera remediar la realidad misma de aquella condena y de sus repercusiones en costas, posible responsabilidad civil y antecedentes registrales. Parece, pues, oportuno estudiar —desde las insuficiencias de la solución anterior— las posibilidades que ofrece el segundo término de la alternativa.

Sexto. Si bien el recurso extraordinario de casación se construye sobre la individualización y el respeto a los motivos articulados, la delimitación de éstos tropieza excepcionalmente, como en el presente procedimiento, con dificultades derivadas de una tan íntima conexión de los problemas que obliga a romper lo que en una primera lectura parecería ser marco exclusivo de la impugnación. Admitido dicho punto de partida, no hay duda de que el caso ahora enjuiciado tiene mucho de paradigmático. La petición del recurrente sería rechazada con una exégesis restrictiva, pero no porque pecase por exceso, sino, al contrario, atendiendo a los obstáculos técnicos y dogmáticos suscitados por haber sido aquélla demasiado corta. En definitiva, lo que se halla en juego es la condena de un inocente y así, la interpretación generosa recibe nueva y decisiva ayuda desde los derechos fundamentales proclamados en nuestra Constitución. El número 1 de su artículo 53 afirma la vinculación de todos los poderes públicos a los mencionados derechos, mientras que el número 1 del artículo 5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial declara que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes **interpretarán** y **aplicarán** las leyes y los 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». No hay aún pronunciamiento alguno del referido Tribunal en supuesto similar al de autos, pero sus Sentencias acerca del valor hermenéutico de nuestra Ley Fundamental son abundantes. En el fondo de la cuestión planteada se perfila la presunción de inocencia. Cierto es que el repetido Tribunal Constitucional y esta misma Sala parecen haberla constreñido al área de la prueba, pero si no se admite —como no se admite— que la presunción decaiga con la firmeza de la sentencia condenatoria (según dispone, por ejemplo, el artículo 32 de la Constitución portuguesa

de 1982), conviene advertir que el fallo condenatorio responde no a una, sino a dos premisas: los hechos probados. de una parte, y las consecuencias jurídico-penales de aquéllos. La condena que arranca de base fáctica huérfana de prueba se asemeja a la que entronca con una ley inexistente, e incluso cabe defender su identidad sustancial. Resumiendo, el motivo debe ser estimado, y el recurrente absuelto en lo que atañe a este delito contra la salud pública.

ARTICULO 394. MALVERSACION. DELIMITACION FRENTE AL ARTICULO 190 DEL CODIGO PENAL MILITAR

(STS de 30 de enero de 1989. Pte. Sr. García Arcos)

Segundo. El motivo de casación correlativo interpone por Infracción de Ley al amparo procesal del número 1 del artículo 849, y en base sustantiva por entenderse infringidos o mal aplicados los artículos 394 y siguientes del Código Penal, definidores del delito de malversación de caudales públicos, y, en contraposición, por no considerarse que el hecho sometido a enjuiciamiento debe quedar incorporado al artículo 190 del vigente Código Penal Militar, aprobado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre. Es decir, que aunque la cuestión debatida tiene un carácter puramente formal referente a la competencia jurisdiccional del enjuiciamiento del hecho que habría de someterse en su día de enjuiciamiento, la realidad es que **esa competencia ha de ser determinada por el carácter o naturaleza del propio hecho enjuiciado, habida cuenta de que el vigente Código Militar sólo recoge dentro de su ámbito, y, por tanto, dentro de su jurisdicción, los delitos puramente militares, desentendiéndose del carácter personal de quien los comete, y también dejando aparte (aunque con ciertas excepciones) el lugar o territorio en que se llevan a cabo.**

Tercero. De una interpretación tanto literal como lógica y finalista de los **dos preceptos contrapuestos**, se pueden deducir, inicialmente estas conclusiones: a) Ambos sancionan penalmente actividades que perjudican intereses de la hacienda Pública entendida en su conjunto (el concepto de Hacienda Pública, igual que el de Administración Pública, debe ser único), aunque con el matiz diferenciador de que cuando se trata de situaciones muy concretas (y, como después veremos, poco importantes) que no obstante perjudicar al erario público incidan directamente en el ámbito militar puedan ser tratados penalmente como delitos puramente militares, debe subsumirse de manera indefectible en la legislación militar. Este es el caso de aquellas infracciones recogidas en el Título IX del mencionado Código Castrense (artículos 189 y siguientes), bajo la rúbrica de «Delitos contra la Hacienda en el Ambito Militar». b) Al tratarse, como decimos, de situaciones muy concretas, han de ser tratadas en su interpretación con un carácter absolutamente restrictivo, sin posibilidad de entender que toda acción que ataca o conculca intereses militares, debe subsumirse de manera indefectible en la legislación militar. Es más, **ante posible duda sobre cuál deba ser el precepto penal aplicable, ha de tener siempre prioridad el Código Ordinario**, por la misma razón que es preferente la jurisdicción ordinaria sobre cualquier especial, dada la «vis atractiva» de ésta sobre aquéllas.

Cuarto. En el presente caso (y esto es quizá lo más importante), siguiendo con la interpretación de los dos mencionados preceptos contrapuestos, y al margen del carácter principal o excepcional de uno y otro, entendemos que **el delito que en su día será motivo de enjuiciamiento, contiene las características propias de un delito de malversación de caudales públicos y no de un delito económico-militar**, bien se interpreten ambas normas desde un punto de vista subjetivo, bien se haga esa interpretación de manera objetiva. Y así tenemos:

Desde el punto de vista subjetivo, el indicado artículo 190, en su propia literalidad, no comprende un verdadero concepto de «ánimo de apropiación», sino más bien la idea de un «uso», aunque sea en beneficio propio o de terceros, pues no en balde se aplica el verbo «emplear» como requisito esencial del tipo. Por el contrario, el hecho presuntamente cometido por el procesado contiene un auténtico y directo ánimo apropiatorio y de sustracción de lo ajeno, que es lo que define, desde esa perspectiva de carácter subjetivo, al delito de malversación. (Ello independientemente de su comisión imprudente, que no es del caso examinar).

El delito de malversación de caudales públicos y el que se comete contra la hacienda militar, tienen también su plena diferenciación **en el ámbito objetivo del bien jurídico o material** conculcado, pues mientras en el primero ha de tratarse de «caudales o efectos públicos», es decir, de numerario, en el segundo se comprenden aquellos bienes muebles destinados a la logística militar, como puede deducirse de la misma frase que emplea el precepto (artículo 190) de «elementos asignados al servicio», siendo imposible entender por tales «elementos» el dinero destinado a pagar el sueldo de un colectivo de funcionarios, ya sean civiles o militares.

Quinto. Esa interpretación del delito militar en área económica, no sólo tiene su apoyatura en la interpretación directa de los dos preceptos antes indicados entendidos en su actual redacción, sino que también surge de un estudio (breve, desde luego) de los inmediatos **antecedentes legislativos** que tratan de esta materia, así como de una exposición de algunas normas de Códigos extranjeros vigentes en naciones más o menos afines a la nuestra en el área jurídica.

En el primer aspecto encontramos con que el Código de Justicia Militar de 1945, antecedente inmediato del actual Código Penal Militar, en su artículo 403. castigaba al militar que «utilizase» para necesidades particulares «elementos» de carácter oficial, siempre que con ese motivo se originasen gastos al Estado. Es decir, ese precepto lo que estaba sancionando no era un delito de apropiación (malversación) propiamente dicha, sino un delito de simple uso en perjuicio ajeno.

Por lo que se refiere al **Derecho Comparado** sirven de ejemplos, que refuerzan nuestra tesis, los que siguen:

— El Código Penal Militar de Italia, castiga con la pena de prisión de hasta seis meses «al militar que obre con el único propósito de hacer uso momentáneo de la cosa sustraída» (artículo 233).

— El Código Penal de la República Democrática Alemana, en su artículo 275, establece que «el que utilice ilícitamente vehículos militares de transporte u otros «elementos» de material técnico de combate, será castigado con una pena de prisión de hasta dos años».

— Finalmente, en Gran Bretaña, el «Halsburyis Law of Engrand», en su artículo 419, castiga al militar «que dispone, sin la correspondiente autorización, de cualquiera de las aeronaves o material aeronáutico del SM».

Toda esa normativa se está refiriendo, lógicamente, a lo que aquí llamamos delitos contra la hacienda en el ámbito militar, y en todos esos preceptos se aprecia que las figuras delictivas en ellos tipificadas son diferentes de lo que se ha de entender por malversación de caudales públicos, pues, de una parte y según se ha dicho, no existe en su tipología el concepto de «apropiación» en sentido estricto, y, de otra, no puede entenderse por «elementos» destinados a un servicio militar unas determinadas sumas dinerarias, máxime cuando estas sumas tienen una relevancia de gran trascendencia cuantitativa.

Sexto. Además, esa interpretación de que los hechos a enjuiciar han de entenderse inicialmente contenidos en el artículo 394 del Código Penal Ordinario, tiene una base legal tan importante como es el artículo 14 de la Constitución que proclama el **principio de igualdad ante la Ley**, principio que quedaría conculcado si admitiésemos que el procesado-recurrente debería ser juzgado por un delito contra la hacienda militar y no por un delito de malversación de caudales públicos, ya que partiendo de la base de que el recurrente, a efectos personales, tiene la cualidad de funcionario público con arreglo a lo establecido en el artículo 119 del Código punitivo (aquí y a tales efectos es irrelevante la distinción que hacen de la Ley de la Función Pública y la Ley de Incompatibilidades), sería verdaderamente injusto, por «desigual», que en idénticos supuestos de apropiación de caudales públicos, los funcionarios militares fueran castigados con una pena máxima de hasta dos años, mientras que el resto del funcionariado podría serlo con pena de doce años y un día cuando la cantidad sustraída exceda (como sucede en el presente caso) de dos millones y medio de pesetas (artículo 394.4).

ARTICULOS 405 Y 410. PARRICIDIO. INFANTICIDIO. NATURALEZA. MOVIL

(STS de 9 de marzo de 1989. Pte. Sr. Barbero Santos)

Primero. El recurso se interpone por el Ministerio Fiscal y por dos motivos, ambos por infracción de Ley, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero estima infringido, por aplicación indebida, el artículo 410 del Código Penal y, por la falta de aplicación, el artículo 405 del mismo Código.

Los argumentos fundamentales del Ministerio Público en favor de su tesis son: la escasa importancia que Dolores R. concede al hecho tener relaciones sexuales con persona de distinto sexo fuera de matrimonio; la ausencia de repercusión de los primeros partos en su consideración personal y social; la decisiva influencia que en la muerte de la criatura tuvo la negativa en su presunto padre a contraer matrimonio; el truncando convencimiento de Dolores de sentirse rehabilitada por el tiempo transcurrido desde el nacimiento de su segundo hijo no fue la causa única ni la más importante de la decisión tomada con su madre, que no se concibe en una mujer que sigue la línea de conducta de Dolores, ni cabe asimilarla al ánimo de ocultar la deshonra que sólo se menciona en los considerandos de la Sentencia cuando ha de resolver el dilema parricidio o infanticidio, inclinándose por la solución más benigna.

El **infanticidio** no se encuentra regulado por el Legislador hispano en el capítulo del Código Penal dedicado al homicidio, sino integrando un capítulo autónomo, el II, dentro de los «delitos contra las personas». Se exterioriza así que **no se trata de un homicidio en el que concurre una circunstancia que le convierte en figura cualificada, como el asesinato, sino una figura especial, autónoma**. Caracterizada no sólo por la condición de los sujetos activos, que lo transforma en delito propio, también por la gran relevancia otorgada al móvil que de mera circunstancia pasa a ser elemento integrante de la figura con efectos privilegiados absolutamente excepcionales en el ámbito del propio Código.

Castigado el infanticidio durante siglos con modalidades particularmente crueles de pena capital, se debe al siglo XVIII, a la ilustración, el comienzo de un tratamiento menos severo. Conocido es el pensamiento del iniciador del Derecho Penal contemporáneo que aboga por imponer una pena benigna a la mujer seducida que, en la situación terrible —son sus palabras— de ser forzada a elegir entre la infamia perpetua para ella y su hijo o la muerte de un ser incapaz de sentir la pérdida de la vida, decidía matarlo.

En crisis hoy el concepto de deshonor vinculado a las relaciones sexuales fuera de matrimonio, el infanticidio ha desaparecido de numerosas legislaciones. Aún no de la española. El móvil de evitar la deshonor que integra todavía la figura prevista por el artículo 410 del Código Penal ha de interpretarse, en todo caso, conforme a la «realidad social» de nuestro tiempo en armonía con lo que establece el artículo 3.1 del Código Civil. Y de acuerdo con tal norma hermenéutica, mayor desconsideración merece la madre que mata al hijo concebido fuera de matrimonio que a la que lo mantiene con vida, lo que ineludiblemente ha de reflejarse en la interpretación de la figura, que no permite ninguna ampliación mistificadora.

Si Dolores R. D. iba dando a luz, con una cadencia trienal, hijos concebidos fuera de matrimonio, la nacencia de un tercer hijo en un intervalo inferior al de los dos precedentes difícilmente podía causar su deshonor.

Es palmario, en todo caso, que la interpretación histórica, gramatical, finalista y social del precepto en ningún caso permite equiparar «sentimiento de rehabilitación» que utiliza el Juzgador de Instancia, con «móvil de ocultar la deshonor». No se trata del haz y del envés del mismo concepto. La honra, uno de los bienes máximos del individuo durante centurias, se vinculaba en la mujer especialmente a la abstención de relaciones sexuales fuera de su matrimonio. Su deshonor originaba consecuencias dramáticas, difícilmente soportables, para ella y para el hijo. Para la entera familia, incluso. Por fortuna hoy ya no es así, salvo residualmente. **Equiparar, por ende, móvil de ocultar la deshonor con sentimiento de rehabilitación sería contrario a una interpretación del precepto conforme a nuestra época**. Y desprotegería en exceso, sin fundamento razonable, el otro bien jurídico que el infanticidio tutela: el recién nacido. Vida del neonato de valor superior hoy, sin duda, que el honor. Y, por descontado, que el «sentimiento de rehabilitación».

El que el sentimiento de rehabilitación no pueda equipararse al móvil de ocultar la deshonor y que, en consecuencia, haya de estimarse el primer motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Público, considerando que el hecho probado constituye un delito de parricidio respecto de sus autoras, no significa que carezca de trascendencia.

En el «factum» no sólo consta el sentimiento quebrantado de rehabilitación por el nacimiento del tercer hijo, también el deseo y la esperanza, por parte de Dolores y de su madre, de que la primera llegase al nacimiento del segundo hijo. Es evidente que el parto del tercer hijo —fuera de matrimonio— no ocasionó la deshonra de Dolores R., pero sí aumentó en extremo su deshonra, con la consiguiente convulsión familiar —que ya había fracasado en el empeño de colocar la segunda niña entre sus familiares de Madrid— y su profundo desencanto al descubrir que quien pensaba que iba a ser su marido no la «deseaba más que para acostarse con ella» y que creía que tenía relaciones también con otros hombres. Estímulos de tal entidad que determinaron a madre e hija a producir la muerte del recién nacido. Y que esta Sala valora como constitutivos de **arrebato** con los efectos que después se dirán.

ARTICULOS 406.3.º Y 420. LESIONES AGRAVADAS POR INCENDIO. CARACTER MEDIAL DE ESTE

(STS de 28 de marzo de 1989. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Primero. El motivo único del recurso del Ministerio Fiscal se apoya procesalmente en el artículo 849.1 LECr., por inaplicación del último párrafo artículo 420, en relación con la circunstancia 3.ª artículo 406 del Código Penal, en el delito de lesiones.

Como es bien sabido, esta circunstancia 3.ª se refiere al uso de artificios idóneos para la producción de grandes estragos, con excepción del veneno, al menos cuando no es utilizado de forma masiva, artificios o medios que han de emplearse en la ejecución y no en la preparación o encubrimiento del delito.

Ello explica, acaso, la escasa aplicación de esta circunstancia de agravación del incendio y la escasa literatura jurídica existente, hasta el punto de que un sector de la doctrina científica censura la regulación de esta circunstancia de agravación número 3, artículo 406.3, en la que se incluye el incendio, llegándose a decir de ella que es paradigma de cómo no debe legislarse al mezclar medios de diversa naturaleza dentro de un denominador común consistente en la utilización de formas especialmente peligrosas. Como esta concreta agravación coincide con la específica del artículo 406.3 del Código Penal, a ella son de aplicación las consideraciones que, en general se hace con respecto a las genéricas correspondientes y a los problemas jurídico-penales que su conformación y naturaleza presentan.

En todo caso resulta indiscutible que los medios descritos han de emplearse de manera puntual y precisa para que la realización del delito, como ya se ha anticipado, es decir, el delito ha de ejecutarse por medio de la inundación, el incendio, etc., sin que el temor de cualquiera de estos estragos pueda producir en la víctima, como la proximidad del fuego, sirva para la aplicación de la agravante.

En el caso que nos ocupa el fuego no actuó como medio para la realización del delito de lesiones. El único hilo conductor entre el fuego y el delito de lesiones está en el calentamiento de la barra con la que se agredió brutalmente a la víctima, pero ello, con independencia de las connotaciones que conlleva, que pueden

servir a la hora de individualizar la pena, no significa que el fuego fuera el medio de ejecución porque esa misma acción pudo llevarse a cabo en un horno de la casa, por ejemplo, y a nadie se le hubiera ocurrido incluir esta circunstancia de agravación de delito de lesiones.

Que no lo es, es decir, que este supuesto no es incluíble en la agravante interesada por el Ministerio Fiscal, lo demuestra la misma redacción de la circunstancia en el texto legal, cuando, tras hacer una enumeración de los medios más ordinarios, si puede utilizarse esta expresión, apela a la vía análogica o abre el camino de otras circunstancias de análoga significación refiriéndose al uso de otro artificio «ocasionando grandes estragos».

El plantar fuego con periódicos y ropa en la puerta de la habitación y calentar en él la barra utilizada para la agresión demuestra, sin género de dudas, el carácter y la personalidad del sujeto, pero no la existencia de la agravante, como ya queda dicho que al concurrir con las lesiones o con la muerte dan lugar a un subtipo o figura agravada cualificada. Aplicarla supondría hacer una interpretación correctora del precepto, en contra del reo, prohibida por los principios que gobiernan el derecho penal, traicionándose así la teología del precepto y su misma literalidad.

Ello es independiente del tema de las restantes calificaciones que pudieron hacerse y no se hicieron en relación con el hecho de autos, y a ello se hará referencia en seguida al tratar de la impugnación de la acusación particular, que esta Sala no puede considerar, porque rigiendo el principio acusatorio que a partir de la promulgación de nuestra Constitución Española hay que darle una nueva y más profunda significación, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala, no es posible ni introducir en la casación elementos no debatidos en la instancia ni corregir las calificaciones existentes, si las impugnaciones, en función de los cauces utilizados, no han planteado los correspondientes problemas.

ARTICULO 406.5.º ASESINATO CON ENSAÑAMIENTO. DOCTRINA GENERAL

(STS de 17 de marzo de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Segundo. Con sede procesal en el artículo 849 LECr., se denuncia infracción del artículo 406.5 por aplicación indebida, y el artículo 407, ambos del Código Penal, por inaplicación, al estimar el recurrente que no concurrió la circunstancia agravatoria de ensañamiento, porque respecto al elemento que llama material, aun cuando existieron múltiples lesiones, ello no basta, sino que es **preciso que la víctima estuviese viva cuando se le causaron las aludidas lesiones**, y referente al ánimo del agente de causar un plus de sufrimiento a la víctima, no se ha acreditado tal intención.

En tablado este motivo, por el artículo 849.1 LECr., es obvio que el «factum» debe permanecer inalterable, al no haber sido atacado en forma, donde se expresa que algunas de las heridas fueron inferidas con ánimo de matar, y otras, con intención de hacer sufrir a la víctima, y ello, en principio, significa la presencia de la circunstancia 5.ª, artículo 406, del Código Penal.

La «ratio essendi» de la misma, dice la STS de 26 de septiembre de 1988 de esta Sala, radica en la perversidad del sujeto activo, o en su índole malvada, pues el sujeto activo encuentra singular goce en prolongar deliberada e inhumanamente los sufrimientos del ofendido, martirizándole, atormentándole innecesariamente antes de matarle, no es una demostración del ánimo de la cólera que dominaba al agente, en el momento de la ejecución del delito, porque el ensañamiento ha de ser necesariamente frío y reflexivo, no encontrándose en la cólera que hiere o golpea ciegamente y sin cesar.

Dicha circunstancia —Cfr. SSTS de 20 de febrero de 1986, 30 de octubre de 1987, y aludida de 26 de septiembre de 1988—, tiene un marcado carácter subjetivo, gracias a entrañar un «plus» de culpabilidad, ya que estando prevista para casos en que se patentiza lo superfluo de determinadas agresiones descargadas sobre la víctima, en relación con el propósito que inspira la realización de la infracción delictiva, revelando una mayor perversidad en el agente, provocando una más acentuada repulsa, ante los copiosos males inflingidos, en quienes conocen el innecesario lujo de males desplegados en la comisión, todo lo cual no impide descubrir en la misma una dimensión objetiva o aumento de la antijuricidad, por una mayor causación del daño e intensificación de los riesgos.

Por otra parte, **esta agravante es compatible con la eximente incompleta de enajenación mental o trastorno mental transitorio**, conforme a reiterada doctrina de esta Sala —Cfr. SSTS de 27 de septiembre de 1983, 28 de mayo de 1984 y 20 de febrero de 1986— que establece una diferenciación entre las circunstancias subjetivas que afectan a la psiquis del agente, y las objetivas, que convergen en la materialidad del acto cometido, admitiendo que unas y otras pueden confluir sin repelerse.

La doctrina de esta Sala, por todas la STS de 26 de septiembre de 1988, que cita abundante Jurisprudencia, tiene declarado, además, que la aplicación de esta circunstancia no depende de la diversidad de heridas, golpes, o malos tratos, ni la diversidad de medios empleados para la ejecución, sino que lo **que realmente caracteriza el ensañamiento es el deleite morboso** que se obtiene prolongando los sufrimientos de la víctima, complaciéndose en martirizarla y atormentarla, innecesariamente, en el camino de la muerte que ha de llegar.

Tercero. En el caso enjuiciado el Tribunal de instancia calificó los hechos como constitutivos de un delito de asesinato, tipificado por la circunstancia 5.ª, ensañamiento.

Los argumentos que utiliza el recurrente, en el segundo motivo de su recurso, no son convincentes. Las múltiples heridas ocasionadas con arma blanca a la víctima, infieren, como prueba indirecta el ánimo de causar un mayor sufrimiento a aquélla, por la innecesariedad de la casi totalidad de las que le produjo, pues la muerte se derivaría de cualquiera de las 12 cuchilladas que interesaron el corazón. Ahora bien, ello no quiere decir que las restantes se asestaron cuando la ofendida ya estaba muerta; al contrario, en el informe pericial, obrante en la causa folio 107 apartado VII, dinámica del crimen, se concreta que la agresión se inició en principio al ojo izquierdo, luego al cuello, y posteriormente en el tórax. Las heridas del corazón no implican que la muerte fuese instantánea, sino que ésta puede producirse en un lapsus mayor o menor de tiempo. No consta que todas las mortales lo fueran sin solución de continuidad. El que una herida sea mortal no quiere decir que el óbito sea fulgurante, sino que puede mediar

un espacio de tiempo, en el cual, innecesariamente se aumenta el dolor de la víctima complaciéndose en prolongar su agonía, puesto que la muerte ya deviene inevitablemente.

El que la mayor parte de la doctrina científica niegue la posibilidad de aplicar el ensañamiento, en los supuestos de crímenes sádicos, puesto que al sujeto activo no le complace el sufrimiento ajeno, sino en tanto en cuanto ello le facilita un placer o goce propio, como ya dijo la STS de 26 de septiembre de 1988 de esta Sala, es altamente cuestionable. Precisamente, el síndrome de sadismo, si aumenta el sufrimiento de su víctima, deliberadamente, aunque sea para conseguir un placer propio, es indudable que ello entraña ensañamiento, porque aumenta, a sabiendas, el dolor de la ofendida, aunque conjuntamente ello lo verifique para obtener un goce.

La pareja no consintió en ningún momento, y buena prueba de ello son los cortes en la mano, para protegerse de la agresión del ojo, así como las del antebrazo izquierdo, y las puñaladas en el hombro izquierdo, lo son por interposición para limitar las dirigidas al corazón.

No puede haber tampoco incompatibilidad entre la exigente incompleta de trastorno mental transitorio, que disminuye, la imputabilidad del sujeto activo, sin anularla totalmente, y por tanto, el resto de imputabilidad no afectado es plenamente compatible con cualquier delito o circunstancia subjetiva que tipifique especialmente aquél.

ARTICULO 410. INFANTICIDIO. COMISION POR OMISION. DOLO

(STS de 28 de marzo de 1989. Pte. Sr. Puerta Luis)

Segundo. El segundo de los motivos, deducido por el cauce del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción del artículo 1.º del Código Penal, por afirmarse que en la conducta de la recurrente «no anidó dolo» alguno.

El artículo 1.º del Código Penal establece que «no hay pena sin dolo o culpa». Ello supone un reforzamiento del principio de culpabilidad en el ámbito penal de nuestro ordenamiento jurídico, con la consiguiente postergación de la responsabilidad por el resultado, que el texto anterior a la reforma operada por la LO 8/1983 propiciada.

El artículo 410 del Código Penal castiga, como culpable de un delito de infanticidio, a la madre que, para ocultar su deshonra, matare al hijo recién nacido. La doctrina al igual que la jurisprudencia admiten que la conducta de la madre puede revestir tanto la modalidad activa (matar) como la omisiva encaminada al mismo resultado (dejar morir), habida cuenta, respecto esta última, de la posición de garante que a la madre corresponde respecto del hijo recién nacido, como consecuencia de los deberes legalmente impuestos a los padres (vid. artículos 110, 111, 142, 143 y concordantes del Código Civil).

En el presente caso, es evidente que la hoy recurrente —tal como se desprende del relato histórico de la sentencia recurrida— actuó consciente y voluntariamente. Milagros Garrido, al quedar embarazada, a consecuencia de las relaciones sexuales mantenidas con su novio, tuvo una idea fija determinante de toda su

conducta posterior: ocultar a todo trance su embarazo y las consecuencias del mismo. Y ello —como demostraron luego los hechos—, hasta sus últimas consencias. Así se explica que cuando, a finales del mes de marzo de 1983, después de haber estado una temporada sirviendo en Valencia, se presentó en la casa de sus tíos, residentes en Felanitx, con el propósito manifestado de buscar trabajo. Pese a las repetidas preguntas que le hicieran acerca de su posible embarazo ella lo negó rotundamente a su tía y a su prima, achacando su gordura al régimen alimenticio que había seguido últimamente. Así, igualmente, días después, cuando le llegó el momento del parto ni avisó a la familia ni pidió ayuda alguna —pese al desconocimiento que tenía de lo que había de hacer en tal circunstancia— y, tras del alumbramiento, pese a preguntarle su tía acerca del motivo de «su extrema palidez y de la gran cantidad de sangre que había en el retrete» le dijo que «le había venido la regla». Al propósito de ocultar el hecho respondió, sin duda, el hecho de que no pidiera ayuda a su familia cuando vio que se producía el parto, ni después del mismo, dejando abandonada a la criatura recién nacida —que, como se dice en el «factum», «respiró y lloró al nacer»—, tras cortar el cordón umbilical, sin ligarlo luego, terminando por meter el cuerpo del niño recién nacido en una bolsa que colocó debajo de un barril de madera. Solamente sobre la 17,30 horas de aquel día (el parto se había producido sobre las 14 horas del día 6 de abril de 1983), ante el acoso de preguntas que le hicieron su tía y su prima, confesó lo sucedido «sin detalles», y, finalmente, prefirió que se diera cuenta del hecho a la Guardia Civil, antes de tener que salir en aquella situación de la casa de su tía, que la puso en tal dilema.

El Tribunal sentenciador afirma que la causa de la muerte del niño recién nacido fue múltiple: falta de ligadura del cordón umbilical frío ambiental y las pequeñas lesiones de características vitales; pero que la causa verdaderamente esencial de su muerte fue «la omisión de los debidos cuidados».

Es indudable que **la hoy recurrente omitió toda posible conducta encaminada a salvar la vida del hijo que había concebido**: no acudió a médico alguno tras quedar embarazada, ni se informó por ningún medio a su alcance de lo que debía hacer para que el embarazo llegase a buen término, ni pidió ayuda alguna a su tía ni a su prima, pese a que se encontraban en casa al llegarle el momento del parto y a que la procesada no podía ignorar que ambas sospechaban fundamentalmente que se hallaba embarazada —por las insistentes preguntas que le hacían—. La única idea de la hoy recurrente no fue otra que la de ocultar a todo trance, primeramente su embarazo, luego el parto, y finalmente el nacimiento del hijo. No cabe negar, en consecuencia que Milagros Garrido **actuó dolosamente**: ha sabido y querido lo que hacía, y no podía ignorar su deber, como madre, de velar por la vida de su hijo, indefenso, recién nacido, ni el riesgo cierto de muerte que su conducta suponía para él. El motivo, en suma, debe ser desestimado.

ARTICULOS 457 Y 458. INJURIAS. DOCTRINA GENERAL

(STS de 14 de abril de 1989. Pte. Sr. Puerta Luis)

Sexto. Los motivos 4.º y 5.º, deducidos ambos al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncian infracción legal,

por infracción de los artículos 456 (457) y 458 del Código Penal, destacando que los procesados-recurrentes han sido condenados por unas «injurias verbales», descritas como «manifestaciones peyorativas», que luego no se han concretado, pero en las que no cabe apreciar, en ningún caso la concurrencia del esencial elemento subjetivo del injusto: el **ánimo de injuriar**. A tal fin, la parte recurrente pone de manifiesto el conjunto de circunstancias concurrentes en el presente caso, destacando el marco de las conversaciones, su finalidad, el tiempo y el lugar donde las mismas tuvieron lugar y haciendo especial mención de la sentencia dictada por la Sala 6.^a del Tribunal Supremo, en el recurso de casación seguido ante la misma en la causa por despido, tramitada a instancia del procesado Antonio Belando, en la que expresamente se dice: «...las manifestaciones del trabajador están hechas, única y exclusivamente, a miembros rectores de la empresa, y se refieren a un superior suyo. Enumeran determinados hechos que tiene relación tan sólo con sus actividades profesionales. Es, sin duda, una omisión censurable que el demandante no contrastara suficientemente la certeza de cuanto dijo; pero, por sí misma, tal falta de diligencia, no puede calificarse de grave y culpable, en cuanto no se aprecia ánimo de injuriar o agraviar a la persona implicada en sus expresiones. Estas parecen inspiradas, más bien en un deseo de que pudieran corregirse unas actuaciones que el actor —con error según las averiguaciones posteriores— consideraba desacertadas o no idóneas para la buena marcha del negocio». (Vid. copia unida al rollo de la Audiencia.)

La jurisprudencia de esta Sala recuerda que para que exista el delito de injurias se requiere la concurrencia de dos elementos fundamentales: uno objetivo, constituido por actos o expresiones que tengan la suficiente potencia ofensiva para agraviar la honra y crédito de la persona a que se dirijan, y otro, de carácter subjetivo, integrado por la intención dolosa específica de causar con ellas un ataque a la dignidad ajena, conocido como «animus iniuriandi» (Vid., «ad exemplum», la sentencia de 5 de febrero de 1988).

Los propósitos o intenciones de las personas, por afectar a su esfera más íntima son directamente preceptibles por los demás y únicamente pueden ser inferidos a partir de las manifestaciones externas de su conducta, debidamente acreditadas (Vid. artículo 1253 del Código Civil). A este respecto, la jurisprudencia ha destacado reiteradamente el **carácter eminentemente circunstancial del delito de injurias**; de tal modo que, en cada caso, deben valorarse tanto las acciones o expresiones, como las personas intervinientes, la ocasión y demás circunstancias concurrentes.

El **ánimo de injuriar se presume «iurius tantum»** cuando se trate de expresiones verbales o escritas, si las frases significan gramaticalmente descrédito o menosprecio (Vid. sentencias de 29 de septiembre de 1943, 6 de octubre de 1967, 13 de marzo de 1970 y de 24 de febrero de 1976, entre otras), **sin que ello pueda llegar, sin embargo, al reconocimiento del «dolus in re ipsa»** (Vid. sentencia de 7 de noviembre de 1972); por lo que será necesario estudiar, en cada caso, las circunstancias concurrentes (Vid. sentencias de 19 de febrero de 1948, 15 de junio de 1960, 25 de abril de 1975 y 15 de julio de 1988, entre otras), por cuanto, según la propia jurisprudencia, la presencia de un ánimo diverso al de injuriar excluye la existencia del «animus iniuriandi» (Vid. sentencias de 14 de marzo y 15 de julio de 1988, «ad exemplum»).

En el presente caso, es preciso reconocer que las imputaciones hechas por

los procesados —hoy recurrentes— al querellante, objetivamente consideradas, son de las que comportan deshonra y menosprecio para la persona a la que afectan. Mas, dicho esto, es preciso reconocer también que ello no basta para que pueda apreciarse la existencia del delito de injurias: es necesario, para ello, ver si concurre, además, el elemento subjetivo del injusto, el «animus iniuriandi», que se infiere de la preposición «en» que utiliza el legislador para definir dicho delito (Vid. artículo 457 del Código Penal), consistente en el propósito de deshonorar, desacreditar o menospreciar al sujeto pasivo (Vid. «ad exemplum», la sentencia de 14 de marzo de 1988).

Llegados a este punto, y tras destacar que los juicios de valor del Tribunal «a quo» son susceptibles de revisión por esta Sala en el trámite de casación, cuando se recurre por la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Vid. sentencia de 4 de octubre de 1988), es oportuno destacar que, en el presente caso, del estudio de la sentencia recurrida se desprende lo siguiente:

1) En el relato de hechos probados de la misma se dice: «...sin que puea precisarse si fue por una soterrada malquerencia derivada de celos profesionales, o la creencia honesta de las razones suficientemente probadas...», y se reconoce que los procesados fueron requeridos por don Angel Díaz y don Roberto Rey para consignar por escrito las manifestaciones hechas en torno a la persona de don Francisco Frutos.

2) En el primero de los razonamientos jurídicos de la propia sentencia, se viene a destacar especialmente el contenido objetivamente deshonoroso para el querellante de las manifestaciones de los procesados, cuyo ánimo injurioso estima que se manifiesta de modo evidente «en el mismo contenido de las expresiones vertidas, en la forma de su manifestación y en las razones que provocaron su dicho».

Ello no obstante, del examen de los autores llevado a cabo al analizar el posible fundamento de la denunciada violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, importa destacar que la entrevista mantenida en Albacete por los procesados —hoy recurrentes— con los directivos de GRUDISA —sociedad con participación mayoritaria en la empresa «Francisco Frutos, S. A.»—, lo fue a requerimiento e invitación de dichos directivos, con la finalidad de que les informasen acerca de la conducta observada por el querellante —don Francisco Frutos Jover—, a la sazón Gerente de «Francisco Frutos, S. A.», desarrollándose las conversaciones dentro del ámbito de los intereses de esta empresa, de la que formaban parte los procesados y, plasmándose por escrito los informes facilitados por estos últimos a requerimiento de los directivos informados, asesorados por el Letrado don Claudio Aldaz (luego Letrado del querellante), por afirmar éste que ello era necesario para poder actuar, en su caso contra el señor Frutos Jover; siendo dicho Letrado quien redactó el borrador de tales escritos, con la presencia de uno sólo de los procesados (Antonio); habiendo manifestado éstos, en todo momento, que solamente pretendían informar a GRUDISA sobre la conducta del señor Frutos, como gerente de la empresa, con el propósito de que pudiera enderezarse la marcha de la misma, dado su personal interés, por trabajar en ella, siendo los propios informados quienes pusieron en conocimiento del querellante el contenido de los referidos informes, tras efectuar —según dijeron— una infructuosa comprobación sobre la veracidad de los hechos imputados, llevada a cabo

en un brevisimo lapso de tiempo, sin que conste que se consultasen directamente las fuentes de información dadas por los propios informantes, los cuales, finalmente, fueron amenazados por el querellante con objeto de que firmasen el despido voluntario. Por último, no deja de tener una particular significación el hecho de que el querellante, señor Frutos Jover, que no se ha personado en este recurso, haya sido despedido también de la empresa.

Esta Sala, tras constatar la falta de coherencia interna de la sentencia recurrida, que en el «factum» dice que no puede precisarse el propósito de los procesados (soterrada malquerencia o creencia honesta), y luego en el «iudicium» —en el primero de sus razonamientos jurídicos— afirma que el ánimo de injuriar es evidente, por el «contenido de las expresiones», «la forma de su manifestación» y «las razones que provocaron su dicho», estima oportuno destacar lo siguiente:

a) Que el contenido de las expresiones e imputaciones hechas por los procesados no pueden valorarse de modo absoluto, como ya se ha puesto de relieve, por cuanto siempre que se trate de informes rendidos a los superiores o personas legitimamente interesadas en la información —como sucede en el presente caso—, lo decisivo es la fundada creencia de su veracidad por parte de los informadores, «ex ante»; siendo de destacar, además, que, en el presente caso, no se ha acreditado tampoco de modo cumplido la realidad y el rigor de las comprobaciones hechas por los directivos de GRUDISA.

b) Que la forma en que tuvieron lugar las manifestaciones hechas por los procesados a los directivos de GRUDISA fue realmente confidencial; pues acudieron a una reunión celebrada en Albacete, a requerimiento de dichos directivos, habiéndose hecho constar por escrito sus informaciones, a requerimiento también de los mismos, con carácter previo a toda posible comprobación de su veracidad por parte de los informados. Por último fueron los propios directivos de GRUDISA quienes dieron cuenta de la información al propio interesado.

c) Que, en definitiva, debe estimarse acreditado que los procesados —hoy recurrentes— actuaron guiados por el **deseo de informar** a los socios mayoritarios de su empresa acerca del comportamiento del gerente de la misma, ante las dificultades por las que atravesaba, con el propósito —en último término— de que quienes podían hacerlo tomasen las medidas que juzgasen oportunas para mejorar la marcha de la empresa. Este «animus informandi», es suficiente para desvirtuar, en el presente caso, la presunción del «animus iniuriandi» derivada del contenido objetivo de la información debatida.

Por consiguiente, procede estimar los motivos analizados, y, sin necesidad de examinar el posible fundamento del que aún resta por analizar, casar y anular la sentencia recurrida (Vid. artículo 901, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

ARTICULOS 500 Y 3. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. DISPONIBILIDAD DE PARTE DEL BOTIN. CONSUMACIÓN TOTAL

(STS de 17 de enero de 1989. Pte. Sr. Soto Nieto)

Cuarto. Según se hace constar en el «factum» de la sentencia el procesado, tras penetrar por una ventana en el domicilio que se indica, se apoderó de efectos

y dinero por un total de 210.000 pesetas y como fue sorprendido por el propietario cuando se encontraba en el interior del inmueble, al salir huyendo «perdió parte de lo sustraído por valor de 190.0000 pesetas y asimismo su DNI». Examinada la causa por el Tribunal, haciendo uso de las facultades conferidas por el artículo 899 de la Ley Procesal, se comprueba que, tras la recuperación por el perjudicado de la caja de caudales y joyas y monedas que contenía, acusó la falta y no recuperación de un reloj de señora, 3.500 pesetas, ochocientos escudos portugueses, tres juegos de gemelos para camisas y una pequeña colección de anillos, cuyos efectos valoraba en veinte mil quinientas pesetas. La sentencia impugnada califica correctamente los hechos como integrantes de un delito consumado de robo comprendido en los artículos 500, 504.1.º, 505 y 506.2.º del Código Penal; **si bien es cierto que el procesado, en razón a la persecución de que fue objeto inmediatamente después de cometido el atentado a la propiedad, no llegó a tener la plena disponibilidad de los efectos arrojados o perdidos en su huida, si logró aquélla en su plenitud respecto a los objetos antes mencionados** que no retornaron a la posesión de su dueño, transcurriendo algunos meses desde la comisión del robo hasta la detención del inculpado. Es común el sentir jurisprudencial de que cuando al sujeto se le ocupan parte de los objetos sustraídos, o abandona algunos de ellos, al ser sorprendido sin haber podido disponer de los mismos en razón a la persecución de que haya sido objeto, **no debe apreciarse un delito de robo o hurto consumado respecto de los de los objetos de que pudo disponer y otro frustrado de los que no tuvo la disponibilidad, sino que la consumación se extiende a la totalidad de los bienes sustraídos**; así, sentencias de 9 de marzo de 1955 y 22 de noviembre de 1985, entre otras. Al igual que sucede cuando, en su puesto de coautoría, el acto consumativo sólo concurre en alguno de los intervinientes, teniendo virtud comunicativa y trascendente respecto de los restantes, conllevando la plena realización del plan criminal trazado, pese a que alguno de los partícipes vea fallidos sus propósitos de apropiación y disponibilidad de determinados efectos; criterio reiterado en sentencias de 20 de febrero y 15 de diciembre de 1982, 30 de abril y 13 de junio de 1985, 17 de mayo y 3 de julio de 1987. El motivo ha de ser, pues, desestimado.

ARTICULOS 500 Y 516 BIS. ROBO Y UTILIZACION DE VEHICULO DE MOTOR. PROGRESION DELICTIVA. DELITO UNICO.

(STS de 20 de enero de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Primero. El único motivo del recurso, con sede procesal en el número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia quebrantamiento de forma, por consignarse en los hechos probados de la sentencia impugnada, conceptos que por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo, reputando como tal, la frase inserta en aquéllos, «con el que se fue para usarlo temporalmente».

El motivo, es totalmente improsperable.

El vocablo «usar», es un término de lenguaje común, careciendo por completo de carácter jurídico, no forma parte del tipo descrito en el artículo 516 bis del Código Penal, y por tanto, conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial

—Cfr. sentencias 29 de abril y 16 de mayo de 1988— que ha declarado que los conceptos jurídicos a que se refiere la Ley, ha de ser expresiones técnicas jurídicas de carácter sustantivo, que constituyan la esencia del núcleo de la infracción delictiva, sin que el precepto aludido de la Ley Procesal, prohíba la descripción de conductas utilizando expresiones comunes que sean la base de la calificación jurídica del delito.

Por tanto, el motivo, debe rechazarse.

Segundo. El motivo, sin embargo, no invoca la compatibilidad entre el delito de robo con intimidación en las persona, y el de utilización ilegítima de vehículo de motor, en cuyo tema, la jurisprudencia de esta Sala, ha evolucionado desde su apreciación a considerar en tal supuesto, la existencia de un concurso real delictual —SSTC de 3 de octubre de 1985 y 13 de octubre de 1986—, hasta llegar en la STC de 29 de septiembre de 1987 a reputar la concurrencia de un concurso ideal; posteriormente, **en SSTC de 31 de mayo y 4 de julio de 1988, ha resuelto estimar que la utilización de vehículo de motor en un fenómeno de progresión delictiva, debe quedar absorbida en el delito de robo de mayor rango punitivo, sin ignorar que ambos delitos son distintos —privación del «ius utendi» en el primero, y usurpación de la totalidad de las facultades dominicales en el segundo—, pero ambos inscritos en el ámbito de los delitos patrimoniales de apropiación, con la ventaja de evitarse la consecuencia indeseable de subsumir en el robo la apropiación del automóvil, y no la mera utilización temporal.**

Es por ello, que la Sala no puede reputar adecuada la pena impuesta al procesado por el delito de utilización ilegítima de vehículo de motor, que debería quedar absorbida por el de robo con el que también se le sanciona, y al no tener *medio hábil*, dados los estrechos límites del recurso de casación, para subsanar la incorrección que supone la condena por la infracción de uso de vehículo, debe acudir al Gobierno, con la oportuna exposición, por resultar la pena notablemente excesiva, a fin proponer **el indulto total** de la pena correspondiente a dicho delito.

Arresto sustitutorio y sanciones alternativas (A propósito de la STC de 18 de febrero de 1988)

HORACIO ROLDAN BARBERO

Profesor Titular de Derecho Penal Universidad de Córdoba

Con la reciente STC de 18 febrero de 1988 se ha reavivado en el Derecho español el interés por el problema del arresto sustitutorio por impago de multa (1). Promovida cuestión de inconstitucionalidad por el JI núm. 9 de Madrid, el TC, en su fallo, ha venido a sentar la adecuación del artículo 91 CP, norma reguladora del arresto sustitutorio o, por mejor decir, de la *responsabilidad personal subsidiaria*, con los principios constitucionales.

De la rica fundamentación del fallo, creo podrían entresacarse tres ideas básicas: 1. El artículo 91 CP no conculca los derechos a la igualdad (artículo 14 CE) y a la libertad personal (artículo 17 CE) —principales derechos traídos a colación—, pues la responsabilidad subsidiaria por impago de la multa tiene como finalidad primaria salvaguardar el principio de la *inderogabilidad* de la pena; 2. Los citados derechos constitucionales —especialmente el de igualdad— tampoco se ven menoscabados «rodeada como está la norma (la del artículo 91 CP) del conjunto de *paliativos* y *suavizaciones* (subrayados míos) con que nuestro legislador penal la adorna y dado el conjunto de variantes dejados a la decisión del Tribunal con el fin de adecuar sus consecuencias a las características de cada caso»; 3. No obstante lo cual, y en tanto que el artículo 91 CP habla genéricamente de *responsabilidad personal subsidiaria*, el TC concluye recomendando, frente a la inconcusa práctica judicial de identificar dicha responsabilidad con una pena de arresto, la elección de «fórmulas de restricción de la libertad que encajen mejor en el sentido general del precepto y con

(1) Sobre dicha sentencia, cfr. F. BUENO ARÚS, «La constitucionalidad del arresto sustitutorio por impago de una pena de multa», *Poder Judicial* 1988, núm. 9, pp. 63 y ss.; L. RODRÍGUEZ RAMOS, «¿Prisión por *penosas deudas* al Estado?», *La Ley* 1988-3, pp. 917 y ss.

una interpretación del mismo favorecedora de las menores restricciones de la libertad individual, lo que sucede, muy en particular, con el *arresto domiciliario* (subrayado mío)).

Con la primera idea se alude a un principio general del ordenamiento punitivo —el de inderogabilidad de la sanción—, por cuya defensa se hace justificable el instituto de la conversión; con la segunda, se repara en la estructura *legal* de la pena pecuniaria, la cual, a juicio del TC, responde a criterios lo suficientemente satisfactorios como para evitar el reproche de medida *desproporcionada* respecto a la responsabilidad subsidiaria; con la tercera, por último, se aconseja, pese a todo, una mejor adaptación de la medida sustitutiva a los contenidos constitucionales. En resumen, la STC de 18 de febrero de 1988 llega al siguiente resultado: la responsabilidad subsidiaria/arresto sustitutorio por falta de pago de la multa es conforme al orden constitucional, pero se correspondería mejor al mismo si revistiera, por ejemplo, la forma de un arresto en el propio domicilio del penado.

Con esta resolución, el ordenamiento punitivo queda a salvo, de momento, de la progresiva tendencia, advertida durante el presente siglo, de sustraer otras responsabilidades pecuniarias, públicas o privadas, a cualquier medida carcelaria. Los hitos más importantes de esa tendencia pueden concretarse en los siguientes:

a) En primer lugar, con la supresión, en el CP 1932, de la prisión subsidiaria por impago de las responsabilidades *civiles* derivadas del delito. La Exposición de Motivos de dicho Código justificó su supresión en la necesaria parificación entre aquellas responsabilidades civiles y las propias del Derecho privado, en relación a las cuales no existía, ya desde comienzos del siglo XIX, la prisión por deudas (2).

b) El segundo lugar, con la prohibición constitucional (artículo 25.3 CE) de que las multas administrativas puedan transformarse en sanciones de privación de libertad. El pronunciamiento constitucional era particularmente preciso en este ámbito para poner coto al desvarío administrativista de usurpar espacios confiados en un Estado de Derecho a un órgano menos sospechoso de parcialidad como el judicial (3).

c) Por último, también el arresto carcelario del quebrado (no así el domiciliario), figura renuente al abandono del Derecho procesal civil, ha sido declarado como no conforme a la CE por la STC de

(2) Sobre la evolución de la prisión por deudas civiles, vid. M. GARRETA SOLÉ, *El arresto del quebrado*, Barcelona, 1979, pp. 51 y ss.

(3) Sobre la dimensión del poder sancionador de la administración en la época preconstitucional, vid. J. R. PARADA VÁZQUEZ, «El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal», *RAP* 1972, núm. 67, pp. 41 y ss.; L. MARTÍN RETORTILLO, «Multas administrativas», *RAP* 1976, núm. 79, pp. 1 y ss.; J. BOIX REIG, «Algunos aspectos de la responsabilidad penal subsidiaria», *CPC* 3 (1977), pp. 44 y ss.

19 de diciembre de 1985, por su *desproporcionalidad* al mero hecho de la falta de medios para prestar fianza.

Las responsabilidades pecuniarias estrictamente *penales* (las multas y las fianzas en los casos autorizados por los artículos 503 y 504 LECrim.) son, pues, las únicas *prestaciones* económicas en el derecho vigente cuya falta de pago puede generar una medida carcelaria. Dejando a un lado las fianzas, asunto que, pese a todo, se entrefiera —como más adelante se apreciará— con las multas penales, es a éstas a las que debe prestarse especial atención en este trabajo. Como queda dicho, la comentada sentencia del TC respalda —aunque intenta paliar su desmesura con la recomendación del arresto domiciliario— el instituto de la conversión de la multa en una pena de prisión.

Siguiendo el orden de ideas entresacadas del fallo constitucional, la presente investigación pretende reestudiar el tema de la conformidad del arresto sustitutorio a la normativa constitucional. Para ello, junto a los argumentos teóricos y las razones de política criminal que dinamizan la estrategia de las sanciones alternativas, se han tomado en cuenta los resultados arrojados de una muestra de 112 ejecutorias de juzgados de instrucción en que ha recaído la pena de multa (4). De esta forma se ha intentado tener una prueba sobre la conformidad o desviación entre norma *primaria* (precepto legal) y norma *secundaria* (aplicación judicial del precepto). A las facilidades que me ha brindado Marcos Antonio Blanco Leira, juez de instrucción de la audiencia de Córdoba, debo, en definitiva, la realización de la muestra.

I. EL PRINCIPIO DE LA INDEROGABILIDAD DE LA PENA

1. Cuestión previa: la individualización penal como posible defensa de la inderogabilidad

Antes de entrar propiamente en la significación del principio de la inderogabilidad de la pena, conviene hacer una precisión sobre otro principio jurídico, el de la individualización penal, para advenir el

(4) Los datos fundamentales de la muestra, de los que se irá haciendo uso a lo largo de las argumentaciones de este trabajo, son los siguientes:

— Pago en el acto del requerimiento o a los 10 días: 42 (37,50 por 100).

— Pago deducido de la fianza: 8 (7,14 por 100).

— Pago a plazos: 23 (20,50 por 100).

— Otros incidentes de demora del pago (inclusión de la multa en la tasación de costas, pago tras dos o más requerimientos; una vez acordado el arresto sustitutorio): 7 (6,25 por 100).

— Abono de la prisión preventiva al arresto sustitutorio: 6 (5,35 por 100).

— Suspensión condicional del arresto sustitutorio: 13 (11,60 por 100).

— Arresto sustitutorio: 14 (12,50 por 100).

Las variaciones por exceso se deben a algunos supuestos de participación en que la solución seguida para los diversos condenados fue divergente.

grado de incidencia de éste en aquél. En uno de sus fundamentos jurídicos, la STC de 18 de febrero de 1988 alude, en efecto, a un cierto rozamiento de ambos principios. Es éste, pues, el momento de confrontar esa relación, tanto en el orden general como en el marco del Derecho positivo español.

La individualización judicial de la pena responde —como es sabido— a una delegación que hace la ley al juez, para que éste, dentro de unas determinadas líneas de actuación, fije la *concreta* sanción que debe corresponder a cada caso. En lo que respecta a la multa, el principio de la *individualización* se ha significado sobre dos aspectos principalmente: a) En orden a la ponderación de las condiciones económicas del condenado en la determinación de la cuantía de la multa —fórmula ésta aceptada en la generalidad de los ordenamientos penales, y que encuentra en el denominado sistema de los *días-multa* su máxima expresión—; y b) respecto a la previsión *alternativa* de la multa con otra pena (normalmente privativa de libertad) en los tipos de la Parte Especial, correspondiendo al *sentenciador*, en atención a diversos criterios, la elección de la pena que estime más oportuna para cada caso.

Es a este segundo aspecto de la individualización judicial al que se va a hacer referencia ahora. El primero de ellos puede contribuir asimismo a la eficacia de la pena, pero su tratamiento se demorará al apartado correspondiente a las *correcciones* a la desigualdad (*infra*, página corresp.). La valoración de la situación económica del penado representa, en efecto, antes que nada, una compensación de la desigualdad en la distribución de las multas, y no tanto —sobre todo en relación a determinadas capas económicamente deprimidas de la población— una garantía de la ejecutabilidad de la pena pecuniaria.

Una más directa influencia en la salvaguarda de la inderogabilidad de la pena puede ejercer, como queda dicho, la previsión alternativa de sanciones: prisión/multa. La ley persigue, aquí, que el juez *seleccione* la pena que más se adecue a las particularidades del caso. Con ello se intenta reducir la posibilidad de que la pena previamente pensada quede incumplida. Este sistema de alternatividad es el que preside la regulación del *StGB* alemán. Y así, en la Parte Especial de dicho código nunca figura la multa como pena autónoma, sino siempre como *alternativa* a la prisión. Por los números arrojados de las estadísticas judiciales de ese país (la multa representa más del 80 por 100 del total de penas), queda claro que la pena pecuniaria representa un razonable indicio de que la sanción seleccionada va a ser efectivamente cumplida (5).

(5) Referencias sobre ello, por ejemplo, en H. H. JESCHECK, «Die Geldstrafe als Mittel moderner Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht», *Festschrift für Würtenberger*, 1977, p. 261; G. GREBING, «Die Geldstrafe im deutschen Recht nach Einführung des Tagessatzsystems», en *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, edit. por Jescheck/Grebing, Baden-Baden, 1978, pp. y ss.; H. J. ALBRECHT, *Strafzu-*

En el CP español, la previsión alternativa tiene, por el contrario, un escaso desarrollo. Son pocos los preceptos que dejan al juez la elección de la pena (ejs.: 489 bis, 516 bis, 563 bis), y tampoco existe una regla general que establezca, bajo qué criterios, debe optar por una u otra sanción. Consecuentemente, esta manifestación de la individualización penal de manera escasa repercute, en nuestro derecho, en el problema general del aseguramiento de la ejecutabilidad de la sanción.

Su pequeña geografía hace ya de la previsión alternativa una técnica legal distinta a la de la conversión de la multa en arresto. Y, aunque el efecto al que pueden tender ambas es coincidente —obstruir la inexecución de la pena—, la base de su aplicación es distinta en una y en otra. En el sistema de previsión alternativa (prisión/multa) la imposición de la pena privativa de libertad responde, por principio, a razones preventivas (de prevención general y especial). Tomando como ejemplo el derecho alemán, el § 47 *StGB* establece que una pena de prisión inferior a seis meses sólo puede imponerse cuando por la *influencia sobre el autor (Einwirkung auf den Täter)* o por la *defensa del orden jurídico (Verteidigung der Rechtsordnung)* se haga indispensable. El arresto sustitutorio responde, por el contrario, a consideraciones distintas a las de los fines de la pena: la carencia de medios económicos para hacer efectiva la multa.

De todos modos, no conviene dejarse deslumbrar por la puridad de los fundamentos en los que descansa una y otra fórmula. Estudios empíricos realizados en Alemania Federal sobre los criterios relevantes en la *selección* de la pena, han venido a demostrar que las razones de ortodoxia preventiva en no pocos casos se ven reemplazadas (o complementadas) por motivos económico-sociales. Lo que se traduce en una preferencia judicial por la pena privativa de libertad en proporción directa a la falta de medios económicos o a la defectuosa integración social del penado (6). De tal suerte que la opción por la pena de prisión no supone sino un adelantamiento, más diplomático, del arresto sustitutorio. Sólo que aquí se tienen argumentos adicionales para, pese a todo, basar la aplicación de la pena privativa de libertad en fundamentos ajenos a los puramente patrimoniales. En último término, la supuesta anticipación de la prisión quedará embebida —hecho particularmente notorio en la ideología del Estado del bienestar de los años 60— en una razón de desafección laboral del penado (7). Su incapacidad de pago no sería, así, sino un «lastre»

messung und Vollstreckung bei Geldstrafen unter Berücksichtigung des Tagessatzsystems, Berlin, 1980, pp. 2-3.

(6) Especialmente, D. PETERS, *Richter im Dienst der Macht*, Stuttgart, 1973, pp. 41 y ss.; Albrecht, *ob. cit.*, pp. 167 y ss.

(7) Asumiendo esta ideología integradora, por ejemplo, H. MAYER, *Strafrechtsreform für heute und morgen*, Berlin, 1962, p. 130. En sentido crítico, PETERS, *ob. cit.*, pp. 67 y ss.

asumido voluntariamente, que conllevaría, en el orden penal, a la inaplicación de una sanción —la multa— de complicada eficacia. Por lo demás, la apariencia de equidad sufre un menor desgarró en el sistema de alternatividad de penas que en la cruda transformación de la multa en prisión por no haberse seguido aquélla de pago.

2. La posición antitética de la inderogabilidad de la pena en el conjunto de principios jurídicos y político-criminales

El TC justifica: «la insolvencia determinante de la inejecutabilidad de la pena patrimonial no es el fundamento de la posible aplicación de la medida subsidiaria... La finalidad de la sustitución es la de procurar que no quede sin sanción, en esta hipótesis, una determinada transgresión del orden penal» Y concluye: «No estamos, pues, ante la inaceptable sanción de la pobreza».

Estas breves citas muestran la alta significación que la STC de 18 de febrero de 1988 concede al principio de ejecutabilidad en la fundamentación de la norma del artículo 91 CP. Alientan a la revisión de las siguientes cuestiones: a) La supuesta inocuidad de la responsabilidad subsidiaria frente a los derechos constitucionales a la igualdad y libertad; b) La no contradicción del principio de inderogabilidad por otros principios penales; y c) *El papel del principio de inderogabilidad en el marco de las exigencias de política-criminal.*

a) *La supuesta inocuidad de la responsabilidad subsidiaria frente a los derechos constitucionales a la igualdad y a la libertad.* El título de este subepígrafe creo que comprende el pensamiento final de la sentencia de 18 de febrero de 1988. Con él, el TC ha ratificado un parecer jurisprudencial de la Sala 2.^a del TS (8), según el cual a la frágil eficacia de la multa hay que responder con una sanción sustitutiva que preserve sin lagunas el monopolio punitivo del Estado. El constitucional aconseja que esa sanción sustitutiva —como ha sido ya reseñado y sobre lo que luego se volverá— represente el menor costo posible a la libertad individual (de ahí su recomendación por el arresto domiciliario), pero cree que ella (también si encarna la forma de una pena carcelaria) es la única garantía de salvaguardar la ejecutabilidad de la pena.

La cautela es plausible. Las penas se han creado para que, como norma, sean cumplidas. Lleva razón el TC al sostener que el aliento del artículo 91 CP se lo insufla el principio de inderogabilidad. Esta es, sin duda, la finalidad más presentable de la responsabilidad subsidiaria. Pero seguramente no debería haberse velado tan en exceso

(8) Entre otras, expresamente, SSTS de 13 de enero de 1971 y 16 de enero de 1976. Con posterioridad a la sentencia comentada del TC, vid. en la misma línea, STS de 11 de mayo de 1988.

el problema de los medios para el logro de dicha finalidad. O, lo que es lo mismo, la pregunta de quiénes son los expuestos a sucumbir a esa responsabilidad subsidiaria/arresto sustitutorio. Pues éstos, evidentemente, no son otros que los insolventes *reales*. Gran parte de la doctrina así lo ha venido declarando con especial énfasis. Quintano escribía: «El arresto sustitutorio, en definitiva, es pena impuesta al pobre por el hecho de serlo...» (9). Y Quintero, en el mismo sentido, señala: «La crítica que siempre se había hecho a la pena de multa porque incide de manera desigual en pobres y ricos..., encuentra aquí su mayor justificación: la multa lleva a la cárcel sólo a los pobres» (10).

No otra cosa está permitido concluir, además, de la correcta aplicación del artículo 91 CP. El presupuesto legal sobre el que descansa la responsabilidad subsidiaria no es otro que la falta de pago. Y este hecho, en la estructura del código, no depende de la *voluntad* del penado, sino de su *carencia* de medios.

El condicionamiento de la responsabilidad subsidiaria/arresto sustitutorio a la falta de medios para el pago ha sido, sin embargo, relativizado por algún sector doctrinal, antes de la reforma de 1983, bajo la alegación de que el artículo 91 CP consagraba una especie de derecho de opción del penado. «Las críticas formuladas al artículo 91 por su apariencia inequitativa —ha resumido Del Toro dicho parecer doctrinal— se desvanecen en buena parte por no tratarse de la prisión del posible pobre sino de la sanción al probable contumaz» (11). Esta opinión es, desde la mencionada reforma de 1983, completamente insostenible (12). En su nueva redacción el artículo 91 CP anuda la entrada en liza de la responsabilidad subsidiaria a la previa *excusión* de los bienes del multado. Por lo que la aplicación de dicha responsabilidad responde a una declaración judicial de *insolvencia*.

Pero incluso antes de la especificación legal de la excusión de bienes, el argumento de la opcionalidad no era correcto, ni en buenos principios penales, pues el cumplimiento de pena alguna debe supeditarse a la querencia del penado, máxime tratándose de una sanción

(9) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, Madrid, 1963, I, p. 544.

(10) G. QUINTERO OLIVARES, «El arresto sustitutorio», *CPC* 2 (1977), p. 139.

(11) A. DEL TORO MARZAL, *Comentarios al Código Penal* (de Córdoba/Rodríguez Mourullo/Casabó/Del Toro), Barcelona, 1972, p. 472. Antes de la reforma de 1983 también creían que el artículo 91 CP establecía un régimen opcional, A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Murcia, 1947, T. II, pp. 336-337, aun criticándolo en el ámbito de la *lege ferenda*; con vacilación, A. BERISTÁIN IPIÑA, «La multa en el Derecho penal español», *RGLJ* 240 (1976), p. 355.

(12) Así J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código penal español*, Barcelona, 1983, pp. 138 y ss. y 142 y ss.; G. LANDROVE DÍAZ, «El arresto sustitutorio», en *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código penal de 1983* (dirigidos por M. Cobo), Madrid, 1985, V, 1.º, p. 509.

De este parecer también, ya antes de la reforma, BOIX, *ob. cit.*, p. 35; QUINTERO, *ob. cit.*, pp. 125-126; J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de multa*, Las Palmas, 1977, pp. 267 y ss.

nuclear en la estrategia punitiva, ni con arreglo a los principios procesales (13). Ciertamente que en la LECrim., no se contiene ninguna referencia expresa a la ejecución de la multa. Ello se explica por la débil sustantividad de la multa como sanción penal durante el siglo XIX. De ahí que un texto legal de ese siglo, como es la ley procesal, la embobiera en el concepto genérico de responsabilidades pecuniarias, abarcador de los diferentes capítulos económicos del artículo 111 CP (responsabilidad civil, costas, etc.). Y todas esas responsabilidades pecuniarias se hallan incursas en el régimen de fianzas y embargos prescrito en el artículo 589 LECrim. De este último precepto queda claro que *todas* las responsabilidades pecuniarias deben garantizarse mediante apremio de bienes. Y éste es un trámite (la llamada pieza de *responsabilidades pecuniarias*) que debe disponerse, mediante auto, cuando existan indicios de criminalidad. De donde se deduce que el pago de la multa —al igual que el de las demás responsabilidades pecuniarias— no se deja en el proceso penal español a la voluntad del penado. Ni ahora, evidentemente, ni tampoco antes. Pero el nuevo requisito de la *excusión* del artículo 91 CP cumple ahora una función adicional a la ya prevenida en ese pionero estadio procesal. Obliga también a un nuevo trámite de exacción en la fase de ejecución de sentencia. El vacío al que antes caía, respecto a la multa, el artículo 990 LECrim., al remitir al CP y a los reglamentos la forma de ejecución de la pena, se llena ya de contenido, tras la reforma de 1983, al enfatizarse la exacción patrimonial. Y este nuevo expediente de apremio corresponde, lógicamente, al juez o tribunal sentenciador.

Las precedentes argumentaciones no hacen sino advenir la dependencia de la responsabilidad subsidiaria con la incapacidad de pago del penado. De ahí que sea una medida que termine afectando a los insolventes..., a los pobres. Y contra este entendimiento no cabe objetar que, por los rutinarios trámites del apremio (14), los resultados económicos declarados no siempre son reflejo de la situación real del imputado. Sobre dicha pieza procesal sería, desde luego, aconsejable se centrara una mayor atención. Pero es también lo cierto que una declaración de insolvencia en la misma no prejuzga el ulterior impago de la multa. Una vez recaída sentencia firme, y ante el requerimiento de pago y la advertencia del eventual arresto sustitutorio, muchos penados que habían sido declarados insolventes pagan, sin embargo, la multa. Los que no la pagan, no son los pobres *declarados* en la pieza de responsabilidades pecuniarias, sino los pobres *reales*.

Diríase, pues, que para el logro de una plausible finalidad —garantizar la ejecución de la pena— se irrumpe en otros valores, co-

(13) Vid. MANZANARES, *Las penas patrimoniales*, pp. 143-145.

(14) Sobre ello, vid. M. LÓPEZ REY/F. ALVAREZ, *El nuevo Código penal*, Madrid, 1933, p. 134; parcialmente también, DEL TORO, *op. loc. ult. cit.*; MANZANARES, *Las penas patrimoniales*, p. 144.

mo son la igualdad (en la medida en que se reparten desigualmente las sanciones) y la libertad (en tanto se priva de la misma en atención a un criterio económico). Se trata, pues, de un claro conflicto de valores. Pero de valores de distinto rango. La inderogabilidad, es un principio general del ordenamiento punitivo. La igualdad y la libertad son derechos constitucionales, situados en el título de los derechos y deberes fundamentales. De donde resulta que el principio de ejecutabilidad penal debe supeditarse al respeto de unos valores que se encuentran en superior posición jerárquica. Y no al contrario (15). Difícilmente, pues, la responsabilidad subsidiaria/arresto sustitutorio deja intactos los citados derechos constitucionales. Esta conclusión debe obviamente atemperarse de acuerdo al contenido de la sanción subsidiaria. Ello conlleva a un pacto legal y judicial en una sociedad tarifada. Ante la impotencia de virtualizar ciertos principios jurídicos se hace preciso un entente que impida la dinamitación de todas las fórmulas correctoras del impago.

b) *La no contradicción del principio de inderogabilidad por otros principios penales*: La excesiva concentración en torno al principio de inderogabilidad para justificar la responsabilidad subsidiaria puede conducir al olvido de dos circunstancias divergentes. En primer lugar, que dicho principio encuentra sus relativizaciones en otros lugares del ordenamiento penal; y, en segundo lugar, que en ese mismo ordenamiento penal ha de convivir con otras exigencias frente a las que, en determinados casos, puede mostrarse en colisión.

a') Respecto a las relativizaciones del principio de ejecutabilidad, conocido es que el legislador relaja, en ocasiones, su imperatividad. Así sucede en el caso de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, institución ésta que, según los artículos 92 y 94 CP, se prescribe también por *ministerio de la ley*. Y, aunque la ejecución de la pena quede meramente en suspenso, lo cierto es que al beneficiario le basta prácticamente, para quedar exento de un ulterior cumplimiento de la sanción, con no cometer ningún delito durante el plazo de prueba (16).

(15) Este fue uno de los argumentos principales manejados por algunos autores italianos contra las primeras sentencias de la Corte constitucional de su país (27 de marzo de 1962 y 30 de junio de 1971), por las que se declaraba conforme a la Constitución la pena privativa de libertad subsidiaria. Cfr. F. BRICOLA, «L'istituto della conversione della pena pecuniaria in pena detentiva alla luce dei principi costituzionali», *Riv. it. dir. proc. pen.* 1962, p. 1082; G. ANNUNZIATA, «Considerazioni sulla illegittimità costituzionale della conversione delle pene pecuniarie in pene detentive», *Foro Penale* 1964, pp. 45-47.

Análogamente, para Estados Unidos, vid. D. A. WESTEN, «Fines, imprisonment and the poor: thirty dollars or thirty days», *California Law Review* 57 (1969), pp. 796 y ss.

(16) Esto hace que la suspensión condicional de la pena opere en el Derecho español prácticamente como un *perdón* condicionado. Aparte de no cometer ningún delito durante el plazo de prueba (artículo 14 LCC de 1908), el beneficiario no tiene más

También en los delitos privados (la injuria y la calumnia) el perdón del ofendido deja sin ejecución la pena ya impuesta mediante sentencia firme (artículo 467, V CP).

Y ello por no hablar de las instituciones que abrevian el período de ejecución (redención de penas por el trabajo, indulto particular como beneficio penitenciario, indulto graciable que, a propuesta del penado o del Tribunal, es concedido por el gobierno, al amparo de la Ley de Indultos de 1870) o meramente lo *suavizan* (libertad condicional, adelantamiento de la libertad condicional, permisos de salida).

El propio legislador ha aceptado, además, un límite expreso a la ejecutabilidad de la responsabilidad subsidiaria cuando ésta reemplaza a una multa conjunta una pena privativa de libertad superior a los seis años (artículo 91.3 CP). Y este precepto, asimismo, frente al tradicional criterio jurisprudencial (17), comienza a ser extendido hoy también a los casos de concurso de delitos, con tal de que la pena global resultante no exceda de esos seis años (18).

Una mayor relativización al principio de inderogabilidad de la pena podría darse en el ámbito de las leyes penales especiales. La apertura de esta posibilidad procede de manera inmediata de la STC de 8 de marzo de 1984, que, en uno de sus fundamentos jurídicos, da a entender que las multas previstas en el artículo 7 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, de Control de Cambios (modificada por LO 10/1983, de 16 de agosto), no son objeto de responsabilidad subsidiaria, por ser ésta una medida no contemplada en la citada ley especial. Aunque la resolución del TC afectaba, sobre todo, al asunto de la cobertura formal de las normas penales (ley orgánica/ley ordinaria), la posible desafectación de la medida subsidiaria a las multas reguladas en la Ley de Control de Cambios podría representar, para los casos de impago, y en la medida de su eventual extensión a otras leyes penales especiales, un claro supuesto de inejecutabilidad.

Pese a que tal hipótesis supondría una nueva manifestación del relativismo del principio de inderogabilidad, lo cierto es que la *insinuación* del TC debe desecharse. Es cierto que la responsabilidad subsidiaria no se halla prevista en las más importantes leyes penales especiales. Pero también lo es que en todas ellas hay una cláusula de remisión al CP, al que se le concede, de esta forma, el carácter de derecho supletorio. Tal sucede en el artículo 7.6 de la Ley de Control

que limitarse a no cambiar de domicilio sin ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial y a presentarse a la del lugar del nuevo domicilio a los tres días desde el de su llegada (artículos 9 y 10 LCC).

(17) Así, SSTS de 31 de enero de 1947, 3 de febrero de 1955, 23 de octubre de 1957, 19 de junio de 1960 y 17 de diciembre de 1962.

(18) De esta nueva opinión, SSTS de 19 de diciembre de 1985, 12 de septiembre de 1986, 22 de diciembre de 1987 y 8 de junio de 1988. En doctrina, cfr. BOIX, *ob. cit.*, pp. 38-40; M. COBO del ROSAL/T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed. corregida y actualizada, Valencia, 1987, p. 603.

de Cambios, en el artículo 9 de la Ley de Contrabando o en el artículo 138 de la Ley de Régimen Electoral General (19). Y esa supletoriedad, en buenos principios hermenéuticos, debe llevar, a fin de no crear una discriminación en favor de los multados por leyes especiales, a la aplicación de la responsabilidad subsidiaria en los casos de impago (20).

b') El principio de inderogabilidad no es, pues, un principio *absoluto* del orden penal. Pero es que, además, en determinados casos, su vigencia puede entrar en conflicto con las reglas legales de atenuación de la pena y, en último término, con la misma idea de proporcionalidad. Semejante colisión acontece, sobre todo, si el contenido de la responsabilidad subsidiaria no es otro —como así viene siendo de manera unánime en la práctica judicial— que el de una pena privativa de libertad.

Por la función de la multa en el Derecho español como última pena de todas las escalas graduales (artículo 74 en relación con el 73 CP), su conversión en arresto puede bloquear el sistema legal de atenuaciones. El hecho es especialmente llamativo en los casos de la Escala gradual núm. 1, cuya última pena (el arresto mayor) coincide, en su duración máxima, con el arresto sustitutorio. Son múltiples, por lo demás, los supuestos en los que, por las reglas de determinación, hay que minorar la pena: complicidad, encubrimiento, frustración, tentativa, conspiración, proposición y provocación para delinquir, eximente incompleta, atenuante cualificada, semiinimputabilidad por razón de edad. Y en todos ellos, la rebaja de la pena no se efectivizará cuando sea el arresto mayor la pena legal de la que se parta, pues al mismo será posible llegar de nuevo por el circunloquio de la insolencia del multado (21).

Este riguroso resultado ha sido templado por un criterio jurisprudencial que proscribe la imposición de un arresto equivalente a aquel del que se ha descendido (22). La pena sustitutiva no podría exceder, así, de un mes de duración.

Pero, aun suavizada en estos casos la severidad del instituto, siempre quedará por justificar su rigor cuando a la multa que resulta impagada no se ha llegado por las reglas de minoración de la pena. Tal sucede cuando la pena pecuniaria aparece ya conminada en la propia figura legal. Aquí es otro principio general del ordenamiento penal el que puede quedar en entredicho: el de *proporcionalidad*. Si por la gravedad del delito, la multa se había pensado como la sanción idónea, la conversión de ésta en prisión conlleva una agravación por

(19) Sobre las particularidades en la previsión de la responsabilidad subsidiaria en la legislación de peligrosidad y rehabilitación social, vid. BOIX, *ob. cit.*, pp. 42 y ss.

(20) Acertadamente, STS de 11 de marzo de 1988.

(21) Análogamente, BERISTÁIN, «La multa», p. 357; QUINTERO, *ob. cit.*, p. 134.

(22) SSTS de 21 de junio de 1955 y 19 de diciembre de 1985; SAP Sevilla 29 de junio de 1981, SSAP Ciudad Real 28 de enero de 1985 y 30 de enero de 1985.

un factor ajeno (la falta de medios económicos) a la idea de proporcionalidad (23).

c) *El papel del principio de inderogabilidad en el marco de las exigencias de política criminal*: Con el arresto sustitutorio (y seguimos utilizando el nombre con el que, en la práctica, se llena de contenido la responsabilidad subsidiaria) se incurre en una flagrante contradicción con aquellas opciones de política criminal que rechazan las penas cortas de prisión. El arresto por impago de la multa se traduce en una pena sumamente leve, pudiendo descender, incluso, a tan sólo unos pocos días. En la culminación de dichas opciones, el movimiento contra las penas cortas de privación de libertad de finales del siglo XIX llegó a pedir la absoluta supresión del internamiento sustitutorio en el caso de que se mostraran irrealizables otras medidas sustitutivas. La justificación de la supresión residía en razones de carácter teórico (su incapacidad para resocializar y sí para estigmatizar, así como su severidad para los delincuentes ocasionales de hechos livianos) y de índole *práctica* (problemas de capacidad en las prisiones y la carestía de su ejecución en una época, además, en la que el aprovechamiento de la mano de obra reclusa había descendido a niveles insignificantes (24).

Durante el presente siglo ha venido reproduciéndose, cíclicamente, la lucha contra las penas cortas de prisión, alcanzando en los años 60 su principal intensidad. Pese a todo, la prisión subsidiaria no ha solido desaparecer de los textos legales europeos. Una excepción la representa el Derecho italiano, donde, a raíz de la sentencia de la Corte constitucional de 21 de noviembre de 1979, por la que se la declaró inconstitucional, se ha prescindido enteramente de la misma (25). En los demás países se observa una tendencia legislativa general a relegarla a una especie de *ultima ratio legis*. Se habla en este sentido de resituirla en una tercera línea de actuación, tal como, a juicio de Baumann, hacía ya el Proyecto Alternativo alemán de 1966, una vez comprobada la inadecuación para ese caso de medidas sustitutorias previas, singularmente el trabajo de utilidad común (26).

(23) QUINTERO, *ob. cit.*, p. 113: «violación del necesario respeto a la jerarquía de desvaloración que merece cada infracción».

(24) Sobre los presupuestos ideológicos del origen de la moderna pena de multa, coincidiendo con la redefinición de los fines de la prisión, cfr. mi libro *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, Madrid, 1983.

(25) La sentencia de la Corte constitucional italiana que declaró inconstitucional el arresto sustitutorio puede verse en *Cassazione penale. Massimario annotato 1980*, con nota de T. PADOVANI, «L'inconstituzionalità dell'art. 136 CP: un capitolo chiuso o una vicenda aperta?», pp. 26 y ss. de la citada colección, Sobre el derecho vigente, que contempla como medios sustitutorios la libertad vigilada y la prestación laboral, cfr. G. GIOSTRA, «Il nuovo procedimento di conversione delle pene pecuniarie insolute», *Riv. it. dir. proc. pen.* 1982, pp. 532 y ss.; M. CANEPA/S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 1987, pp. 227 y ss.

(26) J. BAUMANN, *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Berlin, 1968, p. 68.

Su entera eliminación (o su residualidad) se hace tanto más imperiosa en aquellas orientaciones legislativas (como en el caso español sucedía con el Proyecto de 1980 y la PANCP 1983) de suprimir, para los tipos legales de la Parte Especial, todas las penas de prisión inferiores a seis meses (27). En la actualidad no parece posible defender, con justa causa, otra opción que no pase por la erradicación de la pena privativa de libertad sustitutiva: ni por espacio, ni por economía, ni por los grandes problemas de legitimación moral y social del arresto carcelario.

II. CORRECCIONES A LA DESIGUALDAD DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA

Uno de los argumentos más sólidos manejados por el TC para defender la constitucionalidad de la responsabilidad subsidiaria del artículo 91 CP reside en que dicha medida se halla atemperada, en su previsión legal, por una serie de «paliativos» y «suavizaciones». El citado precepto no sería, pues, una norma *desproporcionada*. Recuerda a este propósito el TC la doctrina ya expresada en una anterior sentencia sobre la tolerancia de la desigualdad: «... la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo sólo puede dar lugar a un enjuiciamiento por parte de este Tribunal cuando esa falta de proporción implique un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la CE garantiza». Precisamente, en aplicación de esta doctrina, la ya comentada STC de 19 de febrero de 1985 declaró no conforme a la CE el arresto carcelario del quebrado.

Alude la STC 18 de febrero de 1988 a unas ponderaciones que, a su juicio, y a diferencia de lo que acontecía con el arresto del quebrado, hacen tolerable y no desproporcionada la normativa en la que se inserta la responsabilidad subsidiaria. Algunas de estas ponderaciones pretenden facilitar el pago de la multa, como la adecuación de ésta a la situación económica del penado (artículo 63 CP) o la posibilidad de conceder una prórroga o unos plazos para el pago (artículo 90 CP). Otras son propiamente impeditivas de la ejecución del arresto sustitutorio, tal como sucede con la posible suspensión condicional del mismo (art.93.2 CP).

Verdaderamente las circunstancias mencionadas le restan agresividad al instituto de la conversión. Pero debe verse ahora cuál es la funcionalidad real de las mismas. Para ello deben revisarse los aspectos

(27) Sobre dichos Proyectos de reforma, cfr., entre otros, E. GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema de penas en el futuro Código Penal», en *La reforma del Derecho Penal*, edit. por S. MIR, Barcelona, 1980, pp. 181 y ss.; S. MIR PUIG, «El sistema de sanciones en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal», *Documentación Jurídica*, monográfico, 1, T, 1.º, pp. 185 y ss.

tos nucleares de la regulación de la pena pecuniaria en correspondencia a los resultados obtenidos en nuestra prueba empírica.

1. Significación de la responsabilidad subsidiaria de acuerdo a la forma de previsión legal de la multa

La regulación de la pena pecuniaria en el Derecho español adolece de unos cimientos uniformes. La falta de uniformidad se denota, sobre todo, en la diferente calificación de dicha pena según afecte a un delito o a una falta y en las diversas maneras de aparecer conminada en la figura legal.

a) La multa, cuando aparece dispuesta para un delito excede de 30.000 pesetas (según el Proyecto de actualización del CP, estando en prensa este trabajo, dicho proyecto se ha convertido en la Ley 3/1989, de 21 de junio, llamada de actualización del Código Penal. En adelante, las referencias a las cuantías de las multas se hacen en función de las existentes con anterioridad a dicha Ley, de 100.000 pesetas) y recibe el calificativo de *grave*. En cambio si viene referida a una falta, no excede de esa cantidad y se califica como *leve* (artículo 28 CP). La responsabilidad subsidiaria presenta una duración disímil según se trate del impago de una multa grave o de una leve. En el primer caso puede llegar hasta a los seis meses; en el segundo, no sobrepasa los quince días (artículo 91.1 CP).

Pero, aparte de la disimilitud temporal, la principal diferencia reside en el contenido mismo de la responsabilidad subsidiaria según afecte a un tipo u otro de infracción. La posibilidad de que el juez, en el caso de un falta, aplique como responsabilidad subsidiaria el arresto domiciliario queda abierta más explícitamente desde que la reforma parcial del 1983 permitió, ya sin limitaciones (28), a través de la nueva regulación del artículo 85 CP, el cumplimiento del arresto menor (pena privativa de libertad cuya duración no excede de treinta días y es aplicable sólo a las faltas) en el propio domicilio del penado. Si esto es así *in genere* para el arresto menor, «lógico es concluir —como ha escrito Manzanares, y pese a la renuencia advertida hasta ahora en la práctica— que la responsabilidad personal subsidiaria por multa leve no admita normas de ejecución más severas que las que regulan el arresto menor» (29). Las exigencias de la interpretación sistemática deben hacer, por tanto, del arresto domiciliario el contenido habitual de la responsabilidad subsidiaria en el ámbito de las faltas.

(28) Antes de la citada reforma de 1983, el artículo 85 CP disponía: «El Tribunal podrá autorizar al reo para que cumpla en su propio domicilio el arresto menor, siempre que la falta castigada no tuviere un motivo deshonroso ni fuere por hurto o defraudación». La parte subrayada quedó suprimida.

(29) MANZANARES, *Las penas patrimoniales*, p. 183.

En lo que respecta a los delitos, tal forma de cumplimiento no se deduce, en principio, de la lógica de la interpretación, por lo que merecerá un reestudio en otro lugar.

b) La multa aparece conminada en el ordenamiento penal español de acuerdo a estas tres formas básicas: como pena *conjunta*, como pena *alternativa* y como pena *única*. En el primer caso, la conjunción puede darse con una pena privativa de libertad, con una pena privativa de derechos, con una pena restrictiva de libertad, o bien con las dos primeras cumulativamente.

El problema del impago de la multa y la subsiguiente aplicación de la responsabilidad subsidiaria revestirá matices diferentes según la forma de previsión de la pena pecuniaria.

La modalidad más frecuente a lo largo del articulado del Libro II CP es la de la multa *conjunta*, y, dentro de los subtipos de la conjunción, la de la multa con una pena privativa de libertad. En estos mayoritarios casos la transformación de la multa en un arresto subsidiario no representa un castigo *distinto* al que ya integra la penalidad base. Tan sólo un *plus* a esta última. Únicamente en la fase de ejecución puede operarse una modificación de régimen penitenciario. Si sigue el arresto sustitutorio el régimen de la pena privativa de libertad principal, y ésta excede de seis meses, ya no podrá ser cumplido en un establecimiento de preventivos, a lo cual, por asimilación, autoriza el artículo 8 LGP, sino en un establecimiento de cumplimiento de penas y en el período o régimen (abierto, ordinario o cerrado) que le sea asignado según las prescripciones penitenciarias.

En los demás casos de conjunción de la multa, bien con una pena privativa de derechos, bien con una pena restrictiva de libertad, el arresto sustitutorio viene a modificar, ya en la fase de la sentencia judicial, la estructura de la pena legal. Quizás por eso, más acertadamente, el artículo 50.2 del CP de 1870 preceptuaba que en estos casos la sanción subsidiaria fuera de la misma especie que la básica de la figura legal (inhabilitación, suspensión, destierro).

La problemática del arresto sustitutorio se hace tanto más incisiva cuando la multa viene prevista como pena *única* en la figura legal, o bien cuando a esa univocidad se ha llegado en la determinación judicial de la pena, dentro del régimen de *alternatividad* con una pena privativa de libertad. Aquí, el instituto de la conversión de la multa en un arresto presenta los perfiles de máxima lesividad, pues supone un «vuelco» radical de la pena, sobrepujándose con él la idea de fungibilidad entre la libertad y el patrimonio. Como quiera que la entrada en liza del arresto subsidiario no es infrecuente en esta hipótesis, al menos en el ámbito de los delitos *menos graves* (30), la crítica contra la institución debe mantenerse vigente.

(30) Ámbito en donde se ha realizado la prueba cuyos datos genéricos se recogen en la nota 4 de este trabajo. Desde el punto de vista procesal, deben nombrarse como

2. La valoración de la situación económica del condenado en la determinación de la multa

Principio característico de la determinación judicial de la multa es la ponderación de las condiciones económicas del penado. Con dicha ponderación se reduce, de entrada, la desigualdad en la aplicación de una pena que recae sobre un objeto tan indistrituidamente repartido.

La justedad en la imposición de la multa ha condicionado el desarrollo de esta pena. Allí donde se han introducido fórmulas compensadoras en alto grado de la inigualdad, la pena pecuniaria ha solido tener un desarrollo próspero. Esto es lo que ha sucedido en esos países donde, antes o después, ha sido acogido el denominado sistema de los días-multa (o cuotas-multa): Suecia, Finlandia, Alemania Federal, Austria. La expansión de la multa en dichos países ha estado cubierta por el marchamo de la igualdad de sacrificio.

No es el caso, como es sabido, del Derecho español. Pese a propuestas doctrinales y legislativas recientes en favor de la adopción del criterio de las cuotas-multa (31), el ordenamiento punitivo español sigue anclado al denominado sistema de *multa global* (32). Se le nombra así porque la cuantía de la multa se determina en bloque, sin individualizar debidamente el factor económico en la determinación de la pena.

Pese a ello, el TC ha concedido al deber de consulta de los haberes del penado (deber impuesto en el artículo 63 CP) el carácter de paliativo a una supuesta desproporción de la responsabilidad subsidiaria. Y en este punto ha idealizado en demasía la regla legal citada.

En primer lugar, el factor económico está condicionado por los límites de la multa fijados en la figura legal. Y esos límites vienen dispuestos, por lo general, entre dos cantidades que permiten poca variabilidad. Acostumbra el legislador a fijarlos, por razón de delito, entre 30.000 y 150.000 ó 300.000 pesetas, siendo así que los mismos vienen a condicionar con la multa base del artículo 74, reputada como última pena de todas las escalas graduales (33). Puede sentarse,

delitos *menos graves* aquellos cuyo conocimiento y fallo ha estado confiado a los jueces de instrucción. Según la nueva redacción del artículo 14 LECrim., aquellos que, en lo que se refiere a la pena privativa de libertad, aparecen castigados con una pena no superior a los seis años (hasta prisión menor), siendo competentes para el conocimiento y fallo de los mismos los Jueces de lo Penal.

(31) En favor del sistema de los días-multa se inclinaron de manera colectiva los Catedráticos y Agregados de Derecho Penal en las *III Jornadas de Derecho Penal* celebradas en Santiago de Compostela en 1975. Sobre ello, vid. BERISTÁIN, *ob. cit.*, p. 368.

Por su parte, tanto el Proyecto de 1980 como la PANCP 1983 lo asumían asimismo en su articulado.

(32) BERISTÁIN, *ob. cit.*, pp. 335 y ss.

(33) El Proyecto de actualización del Código penal prevé una multa base, en el artículo 74, de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.

en consecuencia, que la pena pecuniaria no presenta en este aspecto sino la estructura de una pena privativa de libertad. También ésta se establece entre dos límites que, comparativamente, no pueden considerarse más estrechos que los existentes para la multa.

En los delitos de nueva creación o de reciente reformulación se aprecia, sin embargo, una tendencia hacia el ensanchamiento de los límites de la multa. Así, en el llamado delito ecológico del artículo 347 bis, las cantidades oscilan entre 50.000 y 1.000.000. de pesetas; en los delitos alimentarios, entre 30.000 y 6.000.000 de pesetas; en los delitos monetarios se fijan cantidades proporcionales, cuya traducción concreta puede generar multas de muy diversas cantidades. En estos ámbitos delictivos, la cuantía de la pena pecuniaria puede adecuarse *a priori* de mejor manera a la diversidad de medios económicos.

Con todo, la práctica judicial se desenvuelve ajena a cualquier estimativa económica en sede de multas. El juez sentenciador sólo cuenta con el rudimentario resultado de la pieza de responsabilidades pecuniarias, en la cual no hay más constancia que si el procesado ha prestado la fianza requerida para asegurar dichas responsabilidades o si ha sido trabado a embargo algún bien de su propiedad. Tampoco en el juicio oral se procede a ninguna indagación sobre la fortuna del procesado. De ahí que pueda decirse que el artículo 63 CP pasa inadvertido en la praxis judicial.

Y eso es lo que impide, justamente, el sistema de las cuotas-multa: la pasividad judicial. Con la descomposición en dos actos de la determinación de la pena pecuniaria (gravedad del hecho y situación económica del penado), el juez ya no puede, so pena de escamotear el sistema, dejar sin contenido la pieza económica. Obligado se ve, pues, a «auscultar» en la fortuna de los sentenciados. Y ello, quíerese o no, se presenta en el Derecho español de complicada eficacia, pues supone reaccionar ante todo un sistema de *rutinas* (34). Por no hablar del aditivo burocrático que enlentecería aún más la administración de Justicia.

El efecto más sensible del sistema de las cuotas-multa en aquellos países donde se ha incorporado a su legislación ha sido el del aumento de la cuantía media de las multas (35). Los que tienen medios, con él van a pagar más. Pero ¿qué sucede con los que carecen de ellos? Para estos últimos el sistema de los días-multa no asegura una disminución en el número de prisiones subsidiarias (36). Y es esta consecuencia rigurosa del impago la que nos interesa en este trabajo:

(34) Sobre la importancia de las rutinas en la práctica jurídica, cfr. W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO, Barcelona, 1984, pp. 25-26.

(35) Cfr. ALBRECHT, *ob. cit.*, pp. 221 y 311-312.

(36) *Ibidem*, pp. 300 y ss.

no, por tanto, la lógica impositiva de la proporcionalidad de las multas, sino la humillante lacra de la prisión por la pobreza.

Añádase incluso que el sistema de las cuotas-multa hasta contiene en su mecanismo el pretexto para otorgar una mayor legitimidad al arresto sustitutorio. Al establecerse un cómputo en días (semanas o meses), la transformación en prisión de esas unidades temporales no cubiertas con dinero se hace de manera automática (37). Automatismo no objetado mayormente por estar inserto en un sistema con inmediata igualitaria.

Es por ello que el sistema de las cuotas-multa confiere a la norma *primaria* una mayor legitimación. Debe recordarse que, en Alemania Federal, de la mano del mencionado sistema se ha venido reconviniendo de la tradicional inquina contra la prisión subsidiaria, la cual ha venido a resituarse en un necesario complemento de la practicidad de la multa (38). Asimismo, sobre la base de las cuotas-multa se ha silenciado la discusión sobre la eventual inconstitucionalidad de la sanción subsidiaria y ello es así porque —como decimos— la norma primaria procura el más alto grado de conformación; con independencia de que de la norma *secundaria* (aplicación de la ley por parte del juez) resulte una no despreciable tasa de arrestos sustitutorios.

En cambio, el debate por la abolición de la prisión subsidiaria, a través del recurso de inconstitucionalidad, ha despuntado allí donde, como en Italia, la norma primaria distaba mucho de procurar

(37) La conversión 1:1 se sigue en el § 43 StGB alemán. Contra la misma, por ejemplo, H. TRÖNDLE, «Die Geldstrafe in der Praxis und Probleme ihrer Durchsetzung unter besonderer Berücksichtigung des Tagesatzsystems», ZStW 86 (1974), p. 578, que propone por cada tres días de multa uno de arresto sustitutorio; en el mismo sentido, Grebing, *ob. cit.*, pp. 148-149.

En favor de idéntico procedimiento de conversión, en la doctrina española, A. BERRISTÁIN IPIÑA, «La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad» en *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela, 1976, p. 37.

El proyecto de 1980 y la PANCP 1983 (artículos 58 y 48 respectivamente) establecían el cómputo de dos cuotas de multa por un día de arresto. Aun así, dichas iniciativas de reforma suponían un endurecimiento respecto al sistema vigente. En las mismas, el arresto sustitutorio podía llegar a un año. Cfr. C. MIR PUIG, *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Prólogo de E. GIMBERNAT, Barcelona, 1986, p. 177.

(38) Cfr., entre otros, H. TRÖNDLE. «Die Geldstrafe im neuen Straffensystem», MDR 1972, p. 467: «Un Estado que no puede imponer su derecho frente a todo culpable, no sólo capitula ante lo injusto, sino que genera también fuerzas criminógenas»; JESCHECK, *ob. cit.*: «el sistema de los días-multa tampoco puede realizarse sin la pena privativa de libertad sustitutiva».

También en España, y al margen del sistema de las cuotas-multa, el arresto sustitutorio se siente por algunos como necesario. Cfr. COBO/VIVES, *ob. cit.*, p. 605: «...debe tenerse en cuenta que la misma existencia de la pena de multa comporta inexorablemente, la simultánea creación de un sustitutivo de naturaleza personal, y cualquier otro de los que se han propuesto distinto al arresto sustitutorio, a pesar de las críticas que a éste pueden dirigirse, también las concitaría, y además presentaría mayor complejidad en su aplicación práctica y menos eficacia coactiva como respaldo de la pena de multa».

un alivio a la discriminación. El sistema italiano, escasamente fundado en la adecuación de la multa a las condiciones económicas del penado y con la posibilidad de llegar ¡hasta tres años de arresto! en caso de impago, no podía legitimarse ni aun con una interpretación *blanda* de los principios constitucionales de igualdad y libertad. Sin embargo, era lo cierto que, desde el punto de vista de la norma secundaria, debido a la propensión de la judicatura italiana a imponer multas en una baja cuantía, el arresto sustitutorio se mantenía en porcentajes poco apreciables (39). Con todo, el resultado final ha sido la declaración de inconstitucionalidad del instituto de la conversión de la multa en prisión. Supeditada a analizar la adecuación constitucional de las normas primarias, la Corte italiana, a través de la sentencia ya mencionada de 21 de noviembre de 1979, encontró motivos bastantes para negarla en el caso del arresto subsidiario.

3. El pago aplazado

Un paliativo legal al empleo del arresto sustitutorio lo representa la previsión de una prórroga y, sobre todo, de unos plazos para el pago. El artículo 90 CP permite, en efecto, ambas fórmulas de facilitamiento de la efectividad de la multa. La prórroga se puede extender hasta los quince días de impuesta la condena; mientras que los plazos quedan indeterminados en la Ley, fijándolos el juzgador en el importe y fecha que aconsejen la situación económica del reo. En todo caso, el precepto condiciona el otorgamiento de los plazos a la *carencia* de recursos del penado.

Esa vinculación a la carestía económica contribuye, a juicio del TC, a restar el impacto de desproporcionada a la medida subsidiaria (40). Lo que no sucedía en el Derecho italiano, donde el sistema de plazos, en vigor desde la *Tariffa penale* de 1865, se basaba en un fundamento justamente contrario al de la ley española: que el penado ofreciera garantías personales e inmobiliarias. Y esa normativa —como había señalado ya algún autor italiano con anterioridad a la sentencia de 21 de noviembre de 1979— «contribuía de manera sensible a agravar el carácter discriminatorio de la conversión» (41).

Que los plazos constituyen un eficaz paliativo del arresto sustitutorio es algo que no sólo está en la letra de ley, sino que también se advierte fehacientemente en la práctica. En más del 20 por 100 de

(39) Vid. G. MOLINARI, «Le pene pecuniarie nella punizione dei delitti», *Quaderni di criminologia clinica* 19 (1977), pp. 57-59.

(40) FJ 10.º Expresamente, en doctrina, COBO/VIVES, *ob. cit.*, pp. 606-607.

(41) E. DOLCINI, «Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza», *Riv. it. dir. proc. pen.* 1972, p. 449.

condenas a multa se concede el pago aplazado (42). El cual es siempre petitionado por el condenado, eligiendo éste, en muchas ocasiones, incluso, hasta las fechas en que va a realizar los pagos. Puede decirse que la praxis judicial se muestra a este propósito absolutamente flexible. Y hasta podría sostenerse que el pago en el acto, tras la sentencia, es un procedimiento ignoto a la liturgia judicial. El requerimiento al pago no se hace sino mediante providencia, la cual puede dictarse un mes después de recaída sentencia firme. En dicha providencia se establece, además, una prórroga de diez días para el pago.

Conclúyase, pues, que el sistema español favorece una cierta *temporalidad* en la ejecución de la multa. Los plazos no son, sin embargo, un medio *estructural* de pago, como sucede en la llamada *multa temporal* (*Laufzeitgeldstrafe*) que, por influencia de Baumann (43), fue recogida en el Proyecto Alternativo alemán de 1966, haciéndose eco también de ella las recientes iniciativas españolas de reforma (44). Además, la multa temporal persigue como fin primario la limitación del nivel de vida durante un cierto tiempo, habiendo sido calificada por su ideador como una pena privativa de libertad de carácter parcial (45). Y para conseguir ese efecto, indispensable se hace su conformidad con las condiciones económicas del penado, aspecto éste —como se ha visto antes— despreciado hasta ahora en el Derecho español.

4. Otros incidentes de demora del pago

De manera incodificada, en la praxis se producen una serie de incidencias cuyo efecto es, asimismo, el pago demorado. Su ejercicio no se encuentra reconocido en ninguna norma legal, pero ha venido a adocensarse a modo de rictus procedimental.

Entre esas incidencias pueden contarse, la inclusión de la multa en la llamada tasación de costas, el pago tras un segundo requerimiento e, incluso, el denominado pago *in extremis* una vez acordado el arresto sustitutorio.

(42) Vid. nota 4. En el Derecho alemán, según Albrecht, *ob. cit.*, p. 272, es asimismo muy frecuente la concesión de plazos. Algunos autores alemanes consideran que la decisión judicial sobre la concesión de los plazos representa una *tercera fase* en la determinación de la multa, con arreglo al sistema de los días-multa. Cfr. TRÖNDLE, «Die Geldstrafe in der Praxis», p. 584; E. HORN, «Das Geldstrafensystem des neuen Allgemeinen Teils des StGB und die Ratenzahlungsbewilligung» *NJW* 1974, pp. 627 y ss.; JESCHECK, *ob. cit.*, p. 265; GREBING, *ob. cit.*, p. 127.

(43) J. BAUMANN, *Gegenentwurf eines Strafgesetzbuches*, A. T., TÜBINGEN, 1963, § 35; el mismo, «Von den Möglichkeiten einer Laufzeitgeldstrafe», *JZ* 1963, pp. 733 y ss.

(44) Artículo 56 del Proyecto de 1980 y artículo 46 de la PANCP.

(45) BAUMANN, *Beschränkung*, p. 29.

La entrada en liza de las mismas, pese a su falta de respaldo normativo, puede razonablemente tolerarse en atención a argumentos de ejecutabilidad de la pena realmente impuesta en la sentencia. Desde el punto de vista cuantitativo representan sobre el 6 por 100 del total de las condenas a multa (46).

5. Abono de la prisión preventiva

Una evitación impropia del arresto sustitutorio representa el instituto del abono de la prisión preventiva. Deja sin aplicación, en efecto, la sanción subsidiaria, pero a costa de haberse anticipado durante la sustanciación de la causa el internamiento carcelario.

En nuestra prueba se computó la prisión preventiva a la multa o al arresto sustitutorio en el 5 por 100 de los casos (47).

Pese a su pequeño porcentaje, esta práctica no deja de causar alguna perplejidad. Es plausible el cómputo de la prisión provisional a la pena de multa o a la responsabilidad subsidiaria; el artículo 33 CP obliga, desde luego, a dicho descuento «cualquiera que sea la clase de pena impuesta». Lo que ya no es tan plausible es la aplicación en sí del internamiento preventivo en relación a un delito que puede terminar mereciendo una pena de multa. De la redacción del artículo 503.2 LECrim., hay razones para afirmar que la prisión provisional debe administrarse con extrema mesura siempre que el delito imputado tenga señalada la pena inferior a prisión mayor. A mayor abundamiento, debiera erradicarse su uso cuando la pena que pudiera imponerse fuera de naturaleza pecuniaria.

6. La suspensión condicional del arresto sustitutorio

El TC incluye también a la suspensión condicional del arresto sustitutorio entre las *suavizaciones* a la supuesta desigualdad de la responsabilidad subsidiaria. En efecto, se trata también de un experimentable correctivo. Se viene a aplicar en el 11,60 por 100 de los casos (48). La suspensión condicional de la prisión subsidiaria se acostumbra a conceder antes incluso del requerimiento de pago. Eso sí, para autores respecto a los que conste su insolvencia en la pieza de responsabilidades pecuniarias y que, por supuesto, no tengan antecedentes penales.

En el Derecho vigente no cabe la suspensión condicional de la misma multa. Lo que sí se contempla tanto en el Proyecto de 1980

(46) Vid. nota 4.

(47) Id.

(48) Id.

como en la PANCP 1983. En concreto, mediante la institución de la *suspensión del fallo* (49). Y, aunque la finalidad de la misma, en el ámbito de dichas iniciativas de reforma, no era la de evitar la aplicación del arresto sustitutorio, de ella podía esperarse un cierto efecto reductor. Lo que hubiera sido esperable, al menos, de la regulación del Proyecto de 1980 que, junto a la suspensión del fallo en relación a la multa, permitía, asimismo, la suspensión condicional de la pena privativa de libertad subsidiaria. No así en la PANCP que expresamente vetaba esta última posibilidad.

Sea como quiera, cualquier instituto suspensivo debería reforzar la exigencia, hasta hoy muy descuidada, de que el beneficiado saldara, durante el plazo de prueba, sus responsabilidades civiles. Se trata de un aspecto de fundamental importancia dentro de las actuales tendencias victimológicas. También así la suspensión condicional del arresto subsidiario tendría más seriedad de la que hoy tiene y podría prodigarse como enérgico contenedor de la prisión por impago de la multa.

7. Cumplimiento del arresto sustitutorio

Cuando no son de aplicación los correctivos analizados en los números anteriores —singularmente, porque el condenado es insolvente y, ni siquiera con un flexible sistema de plazos puede pagar, o bien no se encuentra entre los incapaces de pago favorecidos por la suspensión condicional de la pena— se acuerda el arresto sustitutorio. Dicho arresto ya viene fijado en el fallo de la sentencia y en la providencia de requerimiento de pago se vuelve a contemplar. Si tras el requerimiento el penado manifiesta su imposibilidad de pagar la multa (pese al mandato del artículo 91 CP, no suele haber excusión de bienes), ya no es precisa una ulterior resolución judicial disponiéndolo. La que, sin embargo, sí tiene lugar cuando ha habido una expectativa de pago y, finalmente, ésta ha quedado frustrada.

En el ámbito de los delitos menos graves, el arresto sustitutorio alcanza un porcentaje del 12,50 por 100 del total de multas impuestas. Una cifra alta y que lo mantiene entre las instituciones más reprochables del moderno Derecho penal. Corrigiendo, eso sí, una afirmación más apodíctica sentada en otro lugar, y tras el análisis de las vicisitudes en la ejecución de la multa, puede afirmarse que dicha sanción subsidiaria es una medida que sólo afecta a los pobres, pero no a *todos* los pobres. Su eventual suspensión condicional permite el «rescate» de un cierto número de éstos.

(49) Artículo 92 del Proyecto de 1980 y artículo 75 de la PANCP. En doctrina han recomendado la aplicación de alguna institución suspensiva directamente a la multa, BERISTÁIN, «La multa», p. 359; QUINTERO, *ob. cit.*, pp. 132-133; MANZANARES, *Las penas patrimoniales*, p. 178.

Por lo demás, en cuanto a su concreto cumplimiento, hay que advertir que la legislación penitenciaria no contiene ni un solo artículo referente a dicho estadio ejecutivo. Por razones de afinidad, hay que entender que su cumplimiento no puede diverger de lo previsto en el artículo 8 LGP para las penas inferiores a seis meses, las cuales pueden ser cumplidas en establecimientos de preventivos (50).

Las consecuencias de la reseñada equiparación son las siguientes: a) El sistema progresivo de cumplimiento de penas no puede tener aplicación para el arresto sustitutorio (artículo 84 CP); b) tampoco algunas de las instituciones liberadoras previstas en el actual ordenamiento penitenciario, como la libertad condicional y los llamados beneficios penitenciarios (artículos 98 CP y 256-257 RP); c) sí, en cambio, les serán aplicables la redención de penas por el trabajo (artículo 100 CP), los permisos de salida (artículos 47-48 LGP) y también el indulto particular (artículo 9 de la Ley de 1870).

Estas aplicaciones permiten concluir que la duración *real* del arresto sustitutorio no tiene por qué coincidir con la fijada por el juez o tribunal en la sentencia. Pero, en todo caso, su cumplimiento no presenta ninguna característica más favorable que el de la pena de arresto mayor.

III. OTRAS ALTERNATIVAS DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA

Hasta el momento actual de la investigación, dos ideas básicas planean sobre el instituto de la conversión de la multa en arresto. Por una parte, su reprochabilidad, en cuanto afecta sólo a miembros de la clase más desfavorecida. Por otra, la impotencia del Derecho penal para salvaguardar el principio de no discriminación en una sociedad inegalitaria y capaz de mantener una subcapa pobre y miserable.

¿Cómo paliar la grosera desigualdad en la ejecución de la multa? Los argumentos sociales, parificadores, no parecen hoy de actualidad, contrapesados por el nuevo hallazgo de las libertades y del regusto hedonista. Es por ello que, para el presente, no se tiene otra mira que la de una reforma que mitigue la extremosidad de la injusticia. Cobra, así, plena vigencia la política de las alternativas a la prisión subsidiaria: fórmulas que laven el rostro más horripilante del sistema. Dichas alternativas tienen el sesgo, pues, de instrumentos racionalizadores de una sanción —la multa— que, a no dudarlo, consti-

(50) Vid., sin embargo, lo dicho en II, 1.º, b) En general, sobre la exégesis del artículo 8 LGP, por todos, C. GARCÍA VALDÉS, *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Madrid, 1980, pp. 39 y ss.

tuye, junto a la pena privativa de libertad, el pilar más sólido de los modernos catálogos punitivos.

1. Alcance del término responsabilidad personal subsidiaria

A juicio del TC, el *nomen* responsabilidad subsidiaria empleado por el artículo 91 CP no aboca a su indefectible equiparación a una pena de arresto carcelario. Es ésta una de las conclusiones más relevantes de la STC de 18 de febrero de 1988. En su virtud, podrían practicarse ya de *lege data* otras fórmulas que favorezcan «menores restricciones de la libertad individual». De todas las posibles fórmulas, el TC —como se sabe— termina recomendando el arresto domiciliario.

Semejante flexibilidad ha venido siendo negada por una práctica judicial para la que responsabilidad subsidiaria vale tanto como arresto carcelario. Resumiendo esta práctica, y tras invocar, entre otras, la SSTS de 23 de junio de 1952 y de 4 de octubre de 1965, Del Toro ha precisado: «... siempre que se imponga una multa no puede prescindir el sentenciador de establecer tanto el hecho del arresto como su duración. Se trata de una regla de obligatoria observancia cuya omisión infringe la ley» (51).

Esta concluyente opinión, hoy relativizada por el TC, se ha venido apoyando en criterios sistemático-legales e históricos.

Desde el primer punto de vista, son dos los preceptos invocados como soporte al arresto sustitutorio: los artículos 93.2 y 91.3 CP. El primero de ellos se refiere expresamente a la *pena privativa de libertad subsidiaria* por insolvencia en caso de multa, sobre la que puede aplicarse la suspensión condicional de la pena. El segundo, regula un supuesto de falta de necesidad de la responsabilidad subsidiaria, cuando ésta debe sustituir a una multa impuesta conjuntamente con una pena privativa de libertad superior a los seis años.

Ni uno ni otro precepto son, sin embargo, concluyentes. Del artículo 93.2 sólo es lícito asegurar este resultado: que si el juez o tribunal impone una pena de arresto carcelario por el impago de la multa tal proceder es conforme a Derecho positivo. Pero del mismo no es posible inferir que dicha transformación carcelaria tenga que operarse en todos los casos de insolvencia del condenado. En lo que respecta al artículo 91.3 hay que señalar que dicho precepto tiene un carácter sectorial, de ámbito reducido, que se limita a contemplar —como se vio— una excepción al principio de la inderogabilidad de la pena. Mas, en ningún momento, toma partido por la clase de sanción que ha de integrar la responsabilidad subsidiaria. Como mucho, del mis-

(51) DEL TORO, *ob. cit.*, p. 473.

mo puede colegirse que aquélla debe consistir en arresto prisional cuando la multa impagada se haya impuesto conjuntamente a una pena privativa de libertad de más de seis años. Y ese arresto adicional es el que queda excepcionado por virtud de una especie de principio de acumulación jurídica basado en la suficiente entidad de la pena base.

Desde la perspectiva de la codificación histórica, hay que admitir la expresa mención que se hacía en los códigos del siglo XIX a la pena privativa de libertad como sanción sustitutiva de la multa. El CP 1848 hablaba, en concreto, de *prisión correccional*. Pacheco la glosó esgrimiento que con ella se intentaba poner coto al gran desorden que había dominado la jurisprudencia de la precodificación (52). También el CP 1870 hacía expresa referencia a una pena de prisión, no permitiendo otro recurso distinto salvo en el ya comentado caso de que la multa impagada se hubiera impuesto conjuntamente a una pena de naturaleza diferente a la de privación de libertad.

Pero hasta aquí llega sólo la invocación histórica en favor del arresto como fórmula sustitutiva excluyente por impago de multa. Porque esa línea histórica se quebró con el CP 1932, el cual introdujo, por primera vez, el término *responsabilidad subsidiaria*. A partir de entonces, ya dada la aparente indefinición, podría haberse creado una práctica judicial versátil a la hora de llenar de contenido la medida sustitutiva.

No ha sido así. Pero ello podría achacarse más a razones funcionales que a la eventual creencia que el código republicano (al que siguió el franquista de 1944) sólo pretendió una modificación de estilo. Tal creencia es inverificable. Deben recordarse los esfuerzos acometidos ya por algunos autores, antes de la publicación del código de 1932, por transformar el sentido de la conversión. Luis Silvela fue el primero, entre los autores españoles, en aconsejar que la sanción sustitutiva fuera de naturaleza afin a la pena patrimonial sustituida. El trabajo en beneficio del Estado o del Municipio respondía, para él, al pensamiento de la pena pecuniaria. «No hay persona alguna —decía— cuya actividad espiritual o física no tenga algún valor económico y constituya una utilidad o una riqueza» (53). Y Vila y Miquel, más tarde, se definió asimismo en favor del trabajo público como medida sustitutiva, reconvirtiéndolo en servicio militar para cuando, por la contumacia del penado, fuera inerjicitable la actividad laboral (54).

También, en el plano legislativo, existe el antecedente del CP 1928 que, en su profusa normación, ideó para algunos casos la posi-

(52) J. F. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 4.^a ed., Madrid, 1870, T. 1, p. 357.

(53) L. SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1874, p. 411.

(54) E. VILA y MIQUEL, *De la necesidad y medios de sustituir las penas cortas de privación de libertad*, Madrid, 1917, pp. 151 y ss.

bilidad de afectar al multado impagador a un trabajo de utilidad pública.

Había, pues, claros apoyos doctrinales y legales en favor de una configuración de la responsabilidad subsidiaria distinta al monolitismo prisional. Todo hace pensar que el Código republicano fue sensible a la misma. A ello responde la nota de dos comentaristas de dicho código justificando que la ley no había podido hacer más e insistiendo en el carácter arbitral que habría de tener la medida (55). A mi juicio, el texto del 32 instauró un supuesto de discrecionalidad judicial.

El término responsabilidad subsidiaria aparece en el Derecho español con vocación de fórmula abierta. El hecho de que en la práctica se haya optado por la «funcionalidad» del arresto carcelario responde, al menos, a las siguientes razones: 1. A no haber sido ésta, en todo caso, una medida expresamente vetada en la ley, sino antes bien, permitida por la vía indirecta del artículo 93.2 CP; 2. A no haberse articulado un sistema de trabajos que, a partir de una preocupación de la administración central o local (ahora también autonómica) haya permitido a los tribunales resituarse a los penados insolventes; 3. A las dificultades añadidas de programar dicho sistema laboral dentro de una economía deficitaria, con opciones preferenciales para otros trabajadores, y 4. A la inadecuación de otras posibles medidas en el estricto catálogo punitivo del presente siglo básicamente construido sobre dos pilares: la prisión y la multa.

Esta serie de consideraciones parecen dar sazón al concentracionismo judicial en torno al arresto carcelario. La inevitabilidad del mismo ha sido descrita por Zipf en términos fatalistas: «Si el legislador (el juez, precisaríamos nosotros), pese a todo, cree no poder renunciar a la prisión sustitutiva, ello se justifica en una especie de callejón sin salida: la pena de prisión sustitutiva es injusta, el trabajo libre no ha podido realizarse hasta ahora y una renuncia completa al poder estatal de castigar a los insolventes parece improcedente, pues los capaces de pago quedarían perjudicados... y poco a poco resultaría socavada la voluntad de pagar» (56).

Y es, justamente, ese panorama fatalista el que la STC de 18 de febrero de 1988 ha tenido la virtud de aliviar. El constitucional ha abierto una brecha por la que pueden —deben— penetrar otros institutos menos gravosos que la privación de libertad carcelaria para compensar los impagos de multa.

Desde una doble perspectiva, positivista y político-criminal, van a examinarse esas otras posibles fórmulas sustitutorias, intentando ponderar su operatividad en estos últimos años del novecientos.

(55) LÓPEZ REY/ALVAREZ, *ob. cit.*, p. 133.

(56) H. ZIPF, *Die Geldstrafe in ihrer Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe*, Berlin, 1966, p. 35.

2. El arresto domiciliario

Sin llegar a afirmar que la pena privativa de libertad sustitutiva sea inconstitucional, el TC entiende que habría otras medidas subsidiarias que encajarían mejor en el orden normativo de la CE. Entre esas medidas, como se ha repetido, destaca el papel del arresto domiciliario.

No puede dejar de recordarse a este propósito que la *libertad* y el *patrimonio*, bienes respectivos sobre los que recaen la prisión y la multa, se encuentran valorados desigualmente en la CE. Mientras el primero se halla recogido en la sección de los *derechos fundamentales* (Título I, Cap. 2.º, secc. 1.ª), el segundo meramente se encuentra inserto en la de los derechos (Título I, Cap. 2.º secc 2.ª). Consecuentemente, el cambio de pena, de multa a prisión, implica un plusvalor de negatividad para el insolvente. Y este resultado no puede dejar de alarmar. De ahí que se justifique plenamente la recomendación final del TC en favor de un menor costo a la libertad, como supondría el arresto domiciliario.

¿Para qué casos podría ser procedente el arresto domiciliario como responsabilidad subsidiaria? Ya se ha visto, que de *lege data*, en virtud de lo prevenido en el artículo 85 CP, puede ser la medida aplicable por impago de las multas *leves*. La pregunta que había quedado pendiente, sin embargo, es la de si el arresto domiciliario puede extenderse para las multas *graves*. La respuesta afirmativa no se deduce, en principio, de una interpretación literal de la normativa vigente. De ahí que pospusiéramos a este momento su estudio.

Las opiniones doctrinales se encuentran divididas al respecto. Mientras que Quintero y Landrove no ven posible la aplicación del arresto domiciliario a las multas graves, por entender que dicha sanción no se encuentra prevista para los delitos, ni como pena ni como forma de ejecución de la misma (57); Manzanares estima que dicha medida podría aplicarse para aquellos delitos respecto a los que en la sentencia judicial no se impone una privación de libertad superior a los 30 días (58).

La posibilidad de infligir un arresto inferior a 30 días por impago de una multa grave no se halla vetada por el artículo 91 CP. Este precepto sólo fija una duración máxima (seis meses), pero prescinde de concretar la mínima. La jurisprudencia ha confirmado expresamente esa posibilidad, la cual debe entrar prevalentemente en liza cuando a la multa se llegue por *desgravación* de la pena de arresto mayor (59). Parece lógico, pues, que la transformación de una multa impuesta por la vía del artículo 74 CP no genere una pena privativa

(57) QUINTERO, *ob. cit.*, pp. 137-138; LANDROVE, *ob. cit.*, p. 513.

(58) MANZANARES, *Las penas patrimoniales*, p. 183.

(59) Vid., las sentencias citadas en la nota 22.

de libertad subsidiaria de equivalente duración a la superior en la escala. Por lo que la medida de esa pena de arresto sustitutorio no debería sobrepasar (ni igualar) el tope mínimo del arresto mayor (un mes y un día).

Así las cosas, la recomendación del TC encuentra adecuado encaje legal. De la misma manera que se hace sucribible la opinión de Manzanares. Ahora bien, entiendo que la aplicación del arresto domiciliario por impago de una multa grave no se deriva directamente del artículo 85 CP, el cual, en todo caso, se refiere a una pena propia de faltas como es el arresto menor, sino más bien de estas dos reglas de la hermenéutica: del argumento histórico en favor de la flexibilidad del *nomen* responsabilidad subsidiaria y de la ponderación de las normas de acuerdo a la equidad (artículo 3.2 CC).

Acaso no convenga, sin embargo, hipervalorar el rol del arresto domiciliario en sede de multas impagadas. Si se confirman en el futuro los resultados de la práctica judicial que arrojan un considerable número de impagos, el arresto domiciliario no será sólo una medida subsidiaria *ocasional*. Ello obligaría a que su cumplimiento estuviera presidido por una mayor seriedad. Seguramente, habría que organizar una mínima vigilancia a fin de que se reforzaran las garantías de su ejecución. Y una profusa red de celadores distribuidos por los muchos domicilios (o chabolas) de los declarados insolventes, no sería a buen seguro un espectáculo muy provechoso.

El arresto domiciliario debe emplearse, por eso, en el ámbito de los delitos, con cierta mesura, bien entendido que no debe ser la única manera de llenar el contenido de la responsabilidad subsidiaria. Su marco de acción —como queda dicho— debe ser el de los impagos de multas impuestas por desgravación de la responsabilidad penal.

3. El trabajo de utilidad pública

Una de las medidas sustitutivas que ha contado con más entusiasmo teórico, aunque con muy escaso resultado práctico, ha sido la prestación de un trabajo de utilidad pública. Desde el movimiento de política criminal de finales del siglo XIX no han cesado las recomendaciones doctrinales en favor de dicha medida. Incluso, en algún país, como Italia, a través del Codice Zanardelli de 1889, se incorporó precursoramente a su legislación (60). En España fue recomendada con mucho empeño —tal como se ha visto— por Luis Silvela y Vila Miquel, y el Código Penal de 1928 fue el primero, y hasta ahora el único texto punitivo, en acogerla.

Sin embargo, su eficacia ha sido prácticamente nula en todos aquellos países donde se ha dispuesto de esa posibilidad legal. Tan sólo

(60) Vid., por ejemplo, DOLCINI, *ob. cit.*, p.455.

en materia forestal, a finales del siglo pasado, parece que alcanzó alguna efectividad (61). De su escasísima experimentalidad ha sido consecuencia lógica —según se dijo— el pleno asentamiento del arresto sustitutorio.

Las consecuencias más visibles de su fracaso han sido las siguientes: 1. Las propias dificultades de la administración pública en desviar una oferta laboral a los penados; 2. Los roces competenciales entre personal libre y personal penado; y 3. Las más recientes dudas sobre su constitucionalidad (62).

Pese a dichos obstáculos, es lo cierto que, en los últimos años, han renacido en algunos países las posibilidades de la prestación laboral como medida penal. Aparte de la experiencia inglesa, donde, desde el *Criminal Justice Bill* de 1972, funciona como sanción autónoma a la multa, es decir, como sanción directa en la forma del *community service order* (63), en otros países, como Alemania Federal, comienza ahora a activarse, por primera vez, pese a estar reconocida normativamente desde la llamada legislación sobre multas (*Geldstrafengesetzgebung*) de los años 1921/24. En el derecho alemán vigente se encuentra prevista en el artículo 293 de la ley de introducción al *StGB*, el cual concede a los *Länder* la competencia para programar el trabajo sustitutorio como medio de evitar la pena privativa de libertad subsidiaria por impago de multa. Hasta hace pocos años, ningún *Land*, a excepción de Hamburg, había dado las órdenes necesarias para la efectivización de la medida (64). Pero, recientemente, han sido diversos los estados que han salido de la inacción sumándose a la iniciativa del gobierno hanseático (65).

La razón más significativa de la nueva práctica se encuentra en la crisis económica de finales de los años 70 y principios de los 80 que ha paralizado la eficacia de la multa. El número de penas privativas de libertad sustitutivas ha aumentado concordemente, presionando la estructura penitenciaria (66). La disminución de empleo que ha traído consigo la última hornada maquinista ha quedado, así, parcial

(61) Más datos en mi libro, *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, pp. 49 y ss., con amplias referencias bibliográficas.

(62) Una exposición de todo ello en M. PFOHL, *Gemeinnützige Arbeit als strafrechtliche Sanktion*, Berlin, 1983, pp. 149 y ss., con otras cuestiones conflictivas.

(63) Sobre ello y con indicaciones de las cifras de aplicación de la medida, S. STANLEY/M. BAGINSKY, *Alternatives to prison. An examination of non-custodial sentencing of offenders*, London, 1984, pp. 81 y ss.

(64) Cfr. GREBING, *ob cit.*, p. 141.

(65) Sobre el despegue de la medida en Alemania Federal, cfr. PFOHL, *ob. cit.*, pp. 36 y ss.; H. JUNG, «Fortentwicklung des strafrechtlichen Sanktionssystems», *JuS* 1986, pp. 744-745; G. BLAU, «Die gemeinnützige Arbeit als Beispiel für einen grundlegenden Wandel des Sanktionssystems», *Gedächtnisschrift für H. Kaufmann*, Berlin/New York, 1986, pp. 199-200

(66) Vid. M. VOSS, «Über das keineswegs zufällige Zusammentreffen von Gefängnisausbau und der Einrichtung ambulanter Alternativen», en *Diversion statt Strafe?* edit. por H. J. KERNER, Heidelberg, 1983, pp. 110-112; BLAU, *ob. cit.*, p. 199.

o, incluso, si se quiere, simbólicamente contrapesada en el orden penal por una recolocación especial, temporal y no onerosa del multado insolvente.

Junto a esta razón más oportunista se arguye también que con la prestación laboral se favorece que el condenado pueda cumplir con su víctima. Pues al no quedar sujeto a un castigo prisional dispondrá de mayores posibilidades de ganarse el dinero con el que reparar los males causados con el delito (67).

La prestación de un trabajo de utilidad pública se desenvuelve en el ámbito de la administración. Se citan como actividades más indicadas para el desarrollo de la medida, los trabajos forestales, en la prevención de incendios, en asilos para ancianos e impedidos, en establecimientos para jóvenes, en museos... (68). Sin que de momento se haya practicado en el marco de la empresa privada.

Aun así, en la medida pervive, como cuestión capital, el viejo conflicto entre su incidencia social y su plausibilidad como recurso penal. Finalmente, se trata de cubrir con multados insolventes, y de manera gratuita, una serie de puestos que, en otro caso, encajarían en la estructura de las relaciones laborales. Piénsese sólo en los trabajos en prácticas y para la formación (artículo 11 ET y Real Decreto 1992/1984, de 31 de octubre) o los trabajos ejercidos en régimen de contratación temporal como medida para el fomento del empleo (artículo 17.3 ET y Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre). Desde este punto de vista, en la prestación de un trabajo público como medida penal se trasluce un matiz negativo. Negatividad, lógicamente, que estará en función del volumen que pueda alcanzar la medida.

Pero es lo cierto, pese a ello, que para el orden penal viene a resolver un grave escollo. Así se explica que también en la doctrina penalística más reciente siga siendo un recurso acogido con beneplácito (69). Las ventajas para «los protagonistas del caso» (Hassemer) parecen claras. Para el *autor* que ve que la respuesta penal a su insolvencia no lo lleva hasta ese centro estigmatizador personificado en el encierro carcelario (70). Para la *víctima*, cuyo especial interés se centra en ser indemnizada en los perjuicios causados por el delito, siendo así que si su antagonista permanece en libertad se le brinda una adicional oportunidad de conseguir los medios para compensar el mal.

(67) BLAU, *ob. cit.*, pp. 193-194.

(68) BLAU, *ob. cit.*, pp. 193-194.

(69) En la doctrina española más reciente, de acuerdo, BERISTÁIN, «La multa», p. 362; BOIX, *ob. cit.*, p. 41; QUINTERO, *ob. cit.*, p. 140.

(70) Según DOLCINI, *ob. cit.*, pp. 454-455, desde el punto de vista del autor, constituye un «típico ejemplo de remoción de los obstáculos que se oponen de hecho a la igualdad de los ciudadanos», con lo que se virtualizaría lo prevenido en el artículo 3.2 de la Constitución italiana, precepto que, por lo demás, es afín al artículo 9.2 CE.

En el Derecho español, dos son los problemas específicos que presenta el trabajo de utilidad pública. Desde luego, el de su eventual eficacia, pero asimismo el más estrictamente técnico-jurídico de si puede llenar ya hoy, de *lege data*, el contenido de la responsabilidad subsidiaria del artículo 91 CP.

Invirtiendo el orden de cita de dichos problemas, se hace preciso de nuevo recordar, respecto al segundo de ellos, la flexibilidad que caracterizó, en su origen, la fórmula del artículo 91 CP. Y precisamente, en los precedentes legales y doctrinales del CP 1932, había sido la prestación laboral la medida que con más énfasis se había propugnado. Más que el arresto domiciliario y más que cualquier otro instituto subsidiario. No creo, por ello, que fuera ajena al legislador del 32 la posibilidad de que el órgano judicial cumplimentara de esta manera la responsabilidad sustitutoria. Esta posibilidad, además, no desmerece a la interpretación aperturista brindada por la STC 18 de febrero de 1988, pese a no ser citada expresamente la prestación laboral (71). Lo único que hace falta es que la administración, mediante un acuerdo marco con el poder judicial, establezca las indicaciones oportunas sobre los trabajos afectos, el régimen de cumplimiento y su inevitable supervisión.

Y previo a dicho complemento normativo debe ser la elemental prueba sobre la eficacia de la medida. Para ello habrá que seguir de cerca algunas experiencias paralelas. De todas ellas, veo yo como la más ejemplificadora la fórmula prevista en la Ley 48/84, de 24 de diciembre, de objeción de conciencia y de prestación social sustitutoria al servicio militar. Recientemente ha informado la prensa de la incorporación de los 49 primeros objetores a prestar el servicio civil sustitutorio, calculándose en 500 el número de los mismos que lo harán durante el presente año de 1989. Los destinos fijados han sido Protección Civil, la Generalitat Valenciana, el Centro de recogida de animales de Alcalá de Henares, una asociación de integración gitana y los Ayuntamientos de Leganés, Picassent, Campello y Barcelona, entre otros (72). Habrá que visar, pues, estas iniciativas, ya que las mismas podrían ser trasvasadas al orden penal. Y dicho trasvase, una vez constatados los resultados, no debiera demorarse. Sin duda, en este ámbito cumpliría una función más loable que como subrogado de un servicio militar, que debiera dejar de tener al fin ese marchamo constrictor y punitivo contra la juventud del sexo masculino. El maquinismo debiera tener aquí efectos liberadores de la mano de obra militar.

(71) En contra, sin embargo, BUENO ARÚS, *ob. cit.*, p. 71.

(72) Cfr. *El País* de 4 de abril de 1989.

IV. CONCLUSIONES.

Las precedentes líneas podrían sintetizarse de la siguiente manera:

1. Los principios de igualdad y libertad no quedan indemnes con la responsabilidad subsidiaria. Especialmente, cuando ésta reviste la forma (constante, por otra parte, en la jurisprudencia española) de un arresto carcelario.

2. Pese a las mitigaciones legales al arresto sustitutorio, éste sigue presentando en la práctica un porcentaje lo suficientemente alto como para merecer un enérgico reproche.

3. La flexibilidad del término *responsabilidad subsidiaria* permite la actuación, ya de *lege data*, de otras posibles medidas sustitutivas distintas al arresto. Entre esas medidas, singular importancia deben desempeñar en la jurisprudencia futura, junto a la ya existente de la suspensión condicional de la pena, el arresto domiciliario y la prestación de un trabajo de utilidad común.

4. Dichas medidas hacen más tolerable el instituto de la conversión de la multa en responsabilidad subsidiaria.

5. Las medidas sustitutorias debieran llevar consigo la obligatoriedad para el condenado de reparar los perjuicios causados a la víctima del delito; en particular, en la suspensión condicional de la pena.

6. El arresto domiciliario debe tener su campo principal de actuación cuando sustituya a una multa impuesta por desgravación conforme al artículo 74 CP.

7. Por el contrario, la prestación de un trabajo de utilidad pública debe operar, particularmente, en relación a la multa fijada en el tipo legal o impuesta en la sentencia judicial como pena única, dentro, en este segundo caso, del régimen de alternatividad. Una simplificación del sistema de penas debe hacer poco precisa la figura de la multa conjunta.

8. Sólo en el caso de no cumplimiento de alguna de estas medidas, debe procederse, por analogía a lo dispuesto en el artículo 237 CP (delito de resistencia a la autoridad) o en el artículo 334 CP (delito de quebrantamiento de condena), a la pena de arresto. Pero esos hechos, lógicamente, deben dar lugar a la instrucción de una nueva causa penal.

NOTICIARIO

NUEVO CATEDRATICO DE DERECHO PENAL

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, ha obtenido la Cátedra de Derecho Penal doña Mercedes García Arán, en la Universidad Autónoma de Barcelona.

INDICE

EN EL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE DON LUIS JIMENEZ DE ASUA

Págs.

Por Enrique Bacigalupo 479

SECCION DOCTRINAL

<i>Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito</i> , por Angel Torío López	489
<i>La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo</i> , por Eugenio Raúl Zaffaroni	521
<i>La renuncia a la responsabilidad subsidiaria por impago de multa</i> , por José Luis Manzanares Samaniego	553
<i>Libertad y responsabilidad penal</i> , por Liborio L. Hierro	561
<i>El delito de violación: la conducta típica</i> , por Avelina Alonso de Escamilla .	571
<i>Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado</i> , por Alfonso Cardenal Murillo	593
<i>Los orígenes ideológicos de la teoría de la acción de Welzel</i> , por Monika Frommel	621

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal</i> , por Günther Jakobs	633
--	-----

SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i>	653
----------------------------	-----

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

<i>Precisiones sobre algunos aspectos de la formulación típica y la responsabilidad civil en los delitos contra la propiedad intelectual tras la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre. Circular núm. 1989, de 20 de abril</i>	677
<i>Consultas</i>	707

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , sección dirigida por Santiago Mir Puig: <i>Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas</i> , por Ujala Joshi Jubert.	731
<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García	749
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares Samaniego	799
<i>Arresto sustitutorio y sanciones alternativas</i> , por Horacio Roldán Barbero ...	839

NOTICIARIO

<i>Nuevo Catedrático de Derecho Penal</i>	871
---	-----

