

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XLII  
FASCICULO III



SEPT.-DICIEMBRE  
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.<sup>a</sup>**

Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

*Secretario:*

**LUIS FELIPE RUIZ ANTON**

Catedrático de Derecho penal  
de la Universidad de Extremadura

*Vicesecretario:*

**ESTEBAN MESTRE DELGADO**

Profesor 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 BOIX REIG**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alicante

**JUAN BUSTOS RAMIREZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Barcelona

**BERNARDO FR. CASTRO PEREZ**

Magistrado Jubilado de la Sala 2.<sup>a</sup> del  
Tribunal Supremo

**JOSE CEREZO MIR**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Zaragoza

**MANUEL COBO DEL ROSAL**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

**CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO**

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

**JUAN CORDOBA RODA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**FERNANDO DIAZ PALOS**

Ex-Presidente de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo

**MANUEL GARCIA MIGUEL**

Ex-Presidente de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo

**GERARDO LANDROVE DIAZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Murcia

**DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

**ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ**

Ex-Presidente de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo

**SANTIAGO MIR PUIG**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Sevilla

**HORACIO OLIVA GARCIA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

**GONZALO QUINTERO OLIVARES**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

**ENRIQUE RUIZ VADILLO**

Presidente de la Sala Segunda  
del Tribunal Supremo

**JOSE MARIA STAMPA BRAUN**

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

**RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Oviedo

**ANGEL TORIO LOPEZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Valladolid

**TOMAS SALVADOR VIVES ANTON**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Valencia

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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



**MINISTERIO DE JUSTICIA**  
**Secretaría General Técnica**  
**CENTRO DE PUBLICACIONES**

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Centro de Publicaciones  
Gran Vía, 76 - 8.º - 28013 Madrid

Periodicidad: CUATRIMESTRAL.

Precio de suscripción: España, 4.300 ptas. Extranjero, 4.900 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.700 ptas. Extranjero, 2.200 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

## CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76 - 8.º, teléfono 247 54 22. 28013 Madrid.

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XLII  
FASCICULO III



SEPT.-DICIEMBRE  
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)

## Criminología y Lingüística (\*)

JEAN PINATEL (\*\*)

Presidente Honorario de la Sociedad Internacional de Criminología

La idea de analizar el problema de las relaciones entre Criminología y Lingüística me fue sugerida por la tesis de Medicina de Maryvonne Josien-Ottendorf (Burdeos, II, 1981, 189 pp.). Su título «El Ser en la palabra» expresa que la palabra engendra al hombre, que éste no puede realizarse como persona sino a través de aquélla, siendo el único ser vivo que posee este privilegio. El lenguaje aparece así como la condición previa y necesaria de toda relación humana. Por su parte, la Criminología basa su aplicación clínica en el diálogo singular, en la comunicación verbal entre el clínico y el delincuente. Es, pues, en el plano de esta comunicación verbal donde cabe contemplar las relaciones entre la Criminología y la Lingüística.

Pero antes de explorar las relaciones entre las dos disciplinas en el campo clínico, es necesario, para fijar adecuadamente el sentido y el alcance de esta aproximación, situarla en un nivel más teórico, a saber, el de la Lingüística y la Criminología generales.

Este es el propósito del presente trabajo.

### I

Las relaciones entre la Lingüística y la Criminología generales deben ser examinadas tanto en lo concerniente a su evolución histórica como en lo relativo a sus grandes orientaciones.

A) En el primer cuarto del siglo XX se descubrió el interés de los sistemas de comunicación que, utilizando ciertos fenómenos perceptibles (los significantes), evocan otros fenómenos no observables

---

(\*) Artículo publicado en francés, en DE LA CUESTA, J. L., DENDALUZE, I., y ECHEBURUA, E. (comp.), *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, IVAC-KREI, San Sebastián, 1989, pp. 341-349.

(\*\*) Traducción de Augusto MAESO, Secretario Judicial.

aquí y ahora (los significados). La Semiología fue así concebida como la ciencia que tiene por objeto el inventario y la descripción de todos los sistemas de comunicación. Se trata de un inmenso campo, en el que se engloba la escritura de los sordomudos, los ritos simbólicos, la cortesía, los símbolos militares, las señales marítimas y, por fin, el lenguaje, cuyo estudio científico es realizado por la Lingüística.

La Lingüística, así individualizada, pudo a primera vista aparecer como un conjunto confuso de cosas heterogéneas, sin relación entre sí, pertenecientes a la Física (Acústica), a la Fisiología, a la Psiquiatría, a la Psicología y a la Sociología. Se manifiesta de este modo una semejanza entre la Lingüística y la Criminología. Esta se presentó también como un conjunto de diversas disciplinas, a saber, la Biología, la Psiquiatría, la Psicología y la Sociología, que estudian el fenómeno criminal desde diferentes puntos de vista.

La ulterior evolución de las dos ciencias acentuó esta semejanza. El primer paso de la Lingüística fue encontrar el punto de vista específico que la distinguiera de otras disciplinas. Esto se consiguió gracias a Ferdinand de Saussure (1), quien distinguió, dentro de los hechos del lenguaje entre la palabra (hecho individual) y la lengua (hecho social) y demostró que hay que separar la Lingüística de la lengua y la Lingüística de la palabra.

Asimismo, la Criminología tuvo que encontrar el punto de vista específico que permitiera su individualización. Lo hizo distinguiendo en el fenómeno criminal tres entidades distintas —la criminalidad, el criminal y el crimen— y definiéndose, en tanto que ciencia autónoma, como el estudio del paso al acto criminal (2).

Tras haber definido su objeto, tanto la Lingüística como la Criminología fijaron su atención sobre las aplicaciones prácticas. La Lingüística y la Criminología aplicadas fueron, de este modo, la prolongación de la Lingüística y la Criminología generales.

B) La analogía que se ha constatado respecto de la evolución histórica de las dos disciplinas se encuentra también en lo referente a sus grandes orientaciones.

Desde Ferdinand de Saussure, el interés de los lingüistas se centró principalmente en la lengua, considerada como un hecho social. En cambio, centraron poco su atención en la palabra, hecho individual. Se limitaron al estudio de los sonidos, bien desde el punto de vista de su articulación o de su recepción auditiva (fonética), bien desde una perspectiva funcional (fonología). Dicho de otro modo, la Lin-

---

(1) SAUSSURE, F.: *Cours de linguistique générale*, Payot, París, ed. 1966. La primera edición de esta obra fue realizada por Ch. BALLY y ALB. SECHEHAYE y publicada en 1915 en Ginebra.

(2) PINATEL, J.: «Personnalité criminelle et prévention de la criminalité», *Annales Internationales de Criminologie*, Tomo III del *Traité de droit pénal et de criminologie* (P. BOUZAT y J. PINATEL), 3.ª edición, Dalloz, 1975. Y, finalmente, *Le phénomène criminel*, MA Editions, 1987.



güística privilegió los aspectos intelectuales y racionales de la comunicación verbal, pero descuidó sus aspectos afectivos. La lengua se estudió como un sistema de signos arbitrarios, partiendo del principio de que el significante no está determinado por su relación con el significado, con el cual no tiene ningún nexo natural en la realidad.

En sus comienzos, la Criminología, por su parte, centró sus investigaciones en los factores objetivos del paso al acto. Cabe apreciar aquí el resultado de la influencia positivista recibida de sus grandes fundadores italianos. Hubo que esperar cerca de tres cuartos de siglo para que De Greeff llegase a afirmar: «Es relativamente fácil decir: delincuente biológico-social o delincuente biológico o social. ¿Pero después? Pues bien, es después cuando el trabajo útil comienza (3).»

El trabajo útil consiste en la profundización en el proceso criminógeno, en desvelar la manera mediante la cual el delincuente ha vivido su acto. Se percibe entonces que este acto, en el cual se ve objetivamente una adaptación fallida, es subjetivamente una adaptación lograda. El delincuente, en efecto, como todo hombre, busca siempre su bienestar. Por tanto, su actuación debe situarse en la búsqueda de su mejor equilibrio, buscando incansablemente. Es muy difícil, en estas condiciones, para un clínico, comunicarse con un delincuente. Por eso, De Greeff insistió con ahínco en los aspectos psicológicos de la aproximación al delincuente, sobre las bases afectivas del diálogo que conviene entablar con él.

Por su parte, la Lingüística puso el acento sobre el hecho de que no hay verdadera comunicación verbal sin «entendimiento» afectivo, sin que intervenga un ajuste mutuo entre personas que mantienen un intercambio verbal. El movimiento de la nueva comunicación, en cuyo origen se encuentra el sociólogo belga Ives Winkin, profundizó en los diversos aspectos de la comunicación inter-individual. Se desarrolló así una Lingüística de la enunciación, que estudia las interacciones verbales concretas. J. Cosnier, exponiendo esta orientación, ha mostrado toda la complejidad de la comunicación inter-individual. Esta asocia, en efecto, elementos verbales, vocales y gestuales y atribuye al interlocutor sentimientos esenciales para el buen desarrollo de la interacción. Lo cual subraya que el comportamiento del clínico debe ser también tenido en cuenta (4). Hay de este modo grandes afinidades entre la aproximación criminológica de De Greeff y el movimiento de la nueva comunicación en Lingüística.

Sin embargo, necesariamente Lingüística y Criminología debían, al menos aparentemente, tomar diferentes caminos. Bajo la influencia

---

(3) DE GREEFF, E.: «Criminogénèse». *Rapport général au II<sup>e</sup> Congrès International de Criminologie* (Paris, 1950). *Actes*, Tomo VI, P.U.F., 1955, p. 269. El informe ocupa las páginas 267 a 306.

(4) COSNIER, J.: «La psychologie face à la nouvelle communication», *Actualités psychiatriques*, número 4, 1988, p. 12 a 21.

de la sociología doctoral, que se desarrolló con los acontecimientos de mayo de 1968, la Criminología clínica fue atacada por todas partes y estuvo a punto de ser arrastrada en esta tormenta (5). Al recuperar hoy consistencia, advierte una tendencia diferente en la Lingüística, que va mucho más allá de los aspectos intelectuales y afectivos ya manifestados. Esta tendencia ve sobre todo en la Lingüística la ciencia de la palabra. Esta concepción puede apoyarse en las tradiciones hindú y palestina, para las cuales la palabra engendra al hombre y ha sido introducida en el campo científico por el antropólogo Jousse (6). Este autor ha demostrado que el niño comprende el sentido de la palabra y establece una comunicación verbal a través de su cuerpo y del de su madre.

La Criminología no puede permanecer indiferente a estas concepciones. Debe interrogarse acerca de cuál puede ser su aportación a la clínica criminológica. Son, pues, las relaciones de ésta y la Lingüística lo que conviene estudiar ahora.

## II

La clínica criminológica engloba tradicionalmente la observación y el tratamiento del delincuente. Bajo la rúbrica «observación» se incluye el examen, el diagnóstico, el pronóstico y, eventualmente, la definición del programa de tratamiento. Bajo la de «tratamiento» se evocan los métodos puestos en práctica para aplicar el programa así formulado.

Ciertamente, esta distinción es algo artificial. Toda observación es un hito hacia el tratamiento y todo tratamiento es una observación continua. Además, en las dos fases, la aproximación al delincuente es idéntica y se realiza por el diálogo singular y la comunicación interindividual. Solamente los métodos experimentales aplicados en una u otra fase pueden diferir.

Pero esta distinción es cómoda y tiene un valor didáctico indudable. Por ello, inspirará el presente trabajo sobre las relaciones de la Criminología y la Lingüística en el campo clínico. Conviene en todo caso aclarar que la Lingüística será contemplada bajo su doble aspecto de ciencia de la lengua y de ciencia de la palabra.

A) La lengua es un instrumento de comunicación intelectual. Pero hay casos, en la observación clínica, en los que esta comunicación no puede establecerse. Una imposibilidad real de comunicación existe cuando el delincuente no habla la misma lengua que el clínico. El

---

(5) PINATEL, J.: «Les faits, les idées et la réaction sociale en Criminologie», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1981, pp. 219 a 235.

(6) Ver la bibliografía incluida en la tesis de MARYVONNE JOSSIE-OTTENHOF, pp. 180 a 185 y especialmente en lo concerniente a JOSSUE, p. 182.

ejemplo clásico es el del extranjero, recientemente llegado a un país cuya lengua ignora. Un ejemplo menos frecuente es el del sujeto perteneciente a una comunidad lingüística aislada, que ignora la lengua de su país.

De esta imposibilidad de comunicación total o parcial hay que distinguir el caso de una comunicación desviada o truncada. Diversos factores pueden, en efecto, perturbar la comunicación entre el clínico y el delincuente estudiado, incluso cuando utilizan la misma lengua nacional. Son, en primer lugar, factores procedentes del marco institucional en el que se establece esta comunicación. Son también factores relativos al sujeto estudiado, es decir, al delincuente. Son, por fin, factores referentes al clínico encargado de efectuar el examen.

La observación de un delincuente, menor o adulto, se inscribe siempre en el marco de un procedimiento penal. Este es dirigido por magistrados, cuyo lenguaje es el producto de los conceptos jurídicos utilizados y de las técnicas jurídicas empleadas. Forzoso es reconocer que se trata, en el interior de la lengua nacional, de un subconjunto específico de naturaleza técnica. L. M. Raymondis es el primer criminólogo que se interesó por este subgrupo. En un informe presentado en el Coloquio Internacional de Lyon, dedicado a la justicia penal (1977) se preguntó por su valor como instrumento de comunicación entre la justicia, su público y sus clientes (7). Algunos ejemplos bastarán para demostrar cómo el valor instrumental de este lenguaje es insuficiente. Está, en efecto, lleno de arcaísmos, siendo patente la influencia del latín.

Así, el término «distracción» no tiene ya en el lenguaje corriente el sentido de «deducción de un conjunto». Del mismo modo, «conclusiones», en el sentido de «pretensiones de una parte», no pertenece hoy, sino exclusivamente al lenguaje jurídico. Pero hay que considerar igualmente las modificaciones introducidas en el vocabulario común. Así, la expresión «violencia y vía de hecho» tiene una significación mucho más amplia que en el lenguaje corriente. Se extiende, en el lenguaje forense, a la simple amenaza, al hecho de atemorizar, mientras que en el lenguaje corriente no va más allá del daño físico. Así, incluso, el término «*convaincre*» adquiere en el lenguaje jurídico un sentido que le relaciona con la confesión, mientras que en el lenguaje ordinario se distingue de «persuadir», por el carácter intelectual y no afectivo de las pruebas aportadas.

¿Puede el delincuente comprender este lenguaje? Alec Mellor ha descrito las barreras que el defensor debe superar para establecer un contacto con su cliente. Debe tener menos en cuenta las palabras que el sentido que les atribuye el cliente. Se vuelve a encontrar aquí la

---

(7) RAYMONDIS, L.-M.: «Présentation des recherches sur le langage de la justice pénale effectuées par le C.E.M.O. et le Centre de recherche linguistique de Lyon II» en *Le fonctionnement de la justice pénale*, Editions du CNRS, Paris, 1979, pp. 209 a 237.

distinción establecida por Ferdinand de Saussure entre significante y significado. Así, la palabra «fianza» remite a la concepción que el delincuente tiene del dinero. La fianza es para él «la corrupción disfrazada del Juez en caso de libertad provisional» (8).

Estos son los factores procedentes del marco institucional, que tienen por efecto: por un lado, hacer imposible al delincuente la comprensión del procedimiento penal, y, por otro, por esta misma incompreensión, situar las relaciones con el clínico bajo el signo de una comunicación desviada o truncada. Esta es tanto más imperfecta cuanto el delincuente y los clínicos utilicen subconjuntos lingüísticos enteramente diferentes.

Sin querer calificar el lenguaje utilizado por el delincuente de lenguaje técnico, es forzoso, sin embargo, reconocer que utiliza un lenguaje específico. Uno de los méritos de Lombroso y de los positivistas es haber recopilado observaciones sobre el argot de los criminales. Estas fueron retomadas por Tarde, quien las interpretó refiriéndose a la noción de criminalidad profesional: ésta tendría, como toda corporación, un lenguaje particular. Desde esta perspectiva se ha subrayado que el argot de los delincuentes no presenta más que analogías superficiales con las lenguas arcaicas. «Es para burlarse, por necesidad de denigrar y empequeñecer todo por lo que los amigos del delito» utilizan onomatopeyas y se sirven de la reduplicación. Además, «los retruécanos por aproximación, las bromas pesadas, las expresiones groseras que animalizan al hombre (*cuero*, piel; *alerones*, brazos; *pico*, boca) componen lo fundamental de su vocabulario, con muchos términos tomados de lenguas extranjeras, de la lengua *caló* de los gitanos...» (9). En nuestros días, J. Graven —que por desgracia acaba de abandonarnos— ha estudiado y profundizado en el argot de los delincuentes (10).

Frente al delincuente y su argot se encuentra el clínico. A diferencia del policía, que conoce el lenguaje del delincuente, el clínico no tiene más que ideas generales insuficientes. Además, él también utiliza un lenguaje específico, que es totalmente desconocido por los delincuentes. Su diálogo no puede, pues, desarrollarse más que en un

---

(8) MELLOR, A.: «La connaissance du délinquant par la défense», *Conférences du Ier. Cours International de Criminologie* (Paris, 1952), Imprimerie Administrative, Melun, 1953, pp. 323 a 327, especialmente, p. 324.

(9) TARDE, G.: *La philosophie pénale*, reimpresión de la 4.<sup>a</sup> edición por Editions Cujas, 1972, 578 p., especialmente pp. 235-36. La primera edición fue publicada en 1980 por STORCK y MALOINE. Ver igualmente del mismo autor: *La criminalité comparée*, Alcan, edición de 1924, 212 p., especialmente pp. 44-46. La primera edición apareció igualmente en Alcan en 1886.

(10) GRAVEN, J.: «L'argot des criminels et son importance criminologique», *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1958, p. 1 a 19. «Tableau de l'argot criminel», *Ibid.*, 1958, pp. 223 a 228. *L'argot et le tatouage des criminels*, Editions de la Baconnière, Neufchâtel, 1962, 147 p.

lenguaje común, lo cual ocasiona simplificaciones excesivas para el clínico y oscuridades para el criminal.

De este modo, las aportaciones tradicionales de la Lingüística y la observación evidencian sobre todo dificultades o incluso aspectos negativos. ¿Ocurre igual en lo referente al tratamiento?

B) A primera vista, todo puede parecer negativo en lo referente al tratamiento. La gran preocupación de los pioneros de la ciencia penitenciaria ¿no fue, tanto en Filadelfia como en Auburn, evitar las comunicaciones verbales entre detenidos? Y hoy, ¿no existen prisiones en las que, gracias a la electrónica, las comunicaciones entre detenidos y vigilantes resultan imposibles?

Sin embargo, la concepción dominante es diferente: propone preparar la adaptación del delincuente, a fin de que pueda insertarse socialmente. Todos los programas de tratamiento desarrollan este aspecto: la educación física y escolar, la formación profesional, la higiene, constituyen una parte importante de los mismos. Pero, los éxitos que pueden lograrse potenciando así las aptitudes de los delincuentes pierden toda significación en la perspectiva de la reincidencia. El tratamiento que se ofrece a los delincuentes puede producir tanto reincidentes mejor adaptados a la actividad criminal como ciudadanos honestos, mejor adaptados a la vida social. Cabe, a este respecto, evocar el precedente de la educación vigilada. Al terminar la última guerra mundial, primaba la fórmula «el trabajo, la formación profesional ante todo», y las instituciones públicas se organizaron en esta línea, lo cual provocó, en su momento, ciertas objeciones. «¿Para qué —se decía— tener un trabajo si se utiliza para fines deshonestos? ¿Para qué formar cerrajeros si se sirven de su técnica para abrir cajas fuertes?» (11). Con estas objeciones se exponía lo que, más tarde, debía desembocar en un estudio más intenso de los delincuentes. Lo importante es llegar al núcleo central de la personalidad, ya que de este núcleo central es de donde depende la orientación positiva o negativa de la personalidad.

¿Pero qué hacer desde este punto de vista? Antes de seguir adelante conviene apuntar una última observación sobre lo concerniente al tratamiento de los delincuentes. Se necesita, en efecto, el establecimiento de una comunicación verbal entre el instructor y el alumno, lo que constituye un excelente método de perfeccionamiento de la lengua común, gracias al cual el sujeto logrará expresarse mejor y las dificultades de comunicación aludidas, al tratar de la observación, tenderán a disminuir cada vez más. Y eso es capital, pues los métodos utilizados para llegar al núcleo central se basan en la comunicación verbal. Nos llevan, por tanto, al terreno de la Lingüística, ciencia de la palabra.

---

(11) PINATEL, J.: *Précis de science pénitentiaire*, Sirey, París, 1965, p. 357.

Lo que constituye, en efecto, el fundamento de la valoración del núcleo de la personalidad del delincuente es el establecimiento de relaciones psicológicas positivas entre el sujeto y el clínico, capaces de incitar al primero a identificarse con el segundo. Se trata de un principio proveniente del psicoanálisis. En todos los casos, su puesta en práctica se basa en una entrevista, organizada bien a nivel individual (en la línea de la psicoterapia individual), bien a nivel de grupo (imitando a la psicoterapia de grupo), bien, en fin, al nivel de toda una institución (al estilo de la comunidad terapéutica). Como se ve, todo se apoya aquí en la palabra. Es la base de la comunicación perseguida.

Este método general de comunicación verbal puede y debe ser completado por métodos particulares. Llegados a este punto conviene examinar de nuevo la tesis de Maryvonne Josien-Ottenhof. Uno de los puntos interesantes de su tesis es que llama la atención sobre un método audio-psico-fonológico elaborado originalmente por Tomatis. Exige un aparato especial y el recurso a un test de escucha particular. Los datos obtenidos son interpretados en función de dos principios: 1) Todo lo que se refiere a la oreja izquierda se relaciona con la actividad, con la fijación al pasado, a la madre. 2) Todo lo que se refiere a la oreja derecha corresponde a la dinámica, al futuro, al padre. Pero el diálogo con la madre y, *a fortiori*, el reencuentro con el padre, no pueden comenzar más que si el sujeto está libre de ciertos condicionamientos paralizantes de orden psicológico, que son capaces de impedirle reproducir los sonidos que oye. Un condicionamiento reparador se impone entonces: la cura va a consistir en hacer oír al sujeto sonidos procedentes, ya de la música, ya de su propia madre. Esta cura se desarrollará siguiendo una programación definida que conlleva numerosas fases. Cintas grabadas reproducirán, sucesivamente, las sensaciones auditivas de la vida fetal, al paso de la audición en el agua a la audición en el aire, la adquisición de ciertas estructuras lingüísticas ricas en armonías elevadas, la fase del lenguaje y, finalmente, la de la lectura en voz alta.

Durante sus dos años de internado en Psiquiatría, en el centro hospitalario especializado de Pau, Maryvonne Jossien-Ottenhof aplicó el método Tomatis a dos niños pequeños presumiblemente psicóticos, que eran, al comienzo, si no casos desesperados, al menos desesperantes. Constató que estos dos seres, que iban a la deriva, se abrieron al mundo organizado, no solamente debido a la palabra del equipo que les atendía, sino también gracias a la palabra de su madre. Es la voz materna, oída, lo que consiguió restablecer la relación con el otro. Es esta voz lo que permitió a la palabra del sujeto recobrar la dimensión simbólica que todo objeto tiene para él, cuando se representa, habla, vocaliza en dirección al otro. Es esta voz también lo que permitió este fenómeno esencial que es el *advenimiento* del

«yo», advenimiento que abre la puerta a la capacidad de vivirse objetivamente como sujeto (12).

Estos son los hechos. Resta preguntarse si pueden abrir perspectivas en clínica criminológica respecto, entre otros, de jóvenes delincuentes perturbados por factores familiares. Algunos, en efecto, se encuentran bloqueados y rechazan toda comunicación, lo que hace extremadamente difícil establecer una situación de tratamiento. Podría ser útil, en tales casos, completar los tratamientos individuales haciéndoles oír la voz de su madre. ¿No sería igualmente posible considerar, de una manera más general, la participación de las madres en el tratamiento de sus hijos bajo modalidades prácticas que convendría definir? Se abre así una vía, respecto de la cual no sería inútil intentar explorar sus aspectos.

Esta sugestión puede, por lo demás, apoyarse en el desarrollo reciente, gracias al movimiento de la nueva comunicación, de terapias sistemáticas y familiares, que son verdaderas terapias de la comunicación. Ciertamente, la puesta en práctica de estos deseos no será fácil y pasará, en primer lugar, por la formación renovada de los clínicos. Sin embargo, cabe esbozar un relativo optimismo en lo referente al futuro progreso en el tratamiento de los delincuentes, gracias a los esfuerzos aunados de la Criminología y la Lingüística.

La conclusión que cabe extraer de esta demasiado breve exposición es que las relaciones de la Criminología y la Lingüística se desarrollan bajo el signo de la complejidad. Ambas son ciencias complejas: el estudio de su objeto específico exige, al menos accesoriamente, el concurso de numerosas disciplinas. Pero, he aquí que estas dos ciencias complejas se reencuentran y que el enfoque clínico de la primera no puede ya prescindir del recurso de la segunda. Lo cual va a complicar todavía más la formación de los criminólogos clínicos.

Tras lo expuesto, no cabe sorprenderse de que el X Congreso Internacional de Criminología (Hamburgo, 1988) haya contemplado en su programa la cuestión «Criminología y Ciencias humanas». Y es en la misma perspectiva en la que hay que situar el Curso Internacional que el R. P. Beristain se propone organizar en San Sebastián en 1989, bajo el título «La enseñanza de la Criminología en el mundo». Esta será la ocasión, para este infatigable penalista, de probar, una vez más, que está totalmente abierto a las cuestiones planteadas por la Criminología al personal universitario. Coronará, de este modo, una carrera docente, en la que se ha implicado magistralmente, por escrito y de palabra. No cabe duda de que es a través de sus lecciones, sus cursos —a través, en suma, de su palabra— como se ha realizado completamente como enseñante.

---

(12) La segunda parte de la tesis de MARYVONNE JOSIEN-OTTENHOF está dedicada al método TOMATIS y a su aplicación, pp. 94 a 179.

Todo ello exige un trabajo intenso. Infatigable, el R. P. Beristain ha hecho siempre suyo el principio formulado por Job y que Pedro de Auxular expresara tan acertadamente en euskera:

*«Gizona sortzen da traillaiko,  
eta hegaztina aireko.»*

*«El hombre nace para trabajar,  
y el pájaro para volar.»*



# La «determinación objetiva del hecho».

## Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado (\*)

DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Alcalá

Con posterioridad a la publicación de mi trabajo «Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales» (1), múltiples discusiones científicas y reflexiones propias me han convencido de la conveniencia de emprender una investigación más amplia sobre la autoría de los delitos imprudentes y su posible base común con la autoría de los delitos dolosos. Aunque tal investigación se halla aún en curso (2), me parece interesante anticipar algunas de sus conclusiones provisionales, que matizan y complementan algunas de las tesis de aquel artículo y que en parte ya he divulgado desde una serie de conferencias que pronuncié en 1987 en varias Universidades alemanas (3). Mi propósito es contribuir ya desde este momento a la discusión científica en un campo bastante necesitado de clarificación.

1. La opinión dominante en la doctrina alemana moderna, que en total contraposición a su postura frente a los delitos dolosos de-

---

(\*) En este trabajo se plasman algunos resultados de un proyecto de investigación trianual financiado por la DGICYT y que desarrolla bajo mi dirección un equipo científico de las Universidades de Alcalá y León sobre: Delitos dolosos e imprudentes de circulación (especialmente: autoría y participación; delitos de peligro; utilización ilegítima de vehículos).

(1) (Comentario a la STS 27-1-1984), en: RDCir 1984, pp. 275 ss.; DPCir, 1985, pp. 1985, pp. 83 ss.

(2) Y en conexión con otros trabajos sobre autoría del equipo investigador que coordino. Así, la espléndida tesis doctoral sobre: *La autoría y sus clases en DP* (Universidad de León, 1989, de próxima publicación) de mi discípulo *Díaz y García Conlledo*, que también tiene en cuenta y comparte en lo sustancial mis planteamientos en este trabajo, al igual que yo he tenido muy en cuenta su trabajo en la redacción de éste.

(3) «Täterschaft und Teilnahme beim fahrlässigen Delikt», trabajo presentado como ponencia en junio de 1987 en el Seminario jurídico dirigido por el profesor Hirsch en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, y que dicté como conferencia asimismo en las Universidades de Erlangen, Passau y Munich en junio y julio de 1987.

fiende un «concepto unitario» de autor en los delitos imprudentes (con algunas excepciones para delitos especiales, o de pura actividad o de propia mano, pero sin la menor duda en los delitos puros de causación o de resultado), en virtud del cual en los hechos imprudentes es imposible —o inadecuado o, al menos, no merece la pena— distinguir entre autores y partícipes, de modo que será autor cualquier interviniente aunque sólo sea mero favorecedor del acontecimiento (4), sólo es una falsa *petitio principii* y además representa una *situación de atraso y estancamiento* de la teoría del delito imprudente en este punto —el ámbito de la codelincuencia—, que aún es más llamativa en contraste con el avance de la dogmática del resto del delito culposo. Tal retraso es comparable a las anteriores fases de evolución de otros elementos de la estructura del delito imprudente, como la acción o la antijuridicidad: así cuando en un primer momento incluso el finalismo negaba —o casi negaba— la existencia de la acción, reduciéndola al puro proceso causal (5), o cuando las construcciones tradicionales veían la antijuridicidad del hecho culposo en la causación de un resultado desaprobado sin consideración a la infracción de la norma de cuidado (6). Pero, en contraposición con el posterior desarrollo de la teoría de la acción y de lo injusto en el delito imprudente, la doctrina alemana dominante quiere quedarse anclada en materia de autoría en una perspectiva causal, no evolucionada e indiferenciada, de equiparación de todas las condiciones, como si es que acaso tal consideración pudiera ser decisiva para la valoración normativa que requiere la realización del tipo de injusto (la autoría típica).

Y por otra parte, cuando en la doctrina moderna se han producido algunos intentos de restricción de la responsabilidad imprudente negando la imputación objetiva —ahora sí con criterios valorativos— en algunas formas de provocar la producción del resultado no directamente, sino a través de otro, v.gr. negando o discutiendo si encajan en el fin de protección de la norma los casos de favorecimiento imprudente de autolesiones o autopuestas en peligro ajenas o si tal favo-

(4) Cfr. *Jescheck*, Tratado DP, 1981, p. 900; *Roxin*, Leipziger Kommentar, 10.<sup>a</sup> ed., 1985, § 25 156 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, StGB, 1988, 18 antes del § 25, § 25 101.

(5) Así *Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, p. 65, sostenía que en el plano ontológico no hay acciones no dolosas, sino causaciones de resultado. Cfr. *Gimbernat*, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, 1966, pp. 106, s. n. 14, 114. Pero también *WELZEL* casi negaba al principio el carácter de acción a los hechos imprudentes, al considerarlos como causaciones de resultados, como acontecimientos no dirigidos a una meta, sino de carácter causal-ciego, que por ello no eran igual que las acciones propiamente dichas (las final-videntes, o sea, las dolosas), sino que sólo se podían considerar «acciones en sentido amplio» por ser formas de causación evitable mediante la finalidad posible (es decir, potencial, no real): cfr. *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 1939, p. 516; Das Deutsche Strafrecht, 2.<sup>a</sup>, 1949, pp. 22 s.

(6) Así, p. ej., *Mezger*, Strafrecht. Ein Studienbuch, AT, 4.<sup>a</sup>, 1952, p. 45.

recimiento de éstas o, en general, de las lesiones o puestas en peligro ajenas es objetivamente imputable (7), se está sobrecargando indebidamente el ámbito de la imputación objetiva del resultado con problemas que pueden y deben resolverse en otro lugar distinto dentro de la estructura del tipo: el de la autoría y participación. Pues antes de preguntar si un resultado típico puede imputarse a una acción típica, hay que aclarar si verdaderamente ésta es una acción típica y de qué clase de acción típica se trata: es decir, si es una acción de autoría (realización) de un tipo —con independencia de que se llegue a la consumación— o sólo de participación o favorecimiento (8), ya que en este segundo caso, si se tratara de participación punible en un hecho punible, los criterios de imputación objetiva del resultado al partícipe pueden no tener el mismo alcance que si se tratara de imputar objetivamente el resultado como obra suya al autor (9), pero sobre todo dado que puede carecer de sentido discutir si hay o no imputación objetiva, porque debido a la accesoriedad de la participación, ésta sea impune si el hecho principal (autolesión)

(7) Cfr., p. ej., en el primer sentido, *Roxin*, Sobre el fin de protección de la norma de los delitos imprudentes, Problemas básicos del DP (trad. de Luzón), 1976, pp. 183 ss. Ampliando la discusión al ámbito de responsabilidad (como principio de imputación) por el favorecimiento de cualquier lesión o puesta en peligro por un tercero, *Schönke/Schröder/Lenckner*, StGB, 1988, 100 ss. antes del § 13.

(8) Para evitar y aclarar posibles equívocos, hay que resaltar que, aunque el examen de la autoría sea previo al de la imputación objetiva, naturalmente que se está hablando de *autoría de un hecho concreto*, es decir, de la realización (consumada o todavía imperfecta) del hecho típico, pues la autoría no es sino un requisito o elemento de la parte objetiva del tipo. Destaco esto porque en el coloquio subsiguiente a mi ponencia sobre el tema en el II Seminario Hispano-Alemán de Derecho penal de la Fundación A. von Humboldt, en Palma de Mallorca, del 28-9 al 1-10-1986, algún colega me objetó que mantener que puede haber autoría antes —y con independencia— de saber si hay o no imputación objetiva (posición ya sostenida por mí en: RDCir 1984, p. 280; DPCir, 1985, p. 99), ¡es Derecho penal de autor! Claro que normalmente no es lo mismo lo que se afirma sin más en un coloquio que lo que más reflexivamente se sostiene en la discusión escrita; pues lo lógico sería no tener que recordar lo siguiente: Que el Derecho penal de autor significa sancionar porque el sujeto «da» (o encaja en) un tipo de delincuente determinado, un tipo de autor, con independencia de si ha realizado o no un hecho, un tipo delictivo concreto; mientras que aquí se está discutiendo si en un tipo (objetivo) de delito de resultado, es decir, dentro de un hecho concreto, es previa la imputación objetiva del resultado o, por el contrario, la determinación de si la conducta (la acción: Derecho penal del hecho) es de autoría o de participación. Y naturalmente que ya desde la fase inicial de ejecución una conducta, por su modo de influir —determinando o sólo favoreciendo— en el curso causal, puede ser de autoría o de simple participación: en la tentativa (en sentido amplio) si luego no hay resultado desvalorado o si no hay imputación objetiva del mismo, o en el delito consumado en caso afirmativo —por operar sólo con algunos ejemplos en delitos dolosos—. Es decir, que se es o no autor dependiendo de a forma de actuación (que precede a las cualidades del resultado y de su causación); lo cual por supuesto que *no tiene nada que ver —sino que es precisamente contradictorio— con el Derecho penal de autor*, que presupondría que el sujeto fuera o no autor con independencia de su acción y de la forma de la misma.

(9) Así, *Díaz y G. Conlledo*, La autoría y sus clases (tesis), 1989, Cap. III, Secc. 1.<sup>a</sup> 7 b 1.

es impune, o porque resulte que la mera participación imprudente incluso en hecho punible es siempre impune.

2. A continuación voy a exponer muy someramente algunas consideraciones generales sobre el criterio delimitador de la autoría tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes puramente de causación o de resultado:

A pesar de sus insuficiencias, imprecisiones y otras cuestiones discutibles, tanto las teorías objetivo-formales como las objetivo-materiales de la autoría contienen un núcleo de verdad: las objetivo-materiales la idea de que no toda condición del resultado puede ser jurídicamente autoría, y la teoría objetivo-formal (prescindiendo ahora de las variantes que se conforman con cualquier acto de «ejecución» como concepto más amplio que el de la comisión de los actos típicos) (10), la concepción de que sólo puede ser autor quien realice el tipo. Pero lo que hay que precisar —pues la teoría objetivo-formal no lo hace— es el concepto de realización del tipo en los delitos puros de resultado, en los que la ley no describe las modalidades tipificadas de acción de entre las posibles conductas que contribuyan causalmente a la producción del resultado.

La teoría dominante estima que el criterio para concretar el concepto de realización del tipo en los delitos de resultado es el dominio de hecho, pero también considera que el dominio del hecho requiere componentes subjetivos, concretamente la dirección final o, según otros, al menos la dirección consciente (11), y que por eso el dominio del hecho no puede desempeñar papel alguno en los hechos imprudentes (o, para quienes sólo exigen dirección «consciente», en los casos de imprudencia inconsciente, que son la mayoría) (12). Frente a esto se puede argumentar de dos maneras:

a) Una primera posibilidad de réplica sería mantener, en el mismo sentido que yo mismo he hecho en mi artículo anterior (13), que existe —*también en los delitos dolosos*— un dominio objetivo o control objetivo del hecho, que concurrirá con independencia de la voluntad del agente si la conducta está objetivamente en condiciones de domi-

(10) Crítica y certeneramente sobre las variantes de las teorías objetivo-formales y objetivo-materiales vid. *Díaz y García Conlledo*, La autoría y sus clases (tesis), 1989, Cap. III, Seccs. 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>. Cfr. tb. *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1.<sup>a</sup>, 1963 (4.<sup>a</sup>, 1984), pp. 34 ss.; *Gimbernat*, Autor y cómplice en DP, 1966, pp. 19 ss., 115 ss.

(11) Cfr. con indicaciones bibliográficas: *Gimbernat*, Autor y cómplice, 1966, pp. 124 ss.; tb., pero críticamente, *Díaz y G. Conlledo*, La autoría y sus clases, 1989, Cap. III, Secc. 3.<sup>a</sup> 3 a.

(12) Cfr. *Roxin*, Täterschaft, 4.<sup>a</sup>, 1984, p. 316; y en el Cap. 11 de la 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> ed., 1963 y 1967, sobre autoría y participación en delitos imprudentes (suprimido desde la 3.<sup>a</sup> ed., 1975), cfr. pp. 551 s.: el criterio del dominio del hecho sería conceptualmente posible en la imprudencia consciente, pero es inadecuado, pues la autoría en delitos imprudentes se rige por el principio de la infracción del deber; similar, aunque sin concebir los delitos imprudentes como de infracción de deber, en: *Leipziger Kommentar*, 10.<sup>a</sup>, 1985, § 25 156.

(13) *Luzón Peña*, RDCir 1984, pp. 278 ss.; DPCir, 1985, pp. 95 ss.

nar, controlar o determinar el curso de los acontecimientos hacia el resultado y (precisión que añado a la fórmula que utilizaba en aquel artículo) (14) efectivamente lo hace. A ello se le añade entonces la voluntad consciente del autor de dirigir o configurar finalmente el curso causal. Pues bien, también en un comportamiento imprudente podrá concurrir o no ese control o «dominio objetivo, fáctico del hecho» (por emplear la fórmula usada en ciertos supuestos por *Maurach/Gössel*) (15).

b) Pero también se puede sostener la opinión de que lingüísticamente —o incluso conceptualmente— la palabra «dominio del hecho» requiere una actuación de dirección querida, para llegar a ser realmente «dueño del hecho», y que lo mismo sucede con el vocablo «control». Y en efecto, esa dificultad lingüística para conciliar conceptos como dominio, control o dirección con la falta de conocimiento y voluntad es lo que constituye la base del usual acuerdo en considerar el dominio del hecho como categoría concebida por supuesto como final y subjetivo-objetiva (no faltando incluso diversas opiniones que la conciben en sentido exclusivamente o predominantemente subjetivo). En el uso del lenguaje no son usuales conceptos tales como control objetivo o dominio objetivo del hecho, pues sólo pueden ser empleados en sentido translativo y por extensión. Si esto es así, aunque no sea imposible su uso, quizá sea preferible renunciar a hablar de «dominio objetivo del hecho» como criterio de la autoría imprudente (como, en cambio, proponía en mi artículo anterior) (16), para evitar un rechazo basado en las costumbres y hábitos idiomáticos. Y en lugar de ello puede resultar más aconsejable precisar y destacar la *base objetiva del dominio del hecho* como característica objetiva de la situación y de la conducta que permite —como regla, y al margen de posibles excepciones, en las que aquí no se puede entrar— apreciar autoría, y no simple participación, en el *delito imprudente*; pero también como característica fáctica que tiene que concurrir además de la voluntad consciente en los *delitos dolosos* para que pueda haber auténtico dominio (positivo) del hecho y, por tanto, autoría.

Pues, aun admitiendo que en el uso normal del lenguaje sólo se

(14) Cfr. *Luzón*, RDCir 1984, p. 278; DPCir, 1985, p. 95.

(15) Tal fórmula es utilizada para caracterizar la figura de la autoría imprudente correlativa a la autoría mediata en delitos dolosos: encuadrando su estudio hasta la 6.ª ed. (*Maurach/Gössel*, *Strafrecht AT-2*, 1984, pp. 96 ss.) dentro del tipo del delito imprudente, mientras que en la 7.ª ed. (*AT-2*, 1989, p. 252) lo trata ya dentro de la autoría, junto a las otras formas de autoría imprudente unipersonal o accesorias. Por cierto, que, para éstas, hasta la 6.ª ed. (1984, pp. 213 s.) se utilizaba el criterio del «dominio potencial del hecho», pero en la 7.ª ed. (1989, p. 251) lo sustituye por el de la «dominabilidad».

Pese a las dificultades lingüísticas que a continuación expongo en el texto —y que también tiene en cuenta—, *Díaz y G. Conlledo*, *La autoría y sus clases* (tesis), 1989, Cap. III, Secc. 3.ª, 3 a, no ve obstáculos decisivos para afirmar la existencia de un «dominio objetivo del hecho».

(16) Cit. en n. 13.

habla de dominar, controlar o decidir el acontecer o el curso del hecho si hay voluntad consciente, sin embargo, tales conceptos no son puramente subjetivos, sino objetivo-subjetivos; es decir, necesariamente hay una cualidad en la acción que permite hablar de control o dominio cuando se le añade la consciencia y voluntad, ya que, por mucho que alguien quiera que se produzca el resultado y quiera contribuir a ello o incluso quiera dominar, controlar o dirigir el acontecimiento, no será autor si realmente no domina o controla el hecho (17).

Esta cualidad de la acción o característica fáctica de la autoría (en los delitos de resultado), es, a mi juicio, la «*determinación objetiva*» del hecho (18), o sea, del acontecer típico, del curso causal, de la producción del resultado. Ahí se encuentra el sustrato o base objetiva de la autoría, es decir, de la auténtica realización del hecho típico, tanto en el delito doloso como en el imprudente. En el delito doloso ese sustrato pasa a denominarse dominio del hecho cuando al mismo se le añade una decisión y dirección consciente y final. Pero igualmente en el delito imprudente la autoría requiere la misma realización objetiva del hecho típico —y no sólo contribución a la misma—, por lo que sólo es autor imprudente aquel cuya conducta determine objetivamente (y positivamente) la producción del resultado. Y ello implica que tal conducta, consciente o inconscientemente, de hecho

---

(17) Siguiéndome, *Díaz y G. Conlledo*, La autoría y sus clases (tesis), 1989, Cap. III, Secc. 3.<sup>a</sup> 6 c. Similar ya *Gimbernát*, Autor y cómplice, 1966, p. 126 (aunque no habla de querer dominar, sino de querer el hecho como propio, como autor): «el que no es titular del dominio del hecho, aunque se ponga que se ponga, aunque tenga voluntad de autor, aunque quiera el hecho como propio, no por ello entra en posesión del dominio que antes no tenía».

(18) Se adhiere a este criterio que propongo *Díaz y G. Conlledo*, cit., Cap. III, Secc. 1.<sup>a</sup> 8 b, 9 b, Secc. 3.<sup>a</sup> 6 c2, 8. En la doctrina ha habido varios autores que han hablado de «determinación» o «determinar» el acontecimiento para explicar la autoría o el dominio del hecho, pero sin utilizarlo como criterio decisivo. Así, por ejemplo, v. *Weber*, Grundriß des Deutschen Strafrechts, 1948, p. 65: aunque con un previo matiz subjetivista («el autor se concibe a si mismo... como ejecutor»), añade que el autor «determina (*bestimmt*) el si y el cómo de la comisión»; *Maurach/Gössel*, AT-2, 1989, p. 252, al explicar el dominio fáctico del hecho que objetivamente concurre en la forma de autoría imprudente con «cuasiinstrumento» correlativa a la autoría mediata dolosa, dice que el «cuasiinstrumento» es quien es «objetivamente determinado (*objektiv bestimmt wird*) en su comportamiento por el primer actuante»; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allg. Strafrechtslehre, 1988, p. 308: el autor, solo o dividiendo el trabajo con otros, «determina (*bestimmt*) el “si” y el “cómo” de la realización»; y en pp. 328 s. (citando su trabajo: Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht, JuS 1974, p. 705), dice que el autor imprudente, como sujeto controlador (*Steuerungssubjekt*) del contenido social de sentido del tipo, se diferencia del autor doloso en que no hay «determinación (*Determinierung*) consciente de un curso causal». Desde otro lugar sistemático de la estructura del delito —el de la acción y, por derivación, el del dolo— el finalismo ha aludido a la misma base objetiva al definir la finalidad como «supradeterminación» (*Überdetermination*) final del curso causal: cfr. p. ej., *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11.<sup>a</sup>, 1969, p. 33: el sujeto puede controlar sus actos de modo que «guía el suceso causal externo hacia una meta y así lo supradetermina finalmente (*final überdeterminiert*)»; igual p. 34; p. 36: la finalidad como «forma o modo de determinación» (*Determinationsweise*) «vidente» a diferencia de la causalidad «ciega».

marca o configura decisivamente y sin dejar libre capacidad de respuesta (19) el curso del acontecer típico (el curso causal), fija el si y el cómo del mismo (20), e impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección, concretamente hacia la producción del resultado. Esta determinación positiva del acontecimiento es, como se ve, distinta y más que el mero «poder o capacidad de impedir o contener» el curso del hecho, no ya con una actividad positiva, sino con la simple pasividad, poder que algunos consideran suficiente para la autoría (21), pero que no es más que dominio potencial negativo o, más simplemente, «dominio negativo» (22), característico de una for-

(19) Por haber fuerza, amenaza, subordinación o inferioridad, etc., pero también, p. ej., por haber error en el agente directo. Por tanto, sólo por extensión podría utilizarse más abreviadamente la expresión: marcar o configurar decisiva y «obligadamente» (o «coactiva», «necesariamente» o similares) el curso causal. Pero lo que en cualquier caso quiero poner de relieve es que «determinación del hecho» se utiliza siempre en el sentido de determinar o fijar forzosa, no libremente el curso del acontecimiento, es decir, en el mismo sentido que se habla de «determinismo» y nunca en el sentido de determinar por convicción o persuasión a otro, que decide consciente y libremente, al hecho (es decir, en el sentido de la fórmula que, por ejemplo, emplea el § 26 del StGB alemán para describir la inducción).

(20) Así, *Von Weber*, Grundriß, 1948, p. 65, aunque desde una perspectiva subjetivista, dice que el autor «determina el si y el cómo de la comisión»; *Otto*, Grundkurs, 1988, p. 308: el autor «determina el “si” y el “cómo” de la realización del tipo». Ya *Welzel*, Studien zum System de Strafrechts, ZStW 58, 1939, p. 539, dice que es autor quien consciente del fin configura el hecho «en su propia existencia (estar ahí: *Dasein*) y en su ser-así».

(21) Así, *Roxin*, Täterschaft, 4.<sup>a</sup>, 1984, p. 311; pues en pp. 310-313 critica por los malentendidos que puede generar la fórmula de *Maurach* (Deutsches Strafrecht, AT, 2.<sup>a</sup>, 1958, p. 492) de que dueño del hecho es quien según su voluntad podría dejar correr o impedir (controlar) el acontecimiento; en p. 311, *Roxin* advierte que el criterio correcto del poder de impedir no puede entenderse en el sentido de que es coautor todo el que con su intervención activa obstaculizadora podría hacer fracasar el hecho, «pues eso también lo puede lograr en la mayoría de los casos el cooperador o el inductor, p. ej., avisando a la Policía». Pero hay que añadir que esa misma capacidad de impedir activamente la pueden tener, no sólo los partícipes, sino los extraños conocedores del hecho o de su preparación.

(22) Ya en mi anterior trabajo sobre autoría imprudente (RDCir 1984, p. 278; DPCir, 1985, p. 95) he rechazado expresamente el dominio negativo del hecho. Tb. lo rechaza tajantemente *Díaz* y *García Conlledo*, La autoría (tesis), 1989, Cap. III, Secc. 3.<sup>a</sup>, 2, 4 c3, 5. Aparte de la fórmula cit. en la n. 21, correspondiente a la 2.<sup>a</sup> ed., en la 4.<sup>a</sup> (y última) ed. de *Maurach*, AT, 1971, p. 627, se maneja otra fórmula de dominio del hecho que sigue siendo potencial-negativo: situación real de, según su voluntad, poder dejar correr, contener o interrumpir la realización del tipo; igual (pero hablando de realización del resultado total) *Maurach/Gössel*, AT-2, 7.<sup>a</sup>, 1989, p. 247. Para los delitos imprudentes, algunos autores sostienen que el criterio de la autoría es un dominio posible o potencial, pero negativo (posibilidad de impedir —no de producir— el resultado). Así, *Stratenwerth*, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, en: Festschrift f. Eb. Schmidt, 1961, pp. 390 s.: la «dominabilidad», entendida como previsibilidad y evitabilidad, que marca el límite del ámbito primario de responsabilidad; *Maurach/Gössel*, AT-2, hasta la 6.<sup>a</sup> ed., 1984, p. 213, sostiene que el «dominio potencial del hecho», de la actuación imprudente de menoscabo de bienes jurídicos dominable y evitable, sólo la tiene «quien podría haber controlado su conducta de tal modo que no se hubiera producido el menoscabo del bien jurídico» (si bien puede tener tal dominio potencial cualquier cooperación al menoscabo, por lo que en p. 214 sostiene un concepto extensivo, unitario de autoría imprudente, en cierta contradicción con las

ma de simple participación como la cooperación necesaria (23). Y el criterio de la determinación positiva y objetiva del hecho es asimismo distinto y más que el mero «dominio posible» positivo, como posibilidad de dominar el hecho para producir el resultado típico, pero que no llegaría a «potencialidad» (germen) porque no requeriría un poder o capacidad especial en el sujeto —cuyo criterio desde luego es insuficiente para la autoría, dolosa o incluso imprudente, ya que en muchos casos les cabría tal posibilidad a simples partícipes e incluso a extraños presentes—; pero también es más que un «dominio potencial» positivo del hecho que ciertamente suponga condiciones o situación del poder o capacidad de dirigir o dominar el acontecimiento hacia el resultado, pero que efectivamente no llegue a determinar o configurar el hecho —y que por lo mismo es también insuficiente para la autoría, pues no basta la capacidad si no se ejercita— (24).

---

restricciones que antes en p. 96 ha hecho para el dominio fáctico objetivo del hecho imprudente, que no reconoce si sólo se provoca una acción libre y responsable de otro que menoscaba el bien jurídico); en AT-2, 7.ª ed., 1984, p. 251, sustituye el concepto de dominio potencial por el de «dominabilidad», siguiendo a *Bloy*, Die Beteiligungensform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, p. 143, cuando habla para la imprudencia de actuar en una situación de peligro dominable (pero ver *infra* n. 24). El dato de que en el hecho imprudente el sujeto no quiere producir el resultado es lo que explica la tendencia frecuente a formular el dominio potencial, no de modo positivo: el sujeto podría si quisiera dirigir conscientemente el curso hacia el resultado, sino negativo: el sujeto podría, si en vez de imprudentemente actuara (y aquí no se dice: dolosamente, sino) diligentemente, evitar, impedir la producción del resultado. Ese mismo mecanismo psicológico (puestos a sustituir una acción real, la imprudente, por una hipotética posible de otro sentido, sin embargo, se da por inmodificable la falta de voluntad de causar el resultado) es lo que explica que, cuando *Welzel* caracterizaba el hecho imprudente mediante la «finalidad potencial» —ver *supra* n. 5—, no lo describiera como actuación en tales condiciones que podían permitir la finalidad real de controlar la causación hacia el resultado, sino precisamente como causación *evitable* mediante la finalidad posible (de impedir por todos los medios el resultado), es decir, tb. se trataba de una finalidad potencial *negativa*.

(23) Sin embargo, una opinión doctrinal muy extendida considera como coautoría basada en el criterio del llamado «dominio funcional del hecho» —propuesto inicialmente por *Roxin*, Täterschaft, 1963 (4.ª, 1984), pp. 282 ss., aunque con exigencias más restrictivas que muchos otros autores— múltiples supuestos que realmente sólo son de cooperación necesaria, porque se conforma con el dominio «negativo» del hecho y considera que basta que la aportación del interviniente (aunque algunos restringen a la actualizada en la fase ejecutiva) sea tan esencial que su ausencia hubiera impedido el hecho. Cfr. una detenida y acertada exposición totalmente crítica de esa posición en *Díaz y G.ª Conlledo*, La autoría (tesis), 1989, Cap. III, Secc. 3.ª 4 c3, 7c.

(24) Sin embargo, algunas posiciones se conforman con tal dominio posible del hecho, o con dominio potencial (pero) objetivamente no puesto en práctica. En el primer sentido, *H. Bruns*, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932, pp. 72 ss.: «posibilidad de dominio de hecho» inherente a la acción tanto en delitos dolosos como en los imprudentes, entendida como adecuación o idoneidad general de la acción para provocar resultados de esa clase; junto a otras definiciones como dominio potencial negativo (expuestas *supra* en n. 21 y 22), tb. dan una caracterización como dominio posible positivo *Maurach*, AT 4.ª, 1971, p. 627: dominio doloso como «la posibilidad, conocida por el agente, de control (o dirección) final configurador del tipo», y *Maurach/Gössel*, AT-2, 7.ª, 1989, p. 248: «la posibilidad fáctica de tener en todo momento el control (o dirección) configurador del tipo». En el segundo sentido, por un dominio potencial positivo (pero no puesto en práctica), *Niese*, Die finale Handlungslehre und



Solamente, como luego veremos, se puede admitir como criterio de la autoría imprudente un dominio potencial (positivo) del hecho en el sentido de que haya una real y efectiva determinación objetiva del acontecimiento típico, con potencialidad, pues, para dirigirlo y dominarlo voluntariamente si hubiera dolo (lo cual a veces podría proporcionar además mayor eficacia y rapidez en la producción del resultado), es decir, para transformarse en auténtico «dominio» final del hecho.

Por otra parte, el que un comportamiento incluso inconsciente puede determinar positiva y objetivamente el curso del hecho lo confirma el que, aunque ciertamente sólo se habla de tomar o adoptar una decisión cuando se decide conscientemente, en cambio es perfectamente admisible y usual hablar de «decidir» una situación o el curso de los acontecimientos queriendo o sin querer, conscientemente o incluso sin darse cuenta, y hasta sucede que a veces lo que «decide» o es «decisivo» es, no ya una conducta humana, sino la intervención de un ser irracional o un fenómeno de la naturaleza.

3. En caso de dolo, al ser imprescindible la determinación objetiva y positiva del curso causal para que haya dominio del hecho, por mucho que el sujeto quiera dirigir, controlar o dominar el hecho, si objetivamente no lo hace (no lo logra), su conducta será sólo *tentativa* (inidónea o idónea según que a priori no estuviera en condiciones o que sólo fracase posteriormente) de autoría, es decir, de realización de la conducta típica.

Pero, a la inversa, hay que hacer la siguiente aclaración o salvedad a la idea inicial de que la determinación objetiva del acontecer típico es la misma con dolo o sin él: Ello puede suceder en cursos

---

ihre praktische Bedeutung, DRiZ 1952, p. 21 ss. (23): autor es, además de quien realiza el tipo de propia mano, quien tiene dominio del hecho o «poder o fuerza capaz del hecho» (*Tatmacht*), o sea, quien, aunque no lo haga, estaría en situación física o técnica de realizarlo de propia mano si quisiera, pues es capaz (*mächtig*) de control final de la causalidad en el mundo externo empleando los medios elegidos; *Franzheim*, Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, 1961, pp. 38 s.: en los delitos omisivos e imprudentes (conscientes) basta el «dominio potencial» del hecho, como «potencial poder o fuerza capaz del hecho» (*potentielle Tatmacht*), con posibilidad de dirigir el hecho; *Bloy*, Die Beteiligungsform, 1985, pp. 137 s., 142-146, 227: en los delitos imprudentes la autoría requiere dominabilidad, que no es sólo previsibilidad, evitabilidad o posibilidad de control negativo, sino (p. 142) la posibilidad de control positivo, con poder o fuerza sobre el hecho (*tatmächtig*) para provocar el resultado, y (p. 143), si no, hay mera participación imprudente impune, pero añade, negando ese resultado, que entonces se podría castigar al sujeto garante como autor de delito imprudente mediante omisión, y (pp. 143 s.) que en ese caso basta la dominabilidad de un objeto peligroso o de una fuente de peligro como posibilidad de impedir el resultado; además, *Bloy* se contradice con su exigencia de dominabilidad positiva al afirmar en p. 142 que en el delito imprudente comisivo el deber de cuidado «ha de ser siempre un deber de dominar el suceso provocador del resultado»: pues ahí «deber de dominar» significa, sin duda, deber de evitar o impedir. Critican esos criterios *Roxin*, Täterschaft, 1963, pp. 62, 313 s., 554, 556; *Díaz y G.ª Conlledo*, La autoría (tesis), 1989, Cap. III, Secc. 3.ª 2, 5.

causales instantáneos o muy rápidos, pero será tanto menos frecuente si son prolongados. Pues naturalmente que en ellos, si hay dolo —en vez de imprudencia o caso fortuito—, hay más posibilidades de determinar objetivamente el curso causal; porque el sujeto está preparado para cualquier eventualidad o modificación del curso de los acontecimientos y para contrarrestarlo (como, en general, el dolo suele ser objetivamente más peligroso que la imprudencia); o porque el simple hecho de que el sujeto pasivo sepa que el autor sabe y quiere —dolo— ya puede ser más eficaz sobre la voluntad de aquél para que ceda o no intente evitar o escapar a la lesión del bien jurídico: piénsese en unas coacciones o amenazas —dolosas— con un arma de fuego a quienes pretendan pasar por una calle que unos matones ocupan como suya, y compárese con el caso de que el sujeto armado que charla con otro a la entrada de la calle, estando ostensiblemente distraído, no sea consciente de que unos transeúntes lo ven y se pueden atemorizar ante su presencia y dudar si pasar o no.

4. En la imprudencia caben las mismas clases de autoría que en el dolo (25); en cualquier caso, la conducta del sujeto ha de determinar (o co-determinar) objetivamente la producción del resultado. Ello sucede en primer lugar cuando su acción sin ninguna intervención ulterior de terceros determina fácticamente el curso causal del suceso hacia la producción o aparición del resultado, y ello a su vez, o bien bajo permanente influencia o configuración objetiva (lo que se llamaría control en caso de voluntad consciente) del decurso causal por parte del agente, o provocando la eficacia autónoma del curso causal, es decir, la realización del peligro: autoría directa o unipersonal imprudente. En segundo lugar, la conducta del primer agente imprudente puede determinar objetivamente la acción de otro que a su vez determine la producción del resultado, porque la segunda acción suponga una consecuencia necesaria o que deba esperarse con seguridad de la primera o porque no se base en una decisión libre, responsable y consciente; es decir, porque en caso de dolo la primera acción habría determinado y además dominado finalmente la segunda y, con ello, el suceso: autoría mediata (imprudente). Y finalmente puede suceder que sólo varias acciones unidas determinen objetivamente el acontecer típico: coautoría imprudente si hay acuerdo en la actuación des-

---

(25) Tb. *Roxin* distinguía autoría directa, coautoría y autoría mediata imprudente, pero siempre desde el punto de vista de la «infracción del deber» en la 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> eds. de *Täterschaft* (1963, 1967), pp. 527-544, y en pp. 551 ss. exponía, criticándolas, otras formas de fundamentar mediante el dominio real o potencial del hecho la autoría imprudente. *Otto*, *Grundkurs* (Allg.), 1988, pp. 328 s., remitiéndose a su trabajo en *JuS* 1974, pp. 702 ss., propone diferenciar la simple e impune participación imprudente de los casos de autoría imprudente, mencionando supuestos de coautoría imprudente por ámbitos de responsabilidad compartida. *Maurach/Gössel*, *AT-2*, 7.<sup>a</sup>, 1989, p. 251, sostiene en principio que en delitos imprudentes sólo hay autoría unipersonal o accesoria, y no coautoría, pero en p. 252 admite una figura correlativa a la autoría mediata dolosa, hablando de «cuasi-instrumento».

cuidada; o, si no lo hay, autoría accesoria imprudente (o concurrencia de culpas) (26).

En estos supuestos, dada la base objetiva común con la autoría dolosa y para destacar la estrecha vinculación del criterio delimitador de la autoría imprudente con el de la dolosa, puede ser conveniente mantener el concepto —que ya empleé en el anterior trabajo— de «*dominio potencial del hecho*» (27), pero como fórmula adicional explicativa del criterio de la determinación objetiva del curso causal provocador del resultado y de que la misma es susceptible, capaz de transformarse an auténtico dominio del hecho en caso de dolo. Es decir, que no se habla de dominio «potencial» en el sentido de una mera posibilidad —ejercitada o no— de dominar el hecho, sino en el sentido de una determinación objetiva y positiva del suceso, realmente puesta en práctica y que además, podría (tendría la potencialidad de), si el agente tuviera dolo, convertirse en dominación final del hecho en sentido propio. Por tanto, se trata, sobre todo, de una *fórmula heurística* y auxiliar para precisar en casos dudosos cuándo se puede afirmar que una conducta imprudente determina objetiva-

---

(26) Respecto de la autoría accesoria imprudente hay que formular las siguientes precisiones: Primero, que es una, pero no la única forma de concurrencia de culpas, puesto que puede haber casos de culpas concurrentes que no sean todas (co)determinantes de la producción del resultado y, por tanto, no sean todas constitutivas de autoría (accesoria) imprudente, sino que alguna determine objetivamente (y positivamente) el curso del hecho —autoría—, mientras que otra u otras sólo favorezcan y sean por ello participación objetiva imprudente, que es impune: cfr. *Luzón Peña*, Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes, RDCir 1978, p. 390; DPCir, 1985, p. 79. Pero una vez superado el primer filtro que supone afirmar la autoría, ello todavía no implica la responsabilidad penal, pues ésta, dependerá de si hay o no imputación objetiva del resultado a cada una de las conductas imprudentes (de autoría accesoria) concurrentes. Pues a veces faltará la imputación objetiva porque el resultado producido y (co)determinado por la conducta imprudente no sea, sin embargo, adecuado —objetivamente previsible— respecto de la misma o no encaje en el ámbito o fin de protección de la norma de cuidado infringida por aquella conducta (por no suponer la realización del riesgo inherente o típico de la acción inicial o por otras razones); cfr. indicaciones al respecto ya en *Luzón Peña*, RDCir 1978, p. 389; DPCir, 1985, p. 78. Ahora bien, así como en los casos de autoría accesoria dolosa, el resultado no es objetivamente imputable a la acción dolosa —y por eso no hay delito doloso consumado, sino, al haber un error inverso, tentativa imposible—, pero podrían darse casos excepcionales en los que, dadas las circunstancias concretas, hubiera un riesgo previsible de que pudiera sumarse otra acción similar independiente y completar en su caso los efectos de la primera, es decir, en los que la acción pudiera considerarse simultáneamente imprudente (en concurso ideal con la tentativa inidónea dolosa) respecto de la concreta forma de producción del resultado, objetivamente imputable, con mucha mayor frecuencia podrán presentarse supuestos de autoría accesoria imprudente a los que si les sea objetivamente imputable el resultado, por ser adecuada su producción y suponer la realización de un riesgo inherente a aquélla y que la norma pretendía evitar. Sin embargo, ello no obsta para que la otra culpa concurrente pueda influir a veces en el grado de imprudencia de la primera conducta degradándolo, como reiteradamente admite la jurisprudencia española: cfr. *Luzón Peña*, RDCir 1975, pp. 346 ss., 1978, pp. 140 s., 1978, pp. 387 ss.; DPCir, 1985, pp. 53 ss., 63 ss., 73 ss.

(27) *Luzón*, RDCir 1984, pp. 278, 281; DPCir, 1985, pp. 95, 103.

mente el hecho: cuando la acción de intervención en el hecho esté configurada de tal manera que en caso de dolo habría habido dominio final de hecho.

O sea, y resumidamente: propongo hablar de dominio potencial (como criterio auxiliar para precisar la autoría imprudente) en el sentido de que sólo le falta el dolo para ser auténtico dominio, pero que hay determinación objetiva real (no potencial) del hecho. En una fórmula: determinación objetiva + dolo = dominio del hecho; determinación objetiva (sin dolo) = dominio potencial del hecho.

5. De todos modos, y una vez sentado ese principio, al igual que hemos visto como excepción que en ciertos supuestos la propia presencia del dolo puede ser más eficaz que la imprudencia para determinar objetivamente el acontecer típico, hay que dejar abierta la posibilidad de que la propia naturaleza de la determinación meramente objetiva del hecho en caso de imprudencia (dominio potencial en el sentido últimamente expuesto), en comparación con la del dominio voluntario del hecho propio del dolo, pueda conducir, al menos en algunos casos, a un concepto de autoría para los delitos culposos más amplio (28) —o más restringido— que el de los delitos dolosos de resultado. Sólo una investigación más exhaustiva y que examine a fondo los diversos grupos de casos permitirá acabar de precisar el alcance del criterio de la determinación objetiva del hecho en supuestos culposos y resolver tales interrogantes.

Una segunda cuestión que hay que dejar planteada y que precisaría de una investigación detallada es la posibilidad de que en algunos ámbitos especiales —por ejemplo, para ciertas autoridades, funcionarios o profesionales responsables de servicios o de equipos— haya otros casos de autoría en delitos puros de resultado además de los de determinación objetiva del hecho, concretamente los de infracción de un deber especial. Se trataría, así pues, de la *posibilidad* de que en ciertos supuestos, *para sujetos concretos*, los delitos imprudentes funcionen como *delitos de infracción de un deber*. Lo cual requeriría que de una particular norma extrapenal se dedujera inequívocamente que un concreto deber de diligencia le corresponde tan especialmente y en primer plano a un determinado sujeto que cualquier infracción de ese deber (activa o pasiva, determinante o no del curso causal) por su parte ya supondría la realización del tipo y consiguientemente implicaría su responsabilidad como autor (29). Y esto supondría, a su vez, primero, que la estructura del tipo penal resultativo imprudente permitiera tal subsunción, y segundo, que la norma extrapenal

(28) Posibilidad que ya planteé en RDCir 1984, p. 278; DPCir, 1985, p. 95.

(29) Es decir, que de ninguna manera se trataría de que todos los delitos imprudentes fueran delitos de infracción del deber (del deber general de diligencia), como sostuvo Roxin hasta la 2.ª ed. inclusive de su *Täterschaft* (1967, pp. 577 ss), sino de que para ciertos sujetos en posiciones de especial responsabilidad y como consecuencia de normas especiales de cuidado pudieran funcionar como tal. Ello sería perfectamente

previsora de especiales deberes de cuidado, a la que se remite tácitamente el tipo penal del delito imprudente, realmente quisiera que el infractor responda penalmente de todo resultado (incluso aunque su producción haya sido sólo favorecida, pero no determinada objetivamente, por la acción infractora del deber, o aunque ésta ni siquiera haya influido causalmente en el resultado), cuya evitación se pretendía por tal norma y le había sido especialmente encomendada a ese sujeto.

Si se confirmara la hipótesis aquí planteada de la existencia de algunos supuestos en que un determinado delito imprudente puro de resultado pudiera ser realizado como delito de infracción de deber (específico, no el general de diligencia), encontraría adecuada explicación la calificación como autores de daños, estragos, incendios, lesiones u homicidios imprudentes provocados directamente por otros también a las personas que por su cargo o posición deberían supervisar, inspeccionar, coordinar, etc., para evitar la producción de tales resultados; pero no sólo en casos de intervención defectuosa suya objetivamente determinante (mediante error, orden, etc.) de las de los otros, sino también en las intervenciones erróneas meramente favorecedoras, pero que no lleguen a determinar objetivamente la producción del hecho —por ejemplo, el consejo sin imposición ni presión o el asentimiento que da el responsable de seguridad de una empresa de transportes para una actividad imprudente, como llevar el camión con notable exceso de carga, que voluntariamente realiza el conductor—, e incluso en casos de pura omisión (del deber de vigilancia, inspección, etc.), que ni siquiera contribuyen causalmente a la producción del resultado, que se han limitado a no evitar —casi siempre inconscientemente—, por ejemplo, la no inspección y control por los correspondientes responsables municipales de las defectuosas condiciones de seguridad frente a incendios con que una empresa hace funcionar unos almacenes o un local abierto al público, condiciones que efectivamente provocan luego una catástrofe al producirse un incendio. Si fuera correcta tal figura del delito imprudente de infracción del deber para esos casos, podría justificarse el castigo de los mencionados responsables como autores, que nuestra jurisprudencia aprecia, sin mayor fundamentación, por la conocida —e incorrecta— vía de afirmar que hay un delito de imprudencia con resultado de muerte, lesiones o daños. Pero si no hubiera tal delito de infracción del deber, porque no estuviera claro que el alcance y finalidad de la norma extrapenal de cuidado fuera atribuir al infractor del deber la producción del resultado como si la hubiera ejecutado directa y únicamente

---

compatible con la posición de *Roxin* a partir de la 3.<sup>a</sup> ed. (1975, pp. 601 s.), en que abandona su anterior calificación, por aclarar ahora que los delitos de infracción de deber requieren la violación de deberes especiales extrapenales, no dirigidos a todas las personas.

él mismo, o porque se llegara a la conclusión de que la estructura del correspondiente tipo resultativo imprudente —matar, lesionar, etc. por culpa— no admite la realización como simple «delito de infracción del deber», entonces casos como los mencionados no llegarían a constituir autoría de los delitos imprudentes de resultado y, a no ser que las conductas encajaran en otros tipos, por ejemplo, de peligro o de omisión imprudente, sólo habría responsabilidades extrapenales.

6. En los casos en que una conducta imprudente favorezca o contribuya causalmente a la producción del resultado típico, pero sin llegar a determinar objetivamente el curso causal productor del resultado, el sujeto agente, por lo dicho, no es autor (prescindiendo ahora de la posibilidad o no de serlo en algún caso por la mera infracción de un deber especial), sino simple partícipe imprudente impune. Su conducta será, si hay acuerdo o conjunción con otro o al menos es consciente del posible favorecimiento de la acción determinante de la producción del hecho, de participación imprudente en sentido propio o subjetivo (cooperación o inducción imprudentes), y en caso de simple concurrencia no consciente ni buscada con otra conducta determinante, de participación imprudente objetiva o en sentido amplio. En ambos casos, y por las razones que he expuesto detenidamente en otro trabajo (30), la mera participación culposa es impune, pues el Código sólo prevé el castigo de la participación dolosa, y tal conducta imprudente podrá a lo sumo dar lugar a responsabilidad civil o administrativa —salvo que simultáneamente pudiera constituir participación dolosa (al menos eventual) en un delito de peligro—, lo que además, dado el carácter fragmentario y de *ultima ratio* de la responsabilidad penal, puede considerarse en general una solución políticocriminal adecuada; y si en algún caso particular no se considera así por peculiaridades que hagan más peligrosa tal participación puede recurrirse a la tipificación como delito autónomo de esa figura de favorecimiento o participación culposa de determinada conducta.

a) Por mencionar sólo algunos ejemplos de participación imprudente impune: Hay incitación o inducción imprudente (sin determinación objetiva del hecho) a homicidio o lesiones imprudentes en el pasajero que azuza o anima al conductor a emprender un adelantamiento viniendo otro vehículo de frente a cierta distancia (lo que podría ser una imprudencia simple; mientras que si, por las circunstancias de proximidad o total falta de visibilidad, el adelantamiento fuera temerario, entonces la incitación, impune en cuanto participación culposa en delito culposo de resultado, sí podría ser punible como inducción dolosa al delito de peligro concreto de conducción temeraria del art. 340 bis a, 2.º. Como tampoco determina objetivamente la producción del resultado, hay simple cooperación imprudente con el

---

(30) Luzón Peña, RDCir 1984, pp. 279 ss.; DPCir, 1985, pp. 95 ss.

homicidio culposo que luego produce el conductor de un vehículo que no lo domina correctamente por influencia del alcohol, en la conducta de su amigo que previamente le había servido bebida alcohólica pese a saber que el otro iba luego a conducir (nuevamente aquí tal conducta podría ser punible como cooperación al —menos grave— delito de peligro abstracto de conducción bajo influencia de bebidas, pero sólo si la cooperación era dolosa, al menos eventual, es decir, si el sujeto es consciente y acepta la posibilidad de que la bebida llegue a producirle a su amigo un grado relevante de influencia y pese a ello fuera a conducir; de lo contrario, la cooperación culposa al delito de peligro también sería impune). O, por exponer un último ejemplo de participación imprudente en (autoría de) delito imprudente: En una intervención quirúrgica la enfermera, que no había revisado y preparado cuidadosamente el instrumental, se asusta al darse cuenta y le advierte al cirujano que alguno de los instrumentos de disección no está en perfectas condiciones, pese a lo cual aquél emprende la operación confiando en que ello no le supondrá problemas; sin embargo, debido precisamente al imperfecto estado de un bisturí provoca lesiones que afectan a un órgano del paciente. La intervención de la enfermera es de simple cooperación imprudente, pues no determina objetiva y forzosamente el curso de los acontecimientos, ya que no hay ignorancia, ni confusión, ni presión, ni subordinación de la acción imprudente que sí determina objetivamente el hecho de producción de la lesión, o sea, la del cirujano, que, por tanto, es el único autor de las lesiones imprudentes; ello se ve con más claridad aún si se transforma el caso suponiendo que hubiera dolo en ambos: la enfermera que, sabiéndolo, le da un instrumental en malas condiciones o sin previa asepsia al cirujano que quiere aprovecharse de ello para provocar lesiones al paciente, no sería autora mediata ni coautora (ni evidentemente autora directa) de las lesiones, sino sólo cooperadora —necesaria o no— del autor, incluso aunque, en caso de que estuviera presente durante la intervención, se la quisiera considerar cooperadora ejecutiva del art. 14, 1.º, por pretender —lo que es discutible— que tomaba parte directa en la ejecución (y por eso estaría equiparada en pena al autor, pero sin llegar a la coautoría, que también encaja en dicho precepto).

b) Por la misma razón son impunes los casos de mero favorecimiento imprudente de la autoría dolosa (con determinación y dominio) del hecho por un tercero. Pero no ya porque haya razones superiores y especiales para la impunidad, como sería invocar el cese de los deberes de diligencia cuando se interpone la acción dolosa de un tercero —lo que es muy discutible— o, como propone la teoría de la «prohibición de regreso» de *Frank*, estrechamente vinculada con las de la interrupción del nexo causal, por negar que haya autoría (o causalidad) cuando la causalidad no es transmitida física, sino psíquicamente, es decir, cuando entre el primer impulso causal y el re-

sultado aparece la acción causal dolosa de un tercero —fórmulas estas inexactas o incompletas— (31), sino por las mismas razones que cuando la autoría es imprudente, en vez de dolosa, es decir, porque la simple participación imprudente es impune.

Así debe resolverse, por ejemplo, el discutido «caso Vinader»: En el mismo, el periodista Vinader a fines de 1979 y comienzos de 1980 publicó en una revista de amplia difusión detallados informes sobre ciertos grupos antiterroristas que presuntamente habrían cometido delitos violentos contra miembros de la banda ETA, mencionando a los señores J y A como miembros de aquellos grupos radicales de ultraderecha y publicando sus fotografías y datos personales; algunos días después de la publicación de tales informes miembros desconocidos de ETA asesinaron primero a J y posteriormente a A. La sentencia de la Audiencia Nacional de 17-11-1981 condenó a Vinader como responsable de homicidio imprudente —imprudencia con muerte— por considerar que los asesinatos fueron consecuencia directa de la publicidad de los informes, y, rechazando el recurso contra la misma, la STS 29-1-1983 (32), niega que hubiera interrupción del curso causal por los asesinatos dolosos y se pronuncia igualmente contra la aplicabilidad de la teoría de la prohibición de regreso por entender que no podía apreciarse un acontecimiento extraño interruptor de la causalidad cuando la actuación anterior y las posteriores eran homogéneas y había un gran peligro y alta probabilidad de que otros recogieran la semilla sembrada y atentaran contra la vida, y consiguientemente confirmó la condena por imprudencia con resultado de muerte. En nuestra doctrina *Gimbernat* (33) se ha pronunciado en contra de tal calificación (concretamente frente a la S. Aud. Nac.) alegando que no podía haber homicidio culposo porque no estaba probada la relación de causalidad entre los informes de Vinader y las muertes, ya que, al no conocerse la identidad de los asesinos y sin su testimonio, no se podía saber si aquéllos habían leído los artículos y si fueron éstos o no los que les dieron la identidad de las víctimas o si ya la conocían.

Pues bien, posiblemente es correcto tal razonamiento sobre la no constancia cierta de la relación causal (34), pero no es decisivo para

---

(31) Cfr. críticamente sobre las teorías de la interrupción del nexo causal, la de la prohibición de regreso de *Frank* (últimamente en StGB, 18.<sup>a</sup>, 1931, II antes del § 47, pp. 103 ss., § 47 II, pp. 113 s.) y otras emparentadas, *Roxin*, Täterschaft, 1963 (1984, pp. 44 ss.; *Bloy*, Beteiligungsform, 1985, pp. 126 ss.; *Wehrle*, Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt—Regressverbot?, 1986, pp. 21 ss., 33 ss.; *Díaz y G.*<sup>a</sup> *Conlledo*, La autoría (tesis), 1989, Cap. III, Secc. 2.<sup>a</sup> 3c.

(32) A 702.

(33) Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del derecho a la libre expresión de las ideas, en: Libertad de expresión y DP, 1985, pp. 107 s.

(34) Sin embargo, hay que dejar abierta la posibilidad contraria. *Gimbernat*, cit., p. 108, reconoce que «ciertamente que el contenido de los artículos periodísticos y



la solución del caso. Pues aunque estuviera probada la relación de causalidad entre tales informes y las acciones productoras de las muertes, de todos modos hay que llegar siempre y de antemano a la conclusión de que la conducta imprudente del periodista —si efectivamente fue sólo imprudente— era impune: En efecto, aun suponiendo probada la relación causal (y la imprudencia), la conducta de Vinader con sus reportajes no determinó objetivamente —sin más y necesariamente— el curso causal productor de las muertes, sino que simplemente favoreció o incitó las conductas determinantes de tal curso causal, es decir, que *no mató* imprudentemente (35) y por tanto *no era autoría* de homicidios imprudentes (en concurso ideal), sino que, aun con influencia causal, sería *sólo participación culposa* impune: una provocación o incitación imprudente (36) de los únicos autores, los asesinos (o, en su caso, también de quienes les dieran la orden: como autores mediatos), que fueron quienes exclusivamente determinaron y, más aún, dolosamente dominaron la producción de ambos resultados de muerte. A no ser que en el periodista hubiera habido —cosa que las sentencias no plantearon— dolo, aunque fuera eventual, respecto de la nada improbable consecuencia de que mataran a las personas que él denunciaba; en tal caso podía haber en principio participación (dolosa) punible, concretamente incitación dolosa a asesinatos, que, si se considerara probada la relación causal, se castiga-

---

la proximidad temporal con que se produjeron las muertes hace aparecer como *muy probable* que fuera Vinader el que condicionó los asesinatos» (subrayado añadido), pero que cuando no es segura la presencia de un elemento típico como la relación causal, hay que aplicar el *in dubio pro reo*. Pero para decidir si esto es correcto o no, hay que resolver la cuestión general de si la elevada probabilidad de un hecho basta para que el Juez forme una convicción en conciencia sobre su presencia o si subsiste una duda razonable, sobre lo que aquí no puedo pronunciarme. De todos modos, en el caso había además otros datos que hacían más probable la relación causal: No se sabía si los autores individuales habían leído los reportajes, pero no se trataba de autores espontáneos, sino de miembros de una organización muy disciplinada, en la que no se suelen tomar iniciativas homicidas, sino obedecer órdenes, y es prácticamente inverosímil que ETA no conociera los reportajes de una revista de la máxima difusión; aún cabe la duda de si ETA no conocería previamente por otros medios la identidad de J y A, pero también cabe pensar que la confirmación con la enorme repercusión de los reportajes de Vinader pudiera haber constituido un dato adicional y decisivo para ETA para verse «obligada» (desde su perspectiva) a tomar represalias contra las personas públicamente denunciadas como enemigos mortales suyos, en cuyo caso habría una muy clara influencia causal entre los reportajes y los asesinatos.

(35) Así Gimbernat, cit. en n. 34, habla de que probablemente fuera V. quien «condicionó los asesinatos», pero evita decir que probablemente fuera V. quien por imprudencia «mató» a las dos personas; pues está claro que quienes mataron fueron los (co)autores directos dolosos, y que la conducta del periodista, aunque hubiera sido dolosa, sería de simple incitación —participación— a quienes mataron.

(36) Rodríguez Ramos, Protección y límites penales de la libertad de expresión, en: Repercusiones de la Constitución en el DP, Universidad Deusto, 1983, pp. 147 s., califica la conducta como «inducción o cooperación necesaria culposas en un delito doloso ajeno», pero sólo critica la infracción de la presunción de inocencia por no haber certeza de la eficacia causal de la información para los asesinatos.

ría como inducción indirecta —provocación seguida de efecto— según el art. 4, 3.º Y habiendo ya base para la responsabilidad, desde luego que no como autoría dolosa de asesinatos, pero sí como participación dolosa (consumada o preparada punible) en los mismos, habría que discutir entonces si tal conducta podría estar amparada o no por causas de justificación como el ejercicio legítimo del derecho a la información o el riesgo permitido.

c) Sin embargo, no debe olvidarse que en ocasiones las figuras de la coautoría imprudente y, sobre todo, de la autoría mediata imprudente pueden desplazar lo que a primera vista no serían más que actos de participación culposa en la autoría ajena de un hecho imprudente. Se trata de casos en que en principio el primer actuante se limita a provocar o incitar por error o negligentemente a un segundo a que lleve a cabo una acción defectuosa (y cuyo carácter debiera haber reconocido y evitado este segundo), que directamente o a su vez mediatamente determina el curso causal productor del resultado.

Pero puede haber autoría mediata imprudente en el primero, que determine objetivamente (y no sólo facilite o promueva) la actuación imprudente del segundo, que en ese sentido objetivamente obra como «instrumento» de la primera acción, no sólo cuando la primera conducta culposa fuerce o provoque falta de responsabilidad en la actuación del segundo (37), sino también, p. ej., cuando la primera conducta negligente, por proceder de alguien con especial obligación o competencia o con una posición de superioridad, provoque error o suponga presión u orden para el ejecutor que a su vez omita la prudencia debida. Piénsese sólo en el supuesto de que un ingeniero industrial diseñara una determinada maquinaria con fallos en el sistema de funcionamiento, o de sustentación o anclaje, que hicieran peligroso su funcionamiento posterior y, pese a que los defectos deberían haber sido reconocidos por los mecánicos cualificados encargados del montaje de la maquinaria, éstos no lo noten, confiados en la competencia del ingeniero, o se sientan presionados y no se atrevan a manifestar sus dudas, confiando finalmente en que no pase nada, por lo que efectúan la instalación de la maquinaria, que, al entrar en funcionamiento, provoca un accidente. En tales supuestos sería erróneo calificar sólo de cooperación o incitación imprudente la conducta del primer sujeto, puesto que entra en juego la responsabilidad por autoría mediata culposa.

Ejemplos de coautoría imprudente pueden darse incluso en supuestos de imprudencia consciente por parte del que ejecuta u ordena ejecutar la acción determinante del resultado, pero en los que la primera acción, que aparentemente sólo colabora o incita imprudentemente a la segunda, realmente es absolutamente co-determinante de

---

(37) Cfr. los casos planteados por mí en RDCir 1984, p. 281; RDCir, 1985, pp. 101-103.

la producción del acontecer típico, ya que la segunda lo determina no por sí sola, sino únicamente en unión de la primera: p. ej., un maestro de obras se presta voluntariamente, de acuerdo con las sugerencias del constructor y movido por ánimo de lucro igual que aquél, a construir un edificio con materiales de defectuosa calidad suministrados por el constructor, o con una insuficiente proporción de cemento en el hormigón, lo que posteriormente da lugar a una catástrofe por hundimiento del edificio. La conducta del constructor es más que incitación o colaboración imprudente, pues, dado que de él dependen los empleados (y el material), su intervención es tan determinante de la ejecución de la obra como la del maestro de obras: sólo la conjunción de ambas co-determina objetiva y positivamente el curso del hecho, y por tanto hay coautoría imprudente (que, como en este caso se materializa a través de los obreros como instrumentos —inconscientes o no libres—, sería coautoría mediata imprudente de los hechos, suponiendo, claro es, que no hubiera dolo eventual).

7. Aunque deba formularse en términos de cierta relatividad, creo que puede encontrarse un *fundamento material* suficientemente explicativo de que la determinación objetiva del hecho pueda constituir el criterio delimitador de la autoría en los delitos puros de causación o de resultado, a saber: la *autonomía* o *no dependencia* de otras acciones o factores para la producción del resultado. O, si se quiere, teniendo en cuenta que a veces se precisa de una previa o simultánea cooperación necesaria, el dato de la existencia de una relativa autonomía o de una autonomía en lo decisivo. La conducta que, sola o a través de otra, determina objetivamente el curso del acontecer típico, o que, unida a otra, ya lo co-determina objetivamente, no depende de otros factores para provocar o configurar el curso causante del resultado; o, si ha habido una cooperación necesaria, ha dependido parcialmente, pero, si la consigue, la acción determinante ya no depende de nada para producir el resultado. Frente a esto, las acciones que meramente favorecen o facilitan el curso del hecho, son totalmente dependientes de otras acciones o sucesos para que se pueda producir el resultado.

Ese fundamento material es ya un dato prejurídico (pues, aun suponiendo que en el plano lógico-natural haya que afirmar que todas las condiciones son causa, también es cierto que en ese plano y en el ámbito de lo social se puede constatar el diferente grado —cuantitativo y cualitativo— de eficacia causal de las condiciones, y que unas son autónomas y otras, totalmente dependientes), dato que luego el Derecho penal puede lógicamente tener muy en cuenta para valorar una conducta como autoría. Pues es bastante plausible que desde el punto de vista teleológico y valorativo las normas penales consideren como autoría en los delitos de resultado a aquellas conductas que de modo autónomo —o prácticamente autónomo— determinen la producción del resultado, por entender que esas conductas

son las objetivamente más peligrosas para la lesión del bien jurídico y del orden jurídico, las que infringen de modo primario la norma jurídicopenal o las que ésta tiene más interés —o más urgentemente— en evitar, etc.; es decir, por las razones que constituirían el específico fundamento jurídicopenal de la autoría, en cuya discusión aquí no vamos a entrar (38). Y si se rechaza un concepto unitario de autor, es precisamente consecuente con el indicado fundamento material de la autoría y su valoración jurídica que se sostenga la autonomía o independencia respecto de los demás en la concurrencia de los diversos presupuestos de la responsabilidad penal para cada autor (salvo en la coautoría, donde la conjunción en la determinación del hecho hará que rijan en principio la imputación recíproca) y, en cambio, la accesoriadad para los partícipes por su total dependencia respecto de la conducta del autor o autores.

8. Cuando haya dolo o, al menos, imprudencia, la determinación objetiva —y positiva— del hecho, o sea, del acontecer causante del resultado típico constituye el criterio de la autoría del delito doloso o imprudente de resultado (que, si además es culpable, no plantea ningún problema para apreciar autoría de delito, sea cual sea la acepción del delito que se maneje). Pero hay que destacar que, junto a los casos en que se pueda hablar de determinación objetiva del «hecho» en sentido jurídicopenal, equivaliendo hecho a producción del tipo de injusto, habrá otros casos en que en una conducta humana o en un factor natural concorra la determinación objetiva, pero del «hecho» en sentido naturalístico, es decir, simplemente de la producción del curso causante del resultado típico, aunque no suponga una infracción de la norma penal. Cuando así sea, habrá que referirse a tal factor humano o natural como «autor» entre comillas o en sentido figurado, amplio o translaticio (por extensión) del hecho en la indicada acepción naturalística. En cualquier caso habrá que advertir siempre que se está hablando de autoría en sentido muy amplio, pues ciertamente en sentido jurídicopenal estricto deberían reservarse los términos autor y autoría para la realización de la parte objetiva del tipo positivo (o en sentido estricto): y aun así, el concepto de autor tiene usualmente tales connotaciones valorativas implícitas de atribución de responsabilidad a alguien, que parece que se choca con cierta resistencia a hablar de autor de un hecho justificado, o al que le falta la parte subjetiva del desvalor de acción del injusto típico por haber caso fortuito, o incluso de autor de un hecho en caso de inculpabilidad; tanta más resistencia se encontraría a hablar sin más de autor cuando ni siquiera se realice una acción típica.

---

(38) Sobre esa cuestión, cfr. muy detalladamente y con ulteriores indicaciones bibliográficas, *Díaz y G.ª Conlledo*, La autoría (tesis), 1989, Cap. III, Secc. 1.<sup>a</sup> 5-9, Secc. 3.<sup>a</sup> 6 a2, 8 b-c, *passim*, donde coincide en gran medida con las fundamentaciones normativas de *Bloy*, *Beteiligungsform*, 1985, pp. 290 ss., y *Stein*, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 221 ss., 283 ss.

Ahora bien, hecha tal precisión o aclaración cuando se diga que realmente la «autoría» —en sentido amplio o figurado— de un hecho —en sentido natural— le corresponde a un determinado factor, lo importante es no pasar por alto (por inercia o porque no se esté acostumbrado a notarlo) que en ocasiones, aunque puedan cooperar otras conductas, lo que objetivamente determina el curso del acontecimiento causante del resultado es un factor, humano o *no*, como los siguientes: una actuación irresponsable por inimputabilidad, falta de libertad, miedo, etc. —se acepte hablar en tal caso de «dominio del hecho» o se quiera reservar tal concepto para el control libre y responsable—, o bien justificada por estado de necesidad, p. ej., forzada por una amenaza de mal mayor, o una actuación cubierta por caso fortuito —se acepte o no hablar de «dominio objetivo» al faltar el dolo y la imprudencia— (39), o la autolesión (atípica) de la propia víctima, o movimientos humanos no controlados por la voluntad, o sea, supuestos de falta de acción, o intervenciones de animales o, por fin, otros fenómenos o acontecimientos naturales.

En tales supuestos, si intervienen influyendo causalmente también otras conductas humanas, habrá que precisar si determinan objetivamente el curso de los hechos a través de aquellos otros factores o lo co-determinan junto con ellos, caso en el que serán conductas (do-

---

(39) Ya he advertido de la dificultad lingüística que en general puede suponer hablar de «dominio objetivo»; pero, en cambio, lo que sí es perfectamente admisible es que una conducta prudente y de caso fortuito, pese a la imprevisibilidad o inevitabilidad del resultado, puede determinar (o co-determinar) objetivamente el curso del acontecimiento, y por tanto, constituir «autoría del hecho» en el sentido amplio indicado, quizá junto con la conducta de la víctima o con otro factor natural. En ese sentido tengo que precisar y rectificar parcialmente la posición que al respecto mantenía en mi anterior trabajo (*Luzón Peña*, RDCir 1984, p. 281; DPCir, 1985, p. 101), al afirmar que, junto a la autolesión imprudente de la propia víctima, «naturalmente también el conductor del otro coche realiza el atropello y las lesiones de la mujer V, pero no tiene el dominio, ni subjetivo ni objetivo, ni negativo ni positivo del hecho, ya que éste se produce de modo inevitable, actuando el conductor debidamente, sin dolo ni imprudencia (caso fortuito), de modo que ese conductor, que obra conforme a Derecho, no es autor de un hecho típicamente antijurídico». Como se ve, la inevitabilidad en ciertos supuestos de caso fortuito, al igual que la imprevisibilidad en otros, me inducía a negar la existencia de «dominio» del hecho, ni siquiera objetivo, pues, como he advertido al principio de este trabajo, es muy fuerte la tendencia a vincular «dominio» con dolo, e incluso con libertad. En cambio, al igual que —como veremos— se puede afirmar sin dificultad que el instrumento forzado por un autor mediato pese a su falta de libertad determina objetivamente el acontecer típico, tampoco hay ningún problema para decir que el conductor que fortuitamente atropella (co)determina objetivamente —junto con la víctima o, a veces, como instrumento de la víctima— el hecho. Del mismo modo, la connotación de atribución de responsabilidad del concepto «autor» me llevaba a evitar darle tal calificación al agente amparado en caso fortuito; pero tampoco negaba tajantemente que fuera autor, sino que, de modo más cauto, me limitaba a negar que sea «autor de un hecho típicamente anjurídico», lo que es correcto. Pero para dejar las cosas más claras, creo preferible reconocer que quien obra en caso fortuito, si determina objetivamente el curso del acontecimiento, es «autor» —en sentido amplio— del hecho, aquí concretamente de la parte objetiva del tipo estricto o positivo.

losas o imprudentes) de autoría mediata o autoría accesoria; o si, por el contrario, sólo promueven o facilitan el que tales factores humanos o naturales, pese a que actúen sin responsabilidad, determinen objetivamente el curso de los hechos, en cuyo caso serán conductas de mera participación en la «autoría» de tales factores humanos o naturales: participación que muchas veces será impune por no dolosa o, en virtud de la accesividad, por faltar un hecho principal típicamente antijurídico.

Sin pretender desarrollar todas las consecuencias de este planteamiento, vamos a ocuparnos para concluir de dos grupos de cuestiones, que ponen de relieve que el criterio de la determinación objetiva del hecho es útil no sólo para delimitar la autoría de la participación en los delitos imprudentes, sino también para precisar el alcance de ciertas modalidades de autoría en general (tanto en los delitos dolosos como en los culposos): me refiero al alcance de la autoría mediata según las características de la actuación no sólo del sujeto de atrás, sino del instrumento, y —cuestión esta que no se suele plantear— al alcance y delimitación de la autoría directa unipersonal.

9. Para la autoría mediata no basta con que un sujeto determine necesariamente (domine, si hay dolo) la conducta del «instrumento», sino que es preciso que a través de éste determine (en su caso, domine) el hecho; y para ello —para determinar mediatamente el hecho— a su vez es necesario que la propia conducta del instrumento, determinada por la otra persona, por su parte determine objetivamente el curso del acontecimiento. Pues de lo contrario, el sujeto de atrás sólo estaría determinado —o incluso dominado dolosamente— un favorecimiento del hecho por parte del «instrumento» y, por consiguiente, su conducta sólo sería participación mediata (inducción o cooperación mediata) (40) a través de un instrumento-partícipe.

Es destacable que un considerable sector evita llamar autor al «instrumento» porque exige para el pleno dominio del hecho que el sujeto no actúe en error ni bajo la presión de la coacción (41) —lo que confirma las connotaciones lingüísticas del término «dominio», que ya he señalado—, y según ello se podría decir que si alguien utiliza al sujeto que actúa en error o coaccionado, el auténtico dominio del hecho lo tiene el autor y no el instrumento. Pero si otro amplio sector doctrinal considera pese a todo *autor directo al instrumento* (42)

(40) Así lo advierte tb. *Díaz y G.ª Conlledo*, La autoría (tesis), 1989, Cap. III, Secc. 1.ª 8, n. 340 (donde invoca el párrafo mío que a continuación figura en el texto), Secc. 3.ª 7 b2.

(41) Así, p. ej., *Welzel*, Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, SJZ 1947, col. 650; *Strafrecht*, 11.ª, 1986, 102 s. Ya *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36, 1915, pp. 184 ss., exigía para el dominio del hecho —que requería, no para la autoría, sino para la culpabilidad— que el sujeto actuara imputablemente y no coaccionado.

(42) P. ej., *Roxin*, Täterschaft, 1963 (1984), pp. 27 s., 131 ss., con ulteriores citas.

—y con razón, pues, realice el tipo total de injusto inculpablemente (o semiculpablemente), o sólo la parte objetiva del tipo, o sólo el hecho en sentido naturalístico, en cualquier caso se le puede considerar autor en el sentido amplio indicado—, ello es posible porque, se le llame o no dominio del hecho a su ejecución, lo que sí es cierto es que, aunque sea inconscientemente o no libremente, su acción determina, marca (positivamente) el curso de los acontecimientos. Y por eso mismo, y sólo mediante eso, el dominio del autor mediato doloso sobre el instrumento es dominio, control (determinación consciente, voluntaria y libre) del hecho, del curso de los acontecimientos que llevan al resultado típico.

10. En la autoría directa unipersonal la doctrina suele pensar que no ofrece el menor problema la afirmación de su existencia cuando el sujeto es el único que actúa e interviene de propia mano en el curso causal, pues se piensa que actuar sólo y de propia mano es la forma paradigmática de autoría, de la que hay que partir (43), para luego poder encontrar criterios con los que equiparar a ella la autoría mediata y la coautoría. Así dice *Roxin*, al comenzar el examen de la primera de las formas de dominio del hecho, que llama «dominio de la acción», que el prototipo de la autoría es la conducta de quien, sin coacción ni inusual dependencia de otro, realiza de propia mano los elementos del tipo (44), pues el sujeto tendrá el dominio del hecho en todo caso imaginable; y añade: «No se puede dominar más claramente un hecho que haciéndolo uno mismo; no hay modo más firme de tener algo en la mano que mediante la actuación (o intervención) de propia mano (*Eigenhändigkeit*)... Si uno se representa al autor único o individual, no se puede discutir que el legislador en sus descripciones del hecho en el articulado también describe siempre al autor» (45).

Pues bien, frente a esa aparente simplicidad hay que objetar lo siguiente: En los delitos puramente resultativos (tipos de causación) el criterio de la intervención de propia mano no es decisivo. Decisiva es más bien la completa ejecución o realización del tipo —pero cuándo existe la misma es precisamente la cuestión crítica, que hay que

(43) Cfr., p. ej., *Niese*, Die finale Handlungslehre und ihre praktische Bedeutung, DRiZ 1952, p. 23; *Gallas*, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, ZStW 69 1957, Sonderheft, pp. 11-14; *Sax*, Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission, ZStW 69 1957, pp. 433 ss.; *Roxin*, cit. *infra* en n. 45; *Bloy*, Beteiligungsform, 1985, p. 117.

(44) A esto hay que asentir, pues la realización del tipo, sea o no de propia mano, es por definición autoría, pero la cuestión es qué es realizar el tipo de los delitos puros de causación o de resultado.

(45) *Roxin*, Täterschaft, (1984), p. 127; líneas más abajo vuelve a hablar, no ya de quien interviene o actúa de propia mano, sino de «quien realiza de propia mano el tipo», pero en p. 128 dice que se puede constatar «que el que actúa por sí mismo libre y dolosamente es siempre autor», con lo que queda claro que piensa que siempre que un sujeto interviene sólo y de propia mano en el curso causal ya realiza el tipo.

solucionar; y para ello no sirve de ayuda la característica «de propia mano». Así podemos citar algunos ejemplos en que hay intervención de propia mano en el curso del suceso y, sin embargo, no hay (o al menos es dudoso que haya) autoría —precisamente porque *no* hay *determinación* forzosa, sino sólo facilitación del curso causal— (46):

1) *Sujeto que actúa solo y de propia mano* y, sin embargo, no es autor (porque no hay determinación, sino sólo favorecimiento o apoyo del curso causal dimanante de una fuente natural de peligro, y por tanto no hay dominio del hecho):

a) Un perro furioso ataca a B y le muerde en la pierna; A, sujeto enemistado con B, contempla la situación y, en vez de prestar ayuda a B, le retira el pantalón de la pierna para que el perro pueda moderle todavía más fácilmente y más profundamente. A pesar de su intervención de propia mano en el curso del suceso, A no es, en mi opinión, autor de la lesión de B (pues A no determina ni domina, sino que sólo facilita el ataque del animal autónomo y determinante del resultado), y tampoco existe participación en un hecho punible.

b) A contempla cómo comienza un incendio en una casa ajena debido a un fenómeno natural, p. ej., un rayo o un cortocircuito en la instalación eléctrica y —en vez de apagarlo— abre las puertas para que se produzca corriente y el incendio se extienda más rápidamente. No hay autoría de un delito de incendio (por la misma razón que antes); y, debido a la falta de autor, tampoco hay cooperación (necesaria o complicidad) punible.

2) *Sujeto que interviene de propia mano, junto a otro*, y sin embargo, no es autor (por las mismas razones que en el núm. 1 anterior; sólo que aquí hay una fuente de peligro humana, que tiene el dominio del hecho):

a) Como en 1 a), pero el perro es manejado por un tercero y utilizado como medio de agresión contra B. A no es autor [pero sí cooperador (47) del tercero].

b) Como en 1 b), pero un tercero ha prendido previamente fuego a la casa: cooperación de A con aquél.

3) Casos de sujeto que interviene *de propia mano junto a otro*, y en los casos que es *dudosa* la autoría:

Alguien sujeta a otro mientras un tercero le da puñaladas (sin estar previamente concertado con el agresor). Esta acción de sujetar a la víctima para impedir sus movimientos —que es ciertamente acción de propia mano—, ¿supone precisamente la realización de todos los elementos del homicidio? Esa es justamente la cuestión dudosa

(46) Cita y comparte en lo sustancial el planteamiento que a continuación expongo en el texto, Díaz y G.ª Conlledo, *La autoría* (tesis), 1989, Cap. III, Secc. 3.ª 7 a2, c5.

(47) En Derecho español posiblemente sea cooperador ejecutivo del art. 14, 1.º (donde caben casos de coautoría y otros de participación ejecutiva), pues precisamente por intervenir de propia mano seguramente se pueda decir que toma parte directa en la ejecución del hecho, con lo que la cooperación estaría equiparada en pena a la autoría, sin necesidad de decidir si era cooperación necesaria o complicidad.



y difícil de contestar. O, expresándolo de otro modo, ¿tiene la persona que sujeta el dominio positivo —aunque sólo sea compartido— sobre el hecho? ¿Determina esa persona —aunque sea junto con otra— el «si» de la causación de la muerte? ¿Acaso el curso del suceso sólo pudo ser determinado y dominado mediante la eficacia conjunta de ambas intervenciones? Estas son cuestiones cuya respuesta como mínimo no es inequívoca y que en mi opinión no puede ser afirmativa en todos los casos, pues al menos en algunos supuestos se podría considerar al sujeto como favorecedor o cooperador (quizá ejecutivo) y no como coautor.

4) Casos de sujeto que interviene *de propia mano junto a un fenómeno natural*, y en los que sí hay autoría:

El caso acabado de indicar habría que resolverlo ciertamente de manera distinta si la fuente de peligro no fuera una actividad humana, sino un fenómeno o un accidente natural: p. ej., en el recinto de una obra de construcción cae de repente una viga desde una de las plantas de arriba; A inmoviliza con una grúa a B, que iba a emprender la huida, de modo que no pueda escapar, y así B es aplastado mortalmente por la viga. Aquí A es autor de un homicidio (en sentido amplio, sin entrar en si es asesinato), porque él determina y domina el curso de las cosas: pues, a diferencia de la agresión humana, la fuerza natural —la caída de la viga— actúa ciegamente y no se puede detener ni moverse por sí misma, y por tanto no puede decidir conscientemente sobre el si y el cómo; consiguientemente, ese automatismo es utilizado por A como medio de provocar el resultado, y de ese modo y mediante su acción de detener al otro domina el curso del acontecimiento, a pesar de que no ha provocado el suceso peligroso, sino que sólo lo ha aprovechado.

En conclusión, casos como este último ponen de relieve que ciertamente hay que extremar el cuidado en la calificación de supuestos en que alguien interviene junto a un fenómeno natural ya actuante, pues, por el carácter ciego y automático de éste, es más fácil que el sujeto determine forzosamente a través del mismo el curso de los acontecimientos (48) (autoría). Pero ello no obsta para que, como muestran los casos antes citados en el epígrafe 1, también pueda haber muchos supuestos en que el sujeto, que interviene solo y de propia mano en el curso causal, no obstante no sea autor (sino mero partícipe impune en la cuasi-autoría de la fuerza natural) porque se limite a favorecer o facilitar la eficacia autónoma de la fuerza natural sin llegar a determinar objetiva y necesariamente su curso. A mi juicio, es en el campo de las actuaciones imprudentes, mucho más que en el de las dolosas, donde pueden tener especial trascendencia práctica esas manifestaciones de simple participación objetiva impune en la eficacia determinante de fenómenos naturales sobre el curso causal.

---

(48) Así lo advierte con énfasis Díaz y G.<sup>a</sup> Conlledo, cit. en n. 46.



# Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal y Vocal del  
Consejo General del Poder Judicial

**SUMARIO:** 1. La regulación tradicional de los delitos de lesiones.—2. El sistema regulador de las lesiones introducido por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.—2.1. Características básicas de la nueva regulación.—2.2. Aspectos político-criminales más destacables.—3. Graves mutilaciones y lesiones y otros traumatismos intencionales a partir de la reforma.—4. Mutilaciones no principales y esterilización.—5. Las lesiones comunes o genéricas.—5.1. El tipo básico de lesiones.—5.2. La atenuación facultativa de la pena.—6. Las lesiones cualificadas.—6.1. El artículo 421-1.º: cualificación por los medios usados.—6.2. El artículo 421-2.º: cualificación por la especial gravedad del resultado lesivo.—6.3. El artículo 421-3.º: la cualificación por tortura.—7. El tratamiento técnico de las conductas descritas en los preceptos derogados por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.—7.1. La cualificación de las lesiones por parentesco o por concurrencia de las circunstancias propias del asesinato.—7.2. Las lesiones engañosas y abusivas del anterior artículo 421 CP.—7.3. Las lesiones injuriosas del artículo 422.—7.4. Las lesiones a padres, ascendientes, tutores, maestros y personas constituidas en dignidad o autoridad pública, del anterior artículo 423.—8. La nueva regulación de las lesiones en riña tumultuaria.—9. Los malos tratos en el grupo familiar.—10. El consentimiento de las lesiones.—11. La falta de lesiones.—11.1. El primer párrafo del artículo 582 y el concepto de lesión.—11.2. El segundo párrafo del artículo 582: los malos tratos.—12. Conclusión.

La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, «de actualización del Código Penal» ha alterado substancialmente la regulación de los delitos de lesiones, finalizando así con una técnica legislativa e incriminadora que ha durado decenios. Esa técnica, para algunos eficaz y ágil por cuanto a interpretación y reducción de la prueba necesaria atañía,

era señalada por la mayoría como exponente máximo de la responsabilidad objetiva y de la irracionalidad en la fijación de los criterios determinantes del aumento o descenso de las penas. La nueva regulación parece recoger esa crítica. Así y todo, los complejos problemas de estos delitos, tanto en lo técnico como en lo criminológico y político-criminal, no se resuelven fácilmente con una reforma legal, pues las dificultades comienzan con la misma imprecisión de lo que es «una lesión». En lo que sigue intentaré dar mi opinión sobre las que entiendo son las cuestiones más importantes que suscita la Reforma citada, sus virtudes y sus carencias.

## 1. LA REGULACION TRADICIONAL DE LOS DELITOS DE LESIONES

Estando estas páginas dedicadas a analizar el alcance de la reforma operada por la Ley 3/1989, de 21 de junio, no voy a explayarme en el examen pormenorizado de la regulación anterior de los delitos de lesiones. Por otra parte, las características del sistema hoy derogado ya son conocidas en lo esencial por los especialistas. Siendo así, basta con indicar los rasgos principales técnicos y políticos-criminales.

a) Ante todo es obligado reconocer que el sistema anterior no contenía una «definición» de lo que es una «lesión». Esta misma palabra parece referirse en principio a los daños corporales de índole física (heridas, pérdidas corporales) «plásticamente apreciables». Naturalmente, *la doctrina* se resistió a aceptar que solamente ese fuera el significado de una lesión, y con base a las referencias legales a los términos o plazos de curación o incapacidad señalados en el anterior artículo 420 CP, el concepto de lesión se extendía a los menoscabos en la salud de cualquier clase, aun cuando no supusieran alteraciones o pérdidas corporales. La herida, con o sin pérdida corporal, y la enfermedad quedaban integradas por igual a pesar de la habitual consideración de estos delitos como ataques a la «integridad física», expresión que encierra un claro peligro de reducción del ámbito de males comprendidos. La inclusión de las enfermedades psíquicas, o simplemente traumas psíquicos de cualquier especie, también resultaba dificultada por la técnica legal, si bien se acogía en el artículo 420-1.º la lesión a consecuencia de la cual el ofendido resultare «imbécil», de donde se podía inferir que las secuelas psíquicas habían sido contempladas por el legislador. Pero entiendo que en esta cuestión, como en otras, no conviene abusar del voluntarismo en la interpretación: el legislador imaginó la posibilidad de que un traumatismo físico fuera de tal brutalidad que determinara una lesión cerebral de la citada gravedad (determinante de la pérdida del raciocinio elemental). Mas eso no significa que en puridad se contempla «como lesión» la sola y directa causación de un trauma psíquico, sino que

éste, y solamente para un supuesto de especial gravedad, se tomaba en consideración como «secuela» del previo ataque físico.

En suma, solamente con grandes esfuerzos interpretativos rayanos en la analogía se podía definir la lesión como menoscabo de la salud corporal o mental, concepto amplio que, como digo, tropezaba con una técnica legal dominada por la casuística. Y esto era así no solamente por la manera en que se describían las diferentes clases de lesiones en los artículos 418, 419 y 420, sino también porque en el nuclear artículo 420 se *determinaban legalmente los medios* capaces de causar lesiones típicas (herir, golpear o maltratar de obra), de tal modo que apenas quedaba resquicio para incluir otra clase de lesión que no consistiera esencialmente en un acontecimiento o actuación física sobre la persona de la víctima.

b) Como es bien sabido, la concreción del *objeto y contenido del dolo* en estos delitos resultaba muy difícil. Un parecer extendido en doctrina y jurisprudencia sostenía que el dolo en estos delitos sólo había de referirse a la «acción de herir, golpear o maltratar de obra a otro», quedando fuera de su alcance o, lo que es lo mismo, no exigiéndose que comprendiera el concreto resultado de ese ataque (entidad del daño, duración de la curación, etc.). En favor de este sistema se aducía un argumento de indudable importancia, extraído de la experiencia: el que ataca a otro no repara normalmente en cuánto daño le va a hacer; incluso puede admitirse que en muchos casos quiere causarle cuanto más pueda, excluyéndose solamente el que desee matarlo. Esta razonamiento en el fondo viene a sostener que el «animus laedendi» no tiene otro límite que el «animus necandi».

Pero aunque eso pueda sostenerse con argumentos más o menos empíricos debe ser rechazado. En primer lugar, porque supone una flagrante violación del principio de culpabilidad en favor de la responsabilidad objetiva (el «versari in re illicita»). En segundo lugar, aunque en el fondo es el mismo argumento, porque entraña una presunción «contra reo» (se supone que deseaba causar todo ese daño). Por ambos motivos el sistema era rechazable. No obstante, Antón Oneca señaló en su día que el sistema regulador de las lesiones en derecho penal español no era el propio de los delitos cualificados por el resultado como normalmente se sostenía, sino que se trataba, según expresión suya, de delitos «determinados por el resultado». La diferencia entre éstos y aquéllos era la siguiente: en los delitos cualificados por el resultado podía llegar a mediar «culpa» respecto del resultado más grave —actualmente esa posibilidad es una exigencia de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 1 CP—, pero «nunca» dolo, pues ello daría lugar a un delito diferente y más grave; así, por ejemplo, si la muerte derivada de un delito contra salud pública hubiera sido buscada y deseada por el autor no se trataría de tal delito, sino de un asesinato. En cambio, en los delitos «determinados por el resultado», cual era el caso de las lesiones, el que el autor

deseara o no el concreto mal causado a la víctima resultaba «indiferente», de manera que no se trataba de una «renuncia» a la cobertura del dolo, sino de un «desprecio» por esa eventual cobertura.

La indicada y certera opinión de Antón Oneca pone de manifiesto algo de aún mayor gravedad que la supervivencia de estructuras de responsabilidad por el resultado, cual es dispensar el mismo tratamiento penal a sujetos que penalmente se comportan de manera radicalmente distinta, y así recibiría la misma pena el que le partiera un brazo a otro a consecuencia de un empujón y el que se lo partiera intencionadamente, pues ese plus subjetivo carecería de traducción jurídica.

c) Es cierto que desde la Reforma de 1983 resulta muy difícil admitir la responsabilidad por el resultado, toda vez que los artículos 1 y 6 bis b) CP dejan fuera de duda la necesidad de que, cuando menos, aquello que deba fundamentar la pena o su agravación sea imputable a título de culpa. Pero sería cerrar los ojos a la realidad suponer que una regulación concebida para la admisibilidad de la responsabilidad objetiva se adapta sin más a las exigencias del principio de culpabilidad. Y ello sin entrar en la posibilidad de que algún Tribunal penal sea proclive a declarar probado que ha mediado culpa respecto del resultado final sin pararse en demasiadas indagaciones, por demás muy difíciles como todo lo que atañe el contenido de la conciencia y la voluntad. El riesgo de subjetividad en la interpretación de los hechos por el Juez es pues inevitable. Pero la solución no es «prohibir la subjetividad», pues eso sería lo mismo que prohibir la valoración en conciencia de la prueba. La solución, aunque ninguna puede ser perfecta, pasa por suministrar al juzgador normas que ofrezcan la posibilidad de valorar mayores dimensiones de la conducta humana, normas que permitan considerar aspectos subjetivos y objetivos que hacen político-criminalmente diferentes conductas que quizá hayan dado lugar al mismo resultado formal en lo lesivo. No hace falta realizar un gran esfuerzo valorativo para comprender que tanto por razones de prevención general como especial no puede tenerse en la misma consideración al que golpea con la mano que al que lo hace con una navaja o una pistola; que la lesión subsiguiente tarde en curar veinte días o treinta es algo que, sin perjuicio de que haya de ser tenido en cuenta a efectos indemnizatorios, no puede por sí solo decidir la gravedad del delito.

d) Estas últimas palabras conducen a señalar cuál es a mi juicio el eje de la reforma introducida en los delitos de lesiones, y que no es solamente la necesidad de superar los defectos técnicos y desprecios culpabilísticos que presentaba el sistema derogado. Era necesario que la Ley penal valorara la gravedad o potencialidad dañina de los medios usados para lesionar y la actitud subjetiva con la que se produjera el daño, que no sólo se conforma con el ingrediente del dolo, sino que puede aumentarse con otros componentes (brutalidad, tortu-

ra) que igualmente han de ser tenidos en cuenta como integrantes del desvalor de acción, sin que sea en manera alguna solución satisfactoria el eventual recurso a alguna circunstancia agravadamente como la de ensañamiento, dada la diferencia que hay entre integrar algo como elemento del tipo o dejarlo como cuestión de eventual subsunción en una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, las cuales solamente han de usarse para valorar aquellos aspectos del hecho que aconsejan la imposición de la pena en su grado máximo, mas no aquellos que dan lugar a que el hecho en sí sea, por razones subjetivas u objetivas, más *justo*.

## 2. EL SISTEMA REGULADOR DE LAS LESIONES INTRODUCIDO POR LA LEY ORGANICA 3/1989, DE 21 DE JUNIO

Hay que advertir, ante todo, que la Ley Orgánica 3/1989 es una Ley de actualización del Código penal cuyo objetivo fundamental no era modificar el contenido del Libro II del Código penal, sino despenalizar un buen número de conductas que hasta ahora tenían el carácter penal de faltas. Las variaciones del Libro II vienen en su mayor parte forzadas por la desaparición o reformulación de la correspondiente falta. Y así sucede en las lesiones, en las que a partir de la reformulación de la falta de lesiones en el artículo 582 y aprovechando esa ocasión legislativa se introduce una más amplia reforma que alcanza también a los delitos de lesiones.

El sistema que se introduce conserva la distinción entre delitos y falta de lesiones. Por lo tanto no se ha creído posible o conveniente suprimir esa forma menor de ataque a las personas, lo cual, mientras subsista el Libro III, no tiene mayor importancia. Otra cosa es que en términos generales se pueda desear la total desaparición de las infracciones que hoy conocemos como faltas, grupo que tras la Ley que nos ocupa ha quedado notoriamente reducido.

### 2.1. Características técnicas de la nueva regulación

La primera lectura, y por comparación con el texto anterior, pone de manifiesto la desaparición total de los plazos de curación que hasta ahora venían siendo determinantes de la diferencia no sólo entre el delito y la falta de lesiones, sino también de las distintas gravedades de los mismos tipos de lesiones con categoría de delito (anterior artículo 420). Con ello el legislador recoge una crítica prácticamente unánime y que ya he citado anteriormente. A aquellas críticas puede añadirse una de índole médico-forense de especial importancia: la dificultad para señalar con la contundencia que un tipo penal exige

cuál es el plazo de curación de lesiones. En suma: acumulación de argumentos que convergen justificando sobradamente la decisión adoptada, por más que fuera un sistema al que se hubiera acomodado la práctica.

La desaparición de los plazos de sanidad o curación se traduce, y eso es lo realmente importante, en una *reestructuración de los tipos*, que dejan de ser aquellos delitos «determinados por el resultado», cuya significación y crítica ya he indicado antes. Los nuevos tipos cumplen con una garantía derivada del principio de culpabilidad toda vez que su formulación permite exigir que el dolo capte, desee y controle todo aquello que deba fundamentar o aumentar la pena, lo que no sucedía con el sistema anterior. Por supuesto son delitos de resultado, pero de un resultado cognoscible y deseable racionalmente por el autor. Quizá haya quien sostenga que el autor no puede saber si la lesión que produce va a necesitar o no asistencia médica más duradera o extensa que la simple primera cura (criterio diferenciador entre la falta y el delito de lesiones), pues eso es algo que depende en teoría del criterio del médico que asista al herido. Es cierto que ese dato escapa a la voluntad del autor y desde ese punto de vista puede cuestionarse si ese extremo es captable y controlable en el ámbito del dolo. Pero la necesidad de una asistencia médica más o menos duradera opera como un criterio definidor de la gravedad de la lesión, lo cual así es aprehensible por la voluntad del autor. Este, por ejemplo, puede imaginar perfectamente la distinción entre una contusión con subsiguiente hematoma, que ciertamente no va a requerir asistencia médica, y una herida que requiera sutura y control médico más o menos prolongado. Con ello no pongo en duda la posibilidad de que una persona determinada a causa de su particular debilidad física u otra causa (p. ej.: enfermo de hemofilia), pueda requerir asistencia médica por una lesión que a otro no le hubiera acarreado tal consecuencia; es cierto. Pero en esos casos se tratará de un *elemento desconocido por el autor*, y la consecuencia por lo tanto considerable fortuita, o bien esa debilidad o enfermedad será conocida por el autor, y en tal hipótesis deberá afrontar esa consecuencia de su acción, ya a título de dolo, ya de culpa.

Naturalmente la comisión culposa sigue siendo posible, pero como después señalaré, sólo en relación con las lesiones descritas en el artículo 420, que al igual que en el texto anterior, pero con un contenido radicalmente diferente, opera como tipo básico o nuclear del grupo.

## **2.2. Aspectos político-criminales más destacables**

A mi juicio los dos aspectos más importantes de la Reforma introducida, en cuanto suponen una substancial modificación político-criminal, son la importancia que se otorga a la conducta agresiva



«*en sí misma*», como algo más importante incluso que su resultado y, en segundo lugar, la modificación de la regulación de la eficacia del consentimiento y de la capacidad para otorgarlo.

A esto debe añadirse, por supuesto, la substancial alteración introducida en el régimen de las faltas. De la lectura del antiguo artículo 582 CP, que permitía tener como faltas a lesiones que determinaran hasta quince días de incapacidad laboral o asistencia médica por el mismo tiempo, y su comparación con el actual artículo 420, se desprende que muchas de las conductas que hasta ahora quedaban reducidas a esa consideración penal pasarán a ser calificables como *delitos*. Se produce pues un *aumento de la represión* al reducir las faltas de lesiones a los ataques que no supongan pérdida de la capacidad laboral ni exijan asistencia sanitaria más allá de la primera atención. No creo que pueda hacerse objeción alguna a esta decisión del legislador, pues esas lesiones que hasta ahora quedaban en simples faltas recibían un tratamiento de incomprensible benignidad, tanto por la importancia del bien jurídico protegido (integridad física o de salud) cuanto por la dureza que muestra el mismo Código penal en la protección de otros bienes jurídicos de inferior importancia; que fuera más grave entregar un cheque sin fondos que dejar a una persona impedida durante catorce días para su trabajo habitual resultaba ciertamente escandaloso. Que el legislador haya considerado además que el nuestro es un país donde la violencia física surge con excesiva facilidad, y a partir de ahí se haya visto impulsado por razones de prevención general, es algo que no hay inconveniente en admitir, aun cuando el argumento de índole estadístico o sociológico creo que debe ceder la primacía de la motivación al esencial del desequilibrio en la protección penal de este bien jurídico. Ello no obstante, es indudable que la valoración de la «violencia» como problema criminológico está presente en la preocupación del legislador, y sólo así se entienden las referencias a la «acusada brutalidad en la acción» (artículo 421-1.º) o al uso de instrumentos «peligrosos para la vida o integridad de las personas» (art. 424).

### 3. GRAVES MUTILACIONES, LESIONES Y OTROS TRAUMATISMOS INTENCIONALES A PARTIR DE LA REFORMA

Tradicionalmente los artículos 418 y 419 del Código penal penaban la castración, esterilización y mutilaciones de miembros principales o no principales. La característica más acusada de estos dos preceptos, en comparación con el resto del grupo, es que se trataba de acciones necesariamente intencionales («de propósito»). En cuanto a su ámbito, hay que reconocer que era *reducido y desproporcionado*. Castración y esterilización venían igualadas bajo la conminación de

la pena de reclusión menor, valorándose así de la misma gravedad la «impotentia coeundi» y la «impotentia generandi», a pesar de la abismal diferencia que existe entre perder la capacidad de relación sexual y perder la capacidad de procrear, sin poner en duda la importancia de esta última. En cambio, la pérdida de sentidos como la vista o el oído intencionalmente producida no recibían el debido tratamiento punitivo. La pérdida de la vista difícilmente podía subsumirse en el concepto de «mutilación de órgano», pues la vista puede perderse sin necesidad de la extirpación de los ojos y la «mutilación» necesariamente ha de interpretarse como «cercenamiento físico». Lo mismo podía decirse de la pérdida del oído. Pero, además, quedaban fuera del ámbito de estas gravísimas lesiones producidas con dolo directo cosas tan graves como la anulación de la capacidad laboral o las enfermedades somáticas o psíquicas graves o incurables, amén de las dificultades ya comentadas para incluir estas consecuencias en el concepto mismo de «lesión».

Por estas razones el artículo 418 señala la pena de reclusión menor, a partir de ahora, para el que «...de propósito mutilare o inutilizare a otro de un órgano o miembro principal, le privare de la vista o el oído, le cause la anulación o una grave limitación de su aptitud laboral, una grave enfermedad somática o psíquica o una incapacidad mental incurable...». Es de ver la desaparición de la referencia expresa a la «castración», que queda pues englobada en el concepto general de mutilación de órgano o miembro principal. La ceguera aparecía citada anteriormente en el derogado artículo 420-1.º, con las ya indicadas dificultades para la inclusión en el artículo 419 (ant.) los supuestos de ceguera intencionadamente causada. A partir de ahora esos casos quedan recogidos en el artículo 418, y desaparece la mención a la ceguera en las lesiones «básicas». A esto debemos añadir que ya no estamos ante delitos «determinados por el resultado»; por lo tanto, el «resultado de ceguera» ha de ser captado y querido por el dolo directamente, y los demás casos en que se produzca ceguera tendrán que remitirse, siempre que al menos concorra dolo eventual, al ámbito del artículo 421-2.º, el cual recoge los mismos resultados que en el artículo 418 se castigan con la pena de reclusión menor si son buscados con dolo directo, por lo que parece obligado entender que el artículo 421-2.º parte de la ausencia de esa clase de dolo y opera como norma subsidiaria respecto del 418.

La mención a la «aptitud laboral» es preciso interpretarla con precisión restrictiva. No se trata de la «capacidad para trabajar en alguna cosa», pues eso es algo mucho más amplio, sino de la posibilidad de trabajar precisamente en aquello para lo que la víctima estaba dotado, para lo que era «apto». En cuanto a la referencia a la «enfermedad somática o psíquica o una incapacidad mental incurable...» puede parecer que se trata de una reiteración tautológica, pues la enfermedad psíquica es una enfermedad como otra, y la incapacidad

mental, que aquí ha de entenderse como sobrevenida (p. ej.: una actuación traumática sobre el cerebro), también podría conducirse al concepto genérico de enfermedad. Pero indudablemente el legislador, consciente de las limitaciones interpretativas con las que tropezaba anteriormente el concepto de lesión, y en el propósito de ofrecer una protección completa de la integridad física entendida como integridad corporal y de salud, y ésta en su más amplia acepción, ha preferido mencionar expresamente todas y cada una de las dimensiones del bien jurídico que se quiere proteger, el cual, justo es decirlo, aparece ahora con una *protección mucho menos fragmentaria que antes*.

#### 4. MUTILACIONES NO PRINCIPALES Y ESTERILIZACION

El artículo 419 del Código penal recoge, al igual que sucedía antes de la Ley de Actualización, las mutilaciones de miembros no principales, a las que hasta ahora se refería, por exclusión, el párrafo 2.º del mismo artículo. Salvo este extremo el contenido del precepto ha variado substancialmente. Las mutilaciones de órganos o miembros principales, castigadas con la pena de reclusión menor, se incorporan al anterior artículo 418, que hasta ahora estaba consagrado en exclusiva, como sabemos, a la castración y esterilización, las cuales, parificadas en lo punitivo al homicidio se situaban tras el asesinato como los más graves ataques imaginables a la integridad, encabezando el Capítulo IV.

La situación ha variado notoriamente. Como ya he indicado, la esterilización deja de tenerse en la misma gravedad que la castración, y pasa a castigarse con la pena inferior en grado (prisión mayor). La misma pena se señala para la mutilación o «inutilidad» (concepto antes inexistente) de un órgano o miembro no principal y para la «deformidad» (concepto también nuevo). Además de que el anterior artículo 419 se refería únicamente a la mutilación de miembros no principales, la pena antes conminada era la de prisión menor, castigo benigno si se considera la gravedad potencial de las conductas intencionales que se enumeran.

#### 5. LAS LESIONES COMUNES

Sin poner en duda la importancia de las transformaciones operadas en los artículos 418 y 419 hay que reconocer que, claramente, los cambios más importantes se han producido en lo que hasta ahora venían llamándose lesiones «graves» o comunes, cuya formulación y contenido experimentan modificaciones substanciales.

Ante todo, la anterior distinción entre lesiones «graves» (arts. 420 y 421), «menos graves» (arts. 422 y 423) y «leves» (falta del ar-

título 582), desaparece, quedando en su lugar un solo concepto de lesiones constitutivas de delito y una falta de lesiones. Las clasificaciones que han desaparecido no eran más que fruto de la separación de las lesiones en función de los días necesitados para su curación. Abandonando ese criterio dejaba de tener sentido cualquier distinción que en él se apoyara.

Pero eso no significa que las actuales compongan un grupo unificado bajo una sola e idéntica conminación penal. Las penas que pueden merecer los delitos de lesiones van desde la multa de 100.000 pesetas (párrafo segundo del art. 420) hasta la de prisión menor en su grado máximo (art. 421, párrafo primero). El intérprete podrá recorrer ese marco penal siguiendo los criterios que ofrece el Código, criterios que, y es importante decirlo, *descansa en buena parte en el arbitrio judicial*, abandonando el aritmetismo del sistema anterior.

Algunos resultados que se describen son, como ocurre en los artículos 418 y 419, nuevos en nuestras leyes penales. En cambio, algunos criterios *cualificadores* que existían en el texto anterior, desaparecen. Tal ocurre con el último párrafo del artículo 420, el artículo 423 (del texto anterior). Igualmente desaparecen tipos escasamente comprensibles que ofrecía la regulación anterior, como eran los contenidos en los artículos 421, o el párrafo segundo del artículo 422. Por último, las lesiones producidas en el ámbito de las relaciones de parentesco o de afecto experimentan también substanciales variaciones. De todas esas cuestiones me ocuparé por separado.

### 5.1. El tipo básico de lesiones

Teniendo como tipo básico aquel que menos aditamentos objetivos contengan, parece evidente que ese ha de ser el descrito en el párrafo primero del artículo 420, que declara: «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...». El párrafo segundo del mismo artículo, dejando la cuestión claramente remitida al arbitrio judicial, permite reducir la pena, para esta misma lesión, e imponer la de arresto mayor o multa de 100.000 y 500.000 pesetas «...atendidas la naturaleza de la lesión y las demás circunstancias de aquél (el hecho)...».

El criterio diferenciador más claro respecto de la falta de lesiones es la necesidad de tratamiento médico-quirúrgico. En que haya de consistir éste y cuánto tiempo puede durar es cuestión que no resuelve el texto legal, afortunadamente. Pero sin particulares esfuerzos interpretativos puede admitirse que tratamiento médico-quirúrgico será aquel que únicamente pueden dispensar profesionales de la sanidad y que,

además, resulta absolutamente imprescindible para lograr la curación del daño recibido. El problema de la duración del tratamiento puede aparecer como algo incomprensiblemente despreciado por el legislador, como si fuera lo mismo un tratamiento de dos días que de veinte semanas. Pero esa impresión puede superarse. En primer lugar porque si tan largo ha de ser el tratamiento es difícil que no concorra la cualificación establecida en el número 1 del artículo 421 (utilizar en la agresión armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado). En segundo lugar porque, existiendo un tipo atenuado aplicable a lesiones que también requieran asistencia médico-quirúrgica, es lógico pensar que el Juez que interprete la Ley apreciará la necesidad de fijar una aproximada esfera aplicativa de cada uno de ellos. Combinando ambas ideas puede razonablemente confiarse en que no tienen por qué recibir el mismo tratamiento punitivo conductas que sean o hayan producido resultados claramenté diferentes en entidad material. Pero en esta, como en otras cuestiones, el requisito previo para la discusión es decidir si se quiere confiar o no en el *arbitrio judicial*. El enfrentamiento, no resuelto, entre legalismo y arbitrio judicial viene del siglo XIX, y ciertamente es una cuestión delicada, e indiscutible cuando de garantías mínimas se trata, las cuales han de estar amparadas por un estricto legalismo. Pero la consecución de un derecho penal progresivamente adaptado al ideal de «individualización de la reacción», que haga cada vez más posible el tan invocado «juicio personal» propio de la culpabilidad, y que realmente pueda tomar en consideración los más distintos aspectos de cada caso, para ineludiblemente por la colaboración del Juez destinatario de la Ley para su aplicación, cuya importantísima función se ve imposibilitada con los sistemas de cerrada y tasada legalidad o abusiva casuística. Y un buen ejemplo de lo que acabo de decir lo ofrece precisamente la anterior regulación de los delitos de lesiones, exponente de esos defectos que, por lo mismo, se pretende superar con la nueva regulación de tales infracciones.

En lo que atañe al componente *subjetivo* del delito de lesiones en el artículo 420, párrafo primero, es evidente que en ningún caso puede concurrir dolo directamente orientado a la consecución de aquellos resultados, pues si así sucediera a buen seguro serían de preferente aplicación los artículos 418 ó 419. Los resultados descritos han de ser contemplados como «posibilidades racionales», en términos de dolo eventual y por delicado que resulte la remisión completa de una estructura delictiva a esa clase de dolo —que yo mismo he cuestionado por los riesgos que tiene de transformarse en una gatera por donde puede colarse de nuevo la responsabilidad objetiva, riesgo que sólo el Juez, ponderando cuidadosamente la prueba concurrente, puede obviar—. Ahora bien, *no es correcto entender que la totalidad del comportamiento se remite a la estructura de dolo eventual*, pues la

primera parte del mismo, es decir, el hecho de la agresión en sí mismo, *puede* estar cubierto por dolo directo. Y digo que «puede» porque en teoría no es desdeñable la posibilidad de que incluso la agresión obedezca a una decisión tomada subjetivamente bajo la forma de dolo eventual. Por ejemplo: el que en un parque público dispara un arco sabiendo que hay gente paseando, y despreciando ese hecho actúa con dolo eventual «desde el primer momento», es decir, desde la agresión misma. En la regulación anterior de las lesiones esta tesis no podía sostenerse fácilmente, toda vez que los medios agresivos legalmente determinados (herir, golpear, maltratar) eran frecuentemente tenidos como conductas causadas con dolo directo, quizá para compensar el que el dolo sólo hiciera obligatoriamente acto de presencia en ese momento de la ejecución del tipo, ya que el resto se fiaba, para su concreción, a la mera causalidad. En suma, en la actual regulación de las lesiones parece claro que la combinación de la expresión «causar lesión de cualquier modo» con la exigencia de dolo o culpa fijada en el artículo 1 del Código penal, deja abierta la posibilidad de comisión doloso-eventual y *culposa* (exclusivamente en relación con este artículo 420), en tanto que la búsqueda de una determinada especie de lesión con dolo directo trasladará el hecho, en la mayor parte de los casos, a las más severas tipicidades de los artículos 418 y 419.

## 5.2. La atenuación facultativa de la pena

El segundo párrafo del artículo 420 dispone que «...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...». Indudablemente este párrafo segundo, que permite eludir la pena privativa de libertad, está llamado a tener una constante función en la práctica forense. Pero esta regla no señala la «pena mínima» imponible a las lesiones, sino un *tipo atenuado de lesión*, de manera que no se puede descender a ella en nombre de las reglas 1.<sup>a</sup> ó 4.<sup>a</sup> del artículo 61, o por una analogía en la medición hecha en referencia analógica al mismo. La presencia de una atenuante o la ausencia de circunstancia permitirán imponer la pena de prisión menor en su grado mínimo. Las circunstancias que menciona el párrafo segundo del artículo 420 no son las modificativas de la responsabilidad criminal, pues esas ya tienen previsto su efecto en lo punitivo. Ha de tratarse, pues, de otra especie de elementos fácticos o personales que proporcionen al ataque un sentido distinto; por supuesto, el tema no puede resolverse «a priori» dada su naturaleza de cuestión remitida al arbitrio judicial. En cuanto a la también mencionada «naturaleza de la lesión» cabe imaginar que ha de tratarse de lesiones que aun requiriendo formalmente tratamiento médico, éste sea de escasa entidad o duración (p. ej.: un sim-

ple control del proceso de cicatrización). Pero al igual que en el caso anterior está fuera de lugar sugerir una casuística.

## 6. LAS LESIONES CUALIFICADAS

Por las razones que en seguida comentaré, el nuevo artículo 421 supone el más profundo cambio introducido en el ámbito de las lesiones, puesto que es el *precepto que con mayor claridad expresa una nueva orientación político-criminal*. Así, estas cualificaciones no son simplemente tipos agravados —esa será su consideración técnica—, sino tipos que recogen aspectos de las conductas agresivas que anteriormente no estaban debidamente contemplados con los elementos que realmente debían determinar un cambio en la gravedad de las lesiones, y no el plazo mayor o menor de su curación. De los tres subtipos cualificados, dos (los números 1 y 3) se instrumentan prioritariamente sobre el *desvalor de acción*, mientras que el número 2 compone su injusto propio en función del *desvalor de resultado*. La combinación de los tres subtipos obligada, dado que forman un único precepto, permite apreciar una completa valoración de cualquier posible aumento del contenido antijurídico de la lesión.

### 6.1. El artículo 421-1.º: cualificación por los medios de la lesión

En la anterior regulación de las lesiones era legalmente «indiferente» el que, por ejemplo, la lesión se hubiera causado con un palo o con una pistola, con la mano o con un hacha. Y cualquiera puede admitir que el solo uso de una pistola, por su capacidad para causar la muerte, debería tener una traducción en el ámbito de la antijuricidad, salvo que ésta se cerrara sobre un estricto «objetivismo de resultados», despreciando cualquier otro ingrediente externo o interno de la conducta. En el ejemplo del hacha, u otros que se pueden sugerir, para la cual bastaría una breve lectura de los repertorios de jurisprudencia, el solo medio empleado pone de manifiesto una violencia atávica o particular intensidad del «impulso criminal», usando lenguaje carrariano. El influjo de la anterior regulación podrá llevar a alguno a cuestionar la oportunidad o fundamentación de estas causas de cualificación. Se dirá que si el bien jurídico protegido es la integridad física, lo único relevante será el que ésta se haya menoscabado y en qué medida, siendo secundario el medio empleado, pues éste «en sí mismo» no hace que el ataque sea más o menos injusto. Pero ese modo de razonar olvida algunas cosas importantes: a) que las normas penales no recogen solamente ideales dogmáticos, y eso suponiendo que existan tales ideales y que sean unánimes, lo que es mucho suponer; b) que con las normas penales se tiene que contribuir a la reali-

zación de una política criminal, y c) que los componentes subjetivos, además del dolo, y exteriores del acto, prescindiendo del resultado, son también y necesariamente elementos básicos para la configuración de un «hecho injusto», ya que el derecho penal no castiga simples «causaciones conscientes o imprudentes de resultados», sino «comportamientos humanos» contrarios a la convivencia desde su mismo comienzo, lo cual, por otra parte, habrá de tener su consecuencia en los casos de imperfecta ejecución del hecho, como después veremos.

Así pues, estamos ante una nueva configuración legal del injusto que incorpora lo que estaba ausente: una completa valoración del desvalor del acto y de su significación *político-criminal*. La cualificación, con su sola lectura, pone de manifiesto cuál ha sido el propósito del legislador: «(penas de prisión menor en sus grados medios a máximo) 1.º Si en la agresión se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado o relevadoras de acusada brutalidad en la acción...». Prescindiendo de cuál sea la lesión que así se cause es evidente que se pretende reprimir la «creación de un *peligro*» (la Ley se refiere a armas... o formas *susceptibles* de causar graves daños...) *mayor* para la integridad física o la misma vida que el que se derivaría de una simple acción agresiva sin apenas más recursos que los físicos propios. Sería incorrecto, no obstante, entender que estamos ante un delito de riesgo, pues en modo alguno se trata de eso. Simplemente, la creación para el bien jurídico «vida o integridad» de un peligro *adicional* al propio ataque hace, por sí solo, que la lesión sea más grave, no en lo físico, pero sí en la valoración jurídica. Claro está que con eso se pretende reprimir la *violencia* como algo diferenciable incluso de la propia lesión a que pueda dar lugar. Y ciertamente, si la decisión político-criminal es la de combatir el problema criminológico de la violencia resulta obligado reprimir los más evidentes síntomas de esa tendencia o capacidad de determinados individuos. Lo mismo, prácticamente, puede decirse de la referencia a la «acusada brutalidad» puesta de manifiesto en la acción agresiva, expresión que a mi modo de ver no persigue otra cosa que cerrar mediante un concepto valorativo el campo típico de subsunción de la violencia peligrosa, si bien la idea de brutalidad puede referirse a la *personalidad* del sujeto puesta de manifiesto a través de su modo de agredir, aunque en verdad cuesta imaginar un medio «brutal» que no sea a la vez peligroso para la integridad del lesionado.

Por último, quiero referirme a una cuestión de aplicación de la norma que creo tiene indudable importancia, y a la que hice antes alusión: cómo repercute este tipo cualificado en los casos de imperfecta ejecución del hecho (tentativa o frustración). A mi modo de ver no puede existir duda alguna de que la tentativa o frustración lo serán del hecho descrito en el artículo 421-1.º, pues la cualificación no se funda en la gravedad del mal causado, sino en elementos de



desvalor de acción que, en el caso de delito intentado, *se han incumplido* perfectamente.

## 6.2. El artículo 421-2.º: cualificación por la especial gravedad del resultado lesivo

Dispone el artículo 421-2.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». Observando los distintos resultados lesivos que señala este tipo cualificado resulta obligado fijar la diferencia entre éstos y los señalados en el artículo 420, sin olvidar que los del 421-2.º han de ser «necesariamente» más graves. A su vez habrá que trazar la línea divisoria entre el 421-2.º y los hechos a los que se refieren los artículos 418 y 419. La interpretación pone de manifiesto que los respectivos campos aplicativos pueden delimitarse con claridad. La frontera entre los artículos 418 y 419, de un lado, y el artículo 421-2.º de otro viene dada por lo *subjetivo*, como ya antes he indicado; aquellos preceptos describen conductas cuya tipicidad exige la concurrencia del dolo directo referido a los concretos resultados lesivos, mientras que en el artículo 421-2.º *se reduce la intensidad del dolo requerido* que será el directo o eventual para el acto agresivo y el eventual respecto del concreto resultado producido. Esta interpretación se impone si se tiene en cuenta que los resultados enumerados en el artículo 421-2.º son, con ligerísimas diferencias, *los mismos* que se señalan en los artículos 418 y 419, de modo que por el camino de la «objetividad» poco se podrá conseguir. Cuestión diferente, y de gran importancia, es si bastaría que el concreto resultado lesivo al que alude el artículo 421-2.º puede ser simplemente *captado e imputado a título de culpa*. El tema es difícil, máxime cuando se pretende precisamente superar una tradición en la que el resultado de las lesiones apenas tenía exigida presencia en la voluntad del autor. Antes he indicado que, a mi modo de ver, el resultado de la lesión ha de ser «representado mentalmente», con mayor o menor precisión, y con sentido. Si se abriera la puerta a una combinación de «agresión dolosa» con «resultado imprudente», amén de crear una figura de preterintencionalidad, siempre peligrosa, se producirían rechazables efectos técnicos: a) la combinación de dolo en la agresión más dolo eventual respecto del resultado producido *tendría la misma pena* que el hecho integrado por una combinación de dolo y culpa, lo cual sería equitativo; b) la «capacitación del resultado por culpa» deja a su vez la incógnita sobre si habrá de ser culpa consciente o inconsciente, lo que contribuye a confundir aún más los contornos de la infracción; c) la configuración de las lesiones imprudentemente causadas tropezaría con enor-

mes dificultades en orden a su diferenciación de las causadas con combinación de dolo y culpa. Es cierto que la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente es en ciertas zonas poca precisa, hasta el punto de que, como sabemos, no ha faltado quien (Rodríguez Muñoz) sostuviera que lo más adecuado en derecho español era tratar el dolo eventual como culpa consciente. Pero si nos encontramos forzados a buscar una delimitación subjetiva con los artículos 418 y 419 y, de otra parte, ceder una zona al ámbito de la comisión por imprudencia, no queda otra salida que la de admitir una solución a través del dolo eventual, por riesgos que ésta tenga, pues más riesgos aún para el principio de culpabilidad tiene el admitir que el resultado, indiferenciadamente, puede ser atribuible a título de dolo eventual, de culpa consciente o de culpa inconsciente.

El artículo 421-2.º también ha de diferenciarse del básico artículo 420. La contemplación de ambos pone de manifiesto que el 421-2.º establece una cualificación simplemente porque los resultados son más graves, pero por lo demás ambos tipos son iguales, es decir, no registran diferencias en lo subjetivo. En lo *objetivo* (los resultados) sí es posible apreciar ámbitos separados. *Los resultados descritos en el artículo 421-2.º son más graves y, además, están específicamente descritos*, en tanto que los del artículo 420 se definen con una *fórmula genérica* (menoscabo de la integridad o de la salud física o mental). De ese modo, *el artículo 420 resulta subsidiario respecto del 421-2.º*, pues al 420 irán a parar, todos los resultados que no puedan incluirse en alguna de las descripciones que hace el artículo 421-2.º

### 6.3. El artículo 421-3.º: La cualificación por tortura

La Ley de 17 de julio de 1978 introdujo en el Código español el delito de tortura, situándolo en el artículo 204 bis, como uno de los «delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona conocidos por las leyes». Con esa Ley se satisfacía una exigencia básicamente política, además de salir al paso de una práctica más o menos demostrada o frecuente en su momento, pero en cualquier caso odiosa hasta la repugnancia. Naturalmente aquí no voy a ocuparme del problema general de la tortura, sino de la significación que puede tener el que la Ley de Actualización del Código penal haya incluido esta cualificación entre las lesiones.

Al poco de aparecer la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, se han alzado voces críticas contra la presencia de la agravación por tortura entre los delitos de lesiones, pues opinan que la tortura, necesariamente, ha de ser un delito *especial o propio* que solamente pueden cometer *funcionarios públicos*. Personalmente estoy de acuerdo con que la tortura, en sentido estricto, únicamente es referible a actos de funcionarios públicos, pues la tortura es en esencia la más abomi-

nable manifestación del abuso de poder. Advertido esto, que creo es importante, veamos cómo se sitúa la cuestión en nuestra Ley positiva a partir de la última modificación.

El legislador español no ha sido plenamente respetuoso con un concepto de tortura indisolublemente ligado a la actuación de funcionarios públicos, pues en un delito común como es el robo con violencia o intimidación en las personas también incluyó la cualificación por empleo de tortura (art. 501-4.º) y evidentemente no se estaba pensando en robos «cometidos por funcionarios». En segundo lugar, resulta imprescindible, para poder tomar posición, ver cuál era el régimen de las lesiones infligidas mediante tortura con anterioridad a la Ley de Actualización. A mi juicio, el delito de tortura descrito en el artículo 204 bis está concebido como una figura de agravación de los delitos a los que alude, entre ellos, el de lesiones (en este sentido, Vives Antón). Por ese motivo se ha dicho que quizá hubiese sido más práctico cualificar cada una de las figuras concretas citadas con la mención a la tortura (como ahora ha hecho el nuevo art. 421). Sea como fuere, unas lesiones graves del anterior artículo 420-3.º, por ejemplo, si se producían mediante tortura, llevaban aparejada la pena de prisión menor en su grado máximo más la de inhabilitación especial. ¿Cuál es la situación actual? La respuesta es algo compleja, pero sólo aparentemente:

Las mismas lesiones citadas antes como ejemplo, dado que ahora pertenecen al ámbito del artículo 419 y que, además, la lesión por tortura es *intencional*, daría lugar a la imposición de la pena de prisión mayor en su grado máximo más la de inhabilitación especial, de acuerdo con lo señalado en el párrafo primero del artículo 204 bis. Así pues, se ha registrado una importante *agravación* del castigo.

Pero el problema más importante no es solamente ése, sino decidir *quién* puede realizar este tipo cualificado y cuál es su estricto *ámbito de aplicación*. En cuanto a lo primero parece que, pese al entendimiento de la tortura como delito de los funcionarios públicos, resulta obligado, admitiendo la quiebra de ese principio producida ya en el artículo 501-4.º, entender que esta cualificación por tortura va referida a *cualquier persona*. Eso fuerza a *definir la tortura prescindiendo de su autor*, lo que no es fácil, puesto que la reducción de la esfera de posibles autores facilitaba la formulación de un concepto de tortura: lesión causada por el funcionario aprovechándose de su posición y en el ámbito de su función. Pero si el autor del hecho, a efectos del artículo 421-3.º, puede ser cualquiera, habrá que encontrar otro modo de entender la tortura, y que tendrá que reducirse a las ideas de *superioridad e impotencia* de la víctima, completadas con las de *frialdad o deleite* en la agresión. Claro está que ello excluirá por inherente la apreciación de la circunstancia agravante de enajenamiento.

En cuanto al ámbito de aplicación del artículo 421-3.º, el proble-

ma viene determinado por pago a lo que ya antes he hecho mención: el *componente subjetivo de la lesión causada mediante tortura*. Si se acepta que los artículos 418 y 419 describen conductas de dolo directo y que el artículo 421-2.º enumera resultados que, de ser causados de propósito, determinan la aplicación de aquéllos, y a eso añadimos que las lesiones causadas por tortura no merecen el beneficio de la duda en cuanto a la concurrencia de dolo directo, la conclusión que extraeremos es que la cualificación de tortura a la que alude el número 3 del artículo 421 solamente es aplicable, tal como dice el párrafo inicial del artículo 421 («Las lesiones del artículo anterior...») a las *lesiones del artículo 420 no causadas por funcionarios públicos en el ámbito de su actividad profesional*, pues en ese caso resultaría de preferente aplicación, por disponer pena mayor, la regla del artículo 204 bis. La crítica que quizá puede hacerse es que el uso de tortura debería cualificar, en tal caso, a cualquier clase de lesión causada por un particular, pero el legislador ha entendido que en los restantes y más graves casos la intencionalidad de la lesión ya lleva aparejada mayor pena, amén de que respecto de los artículos 418 y 419 no queda vedada la posible apreciación de la agravante de ensañamiento o la de abuso de superioridad. A ello hay que añadir lo regulado para la falta (vid. infra 11.1).

## 7. EL TRATAMIENTO TECNICO DE LAS CONDUCTAS DESCRITAS EN PRECEPTOS DEROGADOS POR LA LEY ORGANICA 3/1989, DE 21 DE JUNIO

Algunas normas existentes en la regulación de las lesiones que hasta ahora ha estado vigente han desaparecido con la Ley de Actualización. En ningún caso se trata de «descripciones» de lesiones, sino de cualificaciones o ampliaciones de los modos comisivos que acogía la legislación anterior. Como veremos, ninguna de las normas suprimidas justificaba actualmente su presencia en el Código:

### 7.1. La cualificación de las lesiones por parentesco o por concurrir las circunstancias propias del asesinato

El último párrafo del anterior artículo 420 disponía: «Si el hecho (la lesión) se ejecutare contra alguna de las personas que menciona el artículo 405..., las penas serán las de reclusión menor, en el caso del número 1, la de..., etc. (se aumentaban respectivamente en grado)». La misma regla se observaba si concurría alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 406. La nueva regulación de las lesiones no contempla reglas análogas a éstas. Indudablemente el legislador ha entendido que no era preciso. Y ello tanto porque se han aumentado en general las penas correspondientes a las lesiones como por

que el régimen de las circunstancias mixta de parentesco y de las circunstancias agravantes resulta suficientemente exasperador de las penas imponibles.

La violencia en el grupo familiar, además, es objeto de un nuevo tipo de delito (el art. 425, nuevo), del que después me ocuparé. Siendo así no es posible entender que la Ley de Actualización implica una rebaja en la protección de las relaciones familiares, y lo digo prescindiendo de mi personal parecer acerca de la relevancia que el parentesco hubiera de tener en las lesiones o incluso en los delitos contra la vida, que entiendo que debiera de ser escasa o nula.

## 7.2. Las lesiones engañosas y abusivas del anterior artículo 421 CP

Este precepto, como se recordará disponía que «las penas del artículo anterior son aplicables, respectivamente, al que sin ánimo de matar, causare a otro alguna de las lesiones graves administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credibilidad o flaqueza de espíritu...». Hay que reconocer que como norma positiva resultaba un tanto insólita por el contenido y por el lenguaje empleado. Pero en el contexto de la anterior regulación de las lesiones puede ser comprendida: la administración de sustancias o bebidas tóxicas se presentó al legislador histórico como un modo de lesionar que no podía incluirse entre los de «herir», «golpear» o «maltratar», por tratarse de conductas cuyo significado lingüístico no admitía extensiones. Actualmente, y dado que el artículo 420, básico en la definición de las lesiones, declara típica la conducta del que «...por cualquier medio o procedimiento...» cause una lesión, los modos de lesionar son ilimitados, de manera que la lesión causada administrando bebidas o sustancias se incluye sin problema alguno.

En cuanto al segundo inciso de ese desaparecido artículo 421, la cuestión es diferente. Como se recordará equiparaba las lesiones causadas suministrando sustancias nocivas con las producidas «...abusando de su credibilidad o flaqueza de espíritu...». Parece que el legislador histórico contemplara dos situaciones diferentes: una en la que el que ingiere la sustancia tóxica es engañado, como si fuera «envenenado», pero sin que el autor tuviera intención de matarlo —y así lo advertía el mismo tipo—, y otra en la que la ingestión de la sustancia tóxica se produce contando con o aprovechándose del poco criterio o de la inmadurez de la víctima. Esta segunda situación, técnicamente, no es otra cosa, en lo objetivo, que una lesión causada a sí mismo por la propia víctima. Si es así, y siempre que se pueda demostrar que el autor del hecho controló el comportamiento de la víctima, a la que manejó libremente dominando su voluntad, estaremos en presencia de una lesión causada en *autoría mediata* en la que el *instrumento* ha sido la *propia víctima*, y en tal caso podrá subsu-

mirse también directamente en la fórmula del artículo 420, o en la del 421-2.º, si el caso se diera.

### **7.3. Las lesiones injuriosas del anterior artículo 422**

El texto derogado en el artículo 422 contenía dos párrafos. El primero de ellos describía las llamadas lesiones «menos graves», que eran aquellas que determinaban incapacidad laboral o necesidad de asistencia médica por un tiempo de entre quince o treinta días. Como sabemos, la distinción entre lesiones graves y menos graves, al igual que el criterio de duración de la lesión, han desaparecido. El segundo párrafo, diferente y extraño como precepto incluido entre los delitos contra las personas, contenía una curiosa forma lesiva: «cuando la lesión menos grave se causare con intención manifiesta de injuriar o con circunstancias ignominiosas, se impondrá, además del arresto mayor, una multa de 20.000 a 100.000 pesetas». Evidentemente así se quería valorar la posibilidad de que el ataque hubiese ofendido a la vez a dos bienes jurídicos: integridad física y honor. Siendo así parece claro que la aplicación de este segundo párrafo impedía la teórica posibilidad de un concurso ideal entre lesiones menos graves e injurias, consecuencia claramente *beneficiosa* para el autor, pues la aplicación de las dos figuras de delito hubiera dado lugar a dos penas de arresto mayor, mientras que con la regla de ese segundo párrafo del artículo 422 el componente injurioso se saldaba con una multa, o, visto desde la injuria, ese era el castigo por la dimensión lesiva del hecho. En suma, un precepto con poco sentido en la actualidad y técnicamente censurable, por lo que resulta fácil comprender su desaparición, sin que por ello se haya de poner en duda la posibilidad formal de que se dé un concurso ideal entre lesiones e injurias, aunque sea poco imaginable, en cuyo caso se acudiría a las reglas de concurso ordinarias.

### **7.4. Las lesiones a padres, ascendientes, tutores, maestros y personas constituidas en dignidad o autoridad pública, del anterior artículo 423**

El derogado artículo 423 contenía un *tipo cualificado* de lesiones menos graves para cuando la víctima fuera «padre o ascendiente». Se observaba así un paralelismo con el último párrafo del artículo 420, que hacía mención a las personas comprendidas en el ámbito del artículo 405. Había, como es de ver, una clara diferencia: las lesiones menos graves causadas a los *descendientes* no se consideraban cualificadas, de acuerdo con una tradición legal, rota en la Reforma de 1983, que acogía el derecho de corrección. En el artícu-

lo 423 no se mencionaba el derecho de corrección siquiera, sino que simplemente las lesiones menos graves causadas a los hijos no tenían pena agravada. Esta inaceptable ausencia, unida a la suficiente exasperación punitiva que permite la circunstancia mixta de parentesco, justifica la desaparición de la cualificación.

El párrafo segundo del mismo artículo extendía la cualificación del siguiente modo: «En la misma pena (prisión menor) incurrirá quien infiera dichas lesiones, o las comprendidas en el número 4 del artículo 420, a su tutor, maestro o persona constituida en dignidad o autoridad pública». Además del defecto técnico de señalar la misma pena (prisión menor) para dos lesiones de diferente gravedad (la menos grave y la grave del art. 420-4.º), según los criterios de la legislación derogada, la cualificación carecería de sentido. El autor está ya en el ámbito del artículo 11 por mantener una relación análoga a la paterno-filial; la mención al maestro forma parte también de un fenecido concepto de las relaciones docentes. Por último, la referencia a autoridades o dignidades públicas resulta innecesaria, existiendo en el artículo 231 el delito de atentado, que en su caso entrará en concurso real con la lesión causada.

## 8. LA NUEVA REGULACION DE LAS LESIONES EN RIÑA TUMULTUARIA

Entramos ahora en una figura que estaba en la regulación anterior de las lesiones y subsiste en la nueva, pero con profundas modificaciones. El anterior artículo 424 describía, con una remisión al artículo 408, las lesiones causadas en riña tumultuaria. A partir de la Ley 3/1989, de 21 de junio, el artículo 408 CP, que describía la muerte en riña tumultuaria, queda sin contenido (art. 12, Ley 3/1989). Siendo así, el artículo 424 ha de describir por sí solo la conducta que castiga, y lo hace así: «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».

El transcrito precepto resume toda la actuación del derecho punitivo en el ámbito de lo que se viene conociendo como «riña tumultuaria». Se termina así con una tradición legal visible en los desaparecidos artículos 408 y 424, que había suscitado constantes críticas doctrinales, que a su vez habían arreciado a partir de la plena sumisión del sistema legal a las garantías derivadas del principio de culpabilidad, pues ambas figuras eran incompatibles con el mismo por ofender a la *prohibición de responsabilidad objetiva*, al *principio de personalidad de la pena*, y a la *seguridad jurídica*. Por definición, en ambos preceptos la pena venía conminada para alguien del que

lo único que se sabía con certeza era «que no era el autor del mal causado, fuese muerte o lesión». A partir de ahí se argumentaba que el fundamento de la responsabilidad criminal se contraía al hecho de haber participado en la riña y haber ejercido alguna violencia sobre el que luego sería víctima. Por supuesto el «dolo» tan sólo abarcaba el hecho mismo de entrar o participar en la riña, y, en su caso la violencia ejercida, pues en modo alguno el resultado de muerte o lesión podía ser imputado ni a título de dolo ni a título de culpa. Luego entonces, la pena señalada no tenía relación con lo que el autor hubiera querido o hubiera previsto o podido prever, y no se podía tampoco admitir el argumento de que era un castigo fundado en la «sospecha» o en la «necesidad de que alguien responda», como entendían los comentaristas decimonónicos.

El problema no es en la práctica muy importante, como demuestra la casi nula aplicación que venían teniendo los desaparecidos artículos 408 y 424, pero de todos modos su derogación venía siendo reclamada unánimemente, y ya la PANCP de 1983 la propuso. Ha sido ahora, a través de la Ley de Actualización, cuando por fin han sido eliminadas ambas. En su lugar, siguiendo la pauta marcada por la PANCP de 1989 y otras legislaciones, se introduce una *figura única* de delito de participación en riña portando armas o instrumentos peligrosos, sin necesidad ni contemplación legal de resultado alguno. De producirse éste, ignorándose su autor doloso, no podrá ser imputado a nadie, ni afectar a la pena imponible, la cual se funda exclusivamente en el hecho de intervenir en la riña, cosa que perfectamente puede ser decidida y querida por el autor dolosamente. La pena que se señala (arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio) se desvincula de cualquier resultado lesivo.

## 9. LOS MALOS TRATOS EN EL GRUPO FAMILIAR

La Ley de Actualización ha incorporado al Código penal un nuevo delito, que aparece en el número 425 del actual articulado, que reza: «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». De la lectura se desprende, en principio, que se trata de una infracción integrada por los malos tratos sistemáticos. El legislador, en el Preámbulo de la Ley justifica su introducción en el Código así: «Respondiendo a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros 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 modo habitual». Estos datos permiten algunas reflexiones:

En el terreno político-criminal es indudable que el legislador ha sido sensible a la frecuencia de los malos tratos sistemáticos de los que habitualmente son víctimas mujeres o niños. La intervención penal viene pues explicada por ese motivo, recordando que esa actuación punitiva no es nueva totalmente, pues hasta ahora estos hechos podían subsumirse en la falta del número 2 del artículo 583, que describía los malos tratos aislados y no constitutivos de lesión. Pero esta infracción, que con algunos cambios permanece ahora en el párrafo segundo del artículo 582, se ha mostrado como insuficiente, aunque sólo sea por la escasa capacidad intimidatoria que tienen las penas correspondientes a las faltas, amén del esfuerzo que suponía acudir a un procedimiento judicial cada vez que se produjera un maltrato. Claro está que existen, y no se deben ignorar, otros problemas que rodean este tipo de desgraciados sucesos, como son las situaciones de incultura, subdesarrollo, alcoholismo, etc., que conforman el ambiente en que con más frecuencia se producen los malos tratos. A ello se añade la necesidad de soluciones legales, que no puede ofrecer el Código penal —cosa similar ocurre en el campo de los delitos relativos al uso de niños en la mendicidad— para la custodia y protección de las víctimas de unos hechos, pues el problema evidentemente no se resuelve con la imposición al culpable de una pena de arresto mayor. Pero ciertamente eso es lo más que puede hacer el Derecho penal: contribuir con sus toscos y reducidos medios a una política general de protección de los miembros más débiles del grupo familiar, contribución que puede resultar meramente simbólica si no va acompañada de otras medidas.

En el plano técnico-jurídico el tipo que se introduce ofrece algunas cuestiones interesantes. La más sobresaliente, y que quizá esté llamada a suscitar alguna crítica, es que la infracción se configura aparentemente como *delito de hábito*. Esta clase de figuras, poco abundantes en nuestro Código, son censuradas doctrinalmente porque se consideran peligrosas para el llamado *dogma del hecho*, según el cual el derecho penal ha de contraer su intervención a hechos concretos y precisos y deben rechazarse las normas incriminatorias de modos de vida o de conductas más o menos frecuentes, como son, por ejemplo, las de rufianes (art. 452 bis c) o usureros (art. 542). Este rechazo se inspira también en que en los delitos de hábito se ve, además de la infracción del principio de culpabilidad por el hecho, una especie de «derecho penal de autor» incompatible con la seguridad jurídica. Ciertamente la crítica básica a los delitos de hábito es *válida* y respetable; pero también es cierto que determinadas conductas solamente adquieren su exacto significado cuando son habituales. Por eso creo que el problema reside en lograr fórmulas *que concilien ambos extremos*, seguridad jurídica y respeto al hecho, de una parte, y valoración

integral de la conducta cuando su reiteración configure un problema diferente y más grave. Y en el delito que nos ocupa eso se consigue. La crítica en contra tendría razón de ser si los hechos aisladamente considerados fueran jurídicamente *irrelevantes*, como por ejemplo, es irrelevante aceptar *una vez* dinero de una mujer obtenido a través de su prostitución. Pero si los hechos reiterados son de por sí *relevantes penalmente*, lo que se castigará no será ya una forma de vivir o una costumbre más o menos reprobable socialmente, sino una sucesión de pequeñas infracciones que arrojan una figura más cercana a lo que se conoce como delito continuado, en el que la valoración de la antijuricidad se hace tomando el conjunto de hechos para evitar que la escasa entidad de cada uno de ellos haga que la separación de los procesos se transforme en un beneficio para su autor. En los malos tratos en el grupo familiar sucede algo parecido, pues la *violencia física* a la que se refiere el precepto, *aisladamente considerada configuraría una falta*, concretamente la del actual artículo 582, párrafo segundo, que dispone: «El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fueren los 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 de arresto menor en toda su extensión». Siendo así puede afirmarse que no estamos ante un delito construido sobre la acumulación de actos atípicos, que es precisamente lo que se critica a propósito de los delitos de hábito, sino de una infracción nutrida por la concurrencia sucesiva de actos (violencias físicas) que aisladamente constituirían faltas, y por ello se trata en realidad de una especial figura de falta que por ser *continuada* asciende a la condición de delito.

Con este precepto el planteamiento legal del problema de las agresiones o violencias en lo que puede llamarse grupo familiar queda como sigue: a) los delitos de lesiones podrán exasperar su pena mediante la circunstancia mixta de parentesco; b) los malos tratos sistemáticos o reiterados constituirán con su acumulación el delito descrito en el artículo 425, sin que, naturalmente, pueda apreciarse la circunstancia de parentesco por ser inherente, y c) los malos tratos aislados podrán subsumirse en la falta del párrafo segundo del artículo 582.

## 10. EL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES

De enorme trascendencia es la reforma operada en materia de relevancia del consentimiento y capacidad para otorgarlo introducida por la Ley 3/1989, de 21 de junio. A partir de ella el artículo 428 del Código penal dispone: «Las penas señaladas en el Capítulo ante-

rior 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 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.»

Respecto del texto anterior, que a su vez procedía de la reforma de 1983, la novedad viene dada por el inciso que he destacado y que, como es de ver, abre la posibilidad de esterilizar a incapaces que por sí mismos no pueden otorgar consentimiento válido. De este modo el problema del consentimiento en las lesiones adquiere un rumbo nuevo en su ya sinuosa evolución desde 1963, y cuyos grandes rasgos pueden resumirse así:

Hasta 1963 el CP, como es sabido, nada decía acerca de la eficacia o ineficacia del consentimiento, pese a que en la doctrina se sostenía que en determinados casos tenía que ser necesariamente eficaz. A partir de 1963 se introduce una fórmula en el artículo 428, que declara en términos generales la «irrelevancia» del consentimiento, lo cual no resuelve el problema pues el análisis de determinadas situaciones pone de manifiesto que el consentimiento es relevante. Esta situación se mantendrá hasta la Reforma penal de 1983. Entretanto se promulga la Constitución de 1978, circunstancia que sirve a algún autor para reclamar la inconstitucionalidad de aquel artículo 428, que declaraba la irrelevancia del consentimiento, por ser contrario a la dignidad de la persona y a los principios inspiradores del Estado social y democrático de Derecho (Berdugo).

Evidentemente, el legislador de 1983 no entendió que la Constitución de 1978 tuviera esas consecuencias para la pervivencia de la norma declarante de la irrelevancia del consentimiento, y en su virtud mantuvo en el artículo 428 una primera *declaración general de irrelevancia*. Pero, y esa es la diferencia con la situación anterior, introduce además un segundo párrafo por el que se exceptuaba de la regla de la irrelevancia los casos en los que el consentimiento hubiera sido prestado para trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual. De esta manera el legislador aceptaba un planteamiento esencial que no siempre ha sido debidamente comprendido: no toda actuación

médico-quirúrgica está amparada por la eximente de ejercicio legítimo del oficio, como algunos sostienen para argumentar en favor de la irrelevancia del consentimiento. Y, del mismo modo, no toda actuación médico-quirúrgica está necesariamente orientada a la «curación de una enfermedad», salvo que los conceptos de curación y enfermedad se interpreten muy laxamente.

Claro está que el problema del consentimiento en las lesiones no se contrae a las actuaciones médico-quirúrgicas; pero éstas ocupan la mayor parte del mismo, pues normalmente las alteraciones corporales de cualquier especie se producirán mediante cirugía. La tesis que pretende resolver a través de las eximentes estos problemas olvida que incluso las intervenciones quirúrgicas curativas han de ser consentidas por el enfermo, si está en condiciones de hacerlo. El problema penal más agudo venía, no obstante, planteado en aquellos casos en los que el consentimiento prestado al médico era irrelevante porque el «objeto» de la intervención se consideraba «inaceptable» (esterilización voluntaria, cirugía transexual) según criterios morales no dominantes, pero sí impuestos. Ese obstáculo legal se resuelve en 1983, y desde entonces el consentimiento es eficaz para legitimar la actuación médica en esas intervenciones. El trasplante de órganos, afectado por problemas distintos de los morales antes aludidos, entra también en este grupo de autorizaciones por cuanto el trasplante, curativo para el receptor, no tiene tal carácter para el donante. Y el que no se haga mención a las intervenciones quirúrgicas curativas no significa que éstas puedan hacerse contra la voluntad del enfermo; lo que sucede es que ése no es ya un problema de «consentimiento en las lesiones», entendida la lesión genéricamente como ataque a la salud o integridad, pues con la intervención quirúrgica se persigue justamente lo contrario, devolver la salud, y por lo tanto el bien jurídico protegido en las lesiones no resulta atacado, sino que, al contrario, el autor actúa en favor de su preservación precisamente. *Por ello está fuera de lugar tratar la intervención médica en el ámbito de la validez del consentimiento para ser lesionado*, pues su correcto campo de discusión ha de ser, en su caso, el de los delitos contra la libertad, puesto que una intervención quirúrgica «impuesta» al paciente, aunque sea por su bien, puede constituir delito de coacciones; y será en tal caso cuando el médico podrá invocar las eximentes de estado de necesidad o de legítimo ejercicio del oficio, aunque no estoy con ello diciendo que éstas hayan de ser necesariamente apreciadas siempre.

Así pues, con la Reforma de 1983 se produjo un cambio esencial en relación con la eficacia del consentimiento, permitiendo que éste tuviera virtualidad en situaciones en las que sostener lo contrario iría directamente contra derechos constitucionales fundamentales. El deber, también de raíz constitucional, del Estado de preservar y promover la salud y el bienestar determina que la regla del artículo 428 no contemple una validez «sin excepciones» del consentimiento, de

manera que es inconcedible que una «mutilación gratuita y consentida» quede fuera del derecho penal, y ello incluso aceptando que quien, por ejemplo, accede voluntariamente o solicita que le corten una mano o una oreja está en normal y pleno uso de sus facultades intelectuales, cosa en principio dudosa.

Pero en el ámbito de la *esterilización consentida*, incorporada al artículo 428 en 1983, no todo había quedado resuelto. Ciertamente el origen de la cuestión se sitúa, normalmente, en que la procreación ha de ser voluntaria y querida y a nadie se le puede obligar a procrear si no lo desea, por lo cual cualquiera es dueño de anular su capacidad reproductora a fin de poder disfrutar de su sexualidad sin riesgos. Ambas cosas se fundan en el derecho a la libertad e intimidad personales. Mas cuando ese problema se traslada a personas incapaces psíquicamente de prestar un consentimiento válido el tema adquiere otros caracteres. El dato sociológico que influye en el legislador es claro: por más que yacer con una mujer privada de razón pueda constituir una violación, es desgraciadamente cierto que con frecuencia mujeres afectadas por graves enfermedades mentales (por ej.: la oligofrenia) quedan embarazadas cuando a veces ni ellas mismas saben lo que eso significa; y el problema resulta aún más dramático cuando, como a veces ocurre, también el progenitor es un enfermo mental.

A partir de ahí se produce un creciente estado de opinión, impulsado especialmente por las personas responsables de la guarda y custodia de incapaces, que reclaman una actuación legislativa que facilite la intervención esterilizadora, pues de lo contrario el médico se exponía a las graves penas que señalaba el antiguo artículo 418, sin perjuicio de que alguno, en nombre de su conciencia, haya practicado esterilizaciones a incapaces desafiando ese peligro. Naturalmente esa no podía ser la solución, sino que el Estado venía obligado a cometer una reforma legal que hiciera jurídicamente correcto lo que, por el bien de las mismas personas afectadas, resultaba mejor para ellas. Con esto, además de obviar el problema del nacimiento de prole no deseada «por incapacidad para desear o no desear», evitando el recurso al aborto ético o eugenésico —solución cuyo traumatismo no puede ocultarse— se logra algo que a menudo se olvida cuando se debate este problema: *facilitar a esas personas incapaces psíquicamente el acceso a la sexualidad sin riesgos o peligros para ellos*, pues toda solución distinta de la de consentir su esterilización entraña inevitablemente una especie de control de castidad, tan inhumano como de difícil práctica, y ello sin entrar en que supone la privación de una de las manifestaciones de la libertad a la que no deja de tener derecho también el incapaz, cuya libertad solamente puede limitarse en la medida en que lo exija la seguridad de los demás.

La fórmula que introduce la Ley de Actualización está llena de cautelas, como es lógico. Ante todo se limita a incapaces que adolez-

can de «grave deficiencia psíquica», expresión que el legislador utiliza con el propósito de que no se extienda la regla a cualquier enfermedad mental. Además de ello, la autorización para la esterilización del incapaz la deciden el Juez y el representante legal del incapaz, que ha de solicitarla, y ello tomando en consideración el dictamen de dos especialistas, previa exploración del incapaz, y oído el Ministerio Fiscal. Más cautelas o precauciones legales no podían tomarse.

## 11. LA FALTA DE LESIONES

La falta de lesiones o de malos tratos físicos que hasta ahora se encontraban en los artículos 582 y 583, números 1 y 2, pasan a partir de la Ley de Actualización al artículo 582 (nuevo), pero con un contenido distinto. El texto actual dispone: «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 golpeare 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.»

Por razones que en seguida veremos conviene analizar los dos párrafos por separado, pues abordan problemas diferentes (sus respectivos antecesores estaban en artículos diferentes).

### 11.1 El primer párrafo y el concepto de lesión

El párrafo primero del nuevo artículo 582 describe la falta de lesiones que se sitúa tras el delito. A diferencia del sistema anterior el criterio diferenciador no es ya el tiempo de incapacidad laboral o de asistencia médica o facultativa. Es más, de acuerdo con el nuevo precepto la más pequeña duración del tiempo de asistencia necesario, es decir, más allá de la primera cura, hace que el hecho pase a ser considerado delito de acuerdo con el párrafo primero del artículo 420. Pero a la consideración de delito se puede llegar también sin necesidad de que sea preciso asistencia prolongada si el hecho integra alguna de las lesiones del artículo 421. Nótese que el legislador no ha definido la lesión constitutiva de falta por simple camino de decir que es aquella que no cabe en el artículo 420. Por ello ha de resultar obligado examinar cuál es o en qué consiste una lesión constitutiva de falta. En cambio la advertencia de que el hecho no pueda integrar

alguno de los tipos que contiene el artículo 421 obedece a otras razones político-criminales. Por supuesto, esa mención al artículo 421 ha de entenderse hecha solamente a los números 1 y 3 del mismo, pues el segundo, que describe graves consecuencias de la lesión, nunca podrá derivar de una lesión que no haga precisa asistencia médica. Así pues, *la remisión es válida para aquellos casos en los que, aun cuando no haya sido precisa asistencia facultativa más o menos prolongada, el autor ha usado medios o instrumentos capaces de causar grave daño o ha empleado tortura*. En ambos casos el hecho será delictivo con independencia del daño objetivamente producido.

Este primer párrafo del artículo 582 obliga a construir un concepto de «lesión» que pueda diferenciarse del «golpe o maltrato»; y ese concepto no puede ser otro que el de «alteración», por mínima que sea, de la integridad física. Claro está que habrá situaciones fronterizas de difícil solución; por ejemplo, un hematoma, que no requiere curación alguna, no deja de ser una alteración en cuanto implica pequeñas roturas de algunos capilares, y por lo tanto tendría que incluirse, en principio, en el primer párrafo del artículo 582; pese a lo cual la opinión general será la de que un hematoma no es «una lesión». Cualquier decisión que se adopte en estas situaciones será igualmente defendible, pero entiendo que, a falta de otros criterios legales, la alteración de la integridad ha de interpretarse taxativamente, de manera que al segundo párrafo del precepto solamente pueden ir a parar acciones que no produzcan alteración, marca o señal de especie alguna. Quizá el legislador pudo haber recurrido al criterio de la necesidad o innecesidad de asistencia médica o facultativa por elemental que sea, pero es de ver que, de acuerdo con una política represora de la violencia, ha preferido abrir el concepto de lesión absolviendo lo que hasta ahora no hubiera pasado de maltrato o violencia física.

### **11.2. El segundo párrafo del artículo 582: los malos tratos**

Esta segunda parte del precepto regula el «mínimo» de violencia punible contra las personas. Consiste en golpear o maltratar sin «causar lesión», idea cuyo significado se infiere de lo antes dicho sobre el alcance del primer párrafo. En su virtud se dispone una penalidad sensiblemente inferior —dentro de la relativa levedad de estos castigos—, pues puede quedar en multa de 25.000 pesetas.

El segundo inciso, en cambio, dispone la pena de arresto menor en toda su extensión para los que maltraten al cónyuge, o persona con la que exista análoga relación, o los hijos menores. En este caso la pena es la misma que la de la lesión del párrafo anterior. El legislador sigue así la pauta marcada en el artículo 425 en cuanto a proteger al grupo familiar frente a la violencia ejercida por alguno de sus

miembros; este segundo párrafo del artículo 582 sanciona el maltrato aislado, mientras que el 425 se dedica al sistemático o continuado. Existen, no obstante, algunas pequeñas pero visibles diferencias entre ambos preceptos en relación con el ámbito de personas protegidas; y así, mientras que el 425 menciona a cónyuge o persona con relación análoga, hijos sujetos a la patria potestad, pupilos, menores e incapaces sometidos a tutela o guarda, el 582, párrafo segundo, enumera a cónyuges o personas con análoga relación, ascendientes, e hijos menores. De este modo resulta «no agravado el maltrato a pupilos e incapaces sujetos a tutela, y, en cambio, los ascendientes no se mencionan en los malos tratos habituales del artículo 425.

## 12. CONCLUSION

Una vez recorrido el nuevo articulado regulador de los delitos y faltas de lesiones, y hecha que ha sido la comparación con el texto anterior, se pueden extraer algunas ideas:

a) Disponemos actualmente de una regulación legal de las lesiones razonablemente moderna, parecida a la que ofrecen otros Códigos europeos promulgados en los últimos años. La regulación anterior era obsoleta en lo técnico, despreciaba las garantías derivadas del principio de legalidad, y obedecía a una política criminal vagamente inspirada en un simple retribucionismo, pero en todo ajena al problema genérico de la excesiva violencia apreciable en nuestros tiempos. La nueva normativa diseña una política legislativa y criminal que aborda por igual los males causados en la integridad física y salud de las personas y el problema básico: la violencia que da lugar a esas consecuencias.

b) Las garantías derivadas del principio de legalidad aparecen respetadas. La elección entre cerrado legalismo y recurso al arbitrio judicial para decidir la subsunción de hechos en tipos se ha resuelto, en algunos casos, en favor de este último, en el convencimiento de que una normativa tasada y cerrada es incapaz de acoger la multiplicidad de situaciones imaginables.

c) A la vista de las nuevas reglas parece evidente que el bien jurídico que se protege es más amplio que el anterior. La integridad física «strictu sensu» se complementa con la salud (ausencia de enfermedad) física o mental. La nueva regulación del consentimiento para esterilizar a incapaces permite entender que el legislador no concibe la salud como algo que pueda quedar al margen de la capacidad de disfrutar la vida en lo posible, y por eso puede comprenderse que lo que anteriormente se hubiera considerado una lesión grave pase a ser tenido como un potencial modo de proporcionar libertad y disfrute a determinadas personas, que en el fondo resultan así protegidas.



d) Puede objetarse, pero eso escapa del ámbito de la Ley de Actualización, que el equilibrio entre las diferentes partes del Código hubiese debido conducir a reformar otros títulos, y también a disponer un sistema de reacciones penales más ágil que el de las penas medidas con arreglo al sistema de grados y escalas. Pero eso es tarea que solamente pueda acometer un Código penal enteramente nuevo.



## ¿Terrorismo o terrorismos? Diálogo sobre un singular plural (\*)

REYNALD OTTENHOF (\*\*)

Catedrático de la Universidad de Pau y de los Países del Adour.  
Secretario General Adjunto de la Asociación Internacional de Derecho Penal

Las líneas que dedicamos al tema escogido para nuestra contribución no tienen otra finalidad que tomar parte en el homenaje colectivo nacional e internacional, rendido al Maestro prestigioso a quien van dedicadas estas páginas. Distan de estar al nivel, no sólo de la afectuosa y fiel amistad, sino también de la respetuosa y profunda admiración que nos inspira «Don Antonio». Será mediante un homenaje más específico, más «íntimo», como la Universidad a la que pertenecemos, honrará a su primer Doctor Honoris Causa, y como nuestro Centro felicitará a su más fiel amigo y colaborador.

Los privilegiados lazos que acabamos de evocar justifican el título y el subtítulo de nuestra contribución. Cuando en 1972 conocimos al profesor Beristain a través del Señor Presidente Don Jean Pinatel, con ocasión de una reunión que tuvo lugar en Ustaritz, en el norte del País Vasco (parte francesa), en los locales del Service de Recherche de la Sauvegarde de l'Enfance du Pays Basque, las relaciones que se establecieron estuvieron, desde el principio, marcadas por una doble dimensión: la dimensión criminológica por una parte y la dimensión vasca, por otra. Y si algunos, en su momento, pudieron juzgar con una cierta condescendencia esta colaboración geográfica e intelectualmente limitada, restringida al campo de la Criminología internacional (y cosmopolita), el XXVI Curso Internacional de Criminología (Pau, Bayona, San Sebastián, 1976) les proporcionó la ocasión de revisar su juicio.

---

(\*) Artículo publicado en francés, en DE LA CUESTA, J. L., DENDALUZE, I., y ECHEBURUA, E. (comp.), *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, IVAC-KREI, San Sebastián, 1989, pp. 1185-1190.

(\*\*) Traducción de Augusto MAESO, Secretario Judicial.

Dentro de este espíritu, Antonio Beristain nos pidió, en esta época, exponer, en Bilbao, por invitación del ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya, los aspectos criminológicos del Terrorismo. Se trataba de un verdadero desafío, tanto científico como político, si se recuerda el clima que reinaba en la provincia en esa época. El debate que se entabló tras la conferencia, nos permitió augurar la previsible evolución de la democracia en España y, en particular, en el País Vasco. La presencia —muy verosímil— entre los oyentes, de personas próximas a medios terroristas confirió al diálogo un clima de gravedad, y la impresión, confirmada por la continuación de los acontecimientos, de las ocasiones perdidas para acabar con la violencia y el terrorismo.

Hoy nos gustaría continuar este diálogo confrontando, en su actual estado, nuestros propios análisis (1) con los del profesor Beristain (2). Se verá así que llegados el uno y el otro al análisis del fenómeno por vías diferentes (I), debíamos encontrarnos en un mismo terreno (II).

## I

Respecto al análisis del «fenómeno terrorista», la problemática planteada por el profesor Beristain resulta diametralmente opuesta a la nuestra.

A) En su estudio fundamental, que hemos publicado en el volumen 57 de la *Revue Internationale de Droit Penal* (3), el profesor Beristain analiza «los terrorismos en el País Vasco y en España». Y el autor nos recuerda que «hay varios terrorismos. Al menos tres: un terrorismo subversivo (de la extrema derecha y de la extrema izquierda), un terrorismo represivo (tortura policial, tortura o malos tratos crueles e inhumanos en las instituciones penitenciarias), y un terrorismo legal de los poderes establecidos (leyes injustas, economía injusta, pedagogía y vida social privada de valores, excesivamente represiva y por lo tanto injusta, sobre todo para los jóvenes). Estos diversos terrorismos adoptan rasgos radicalmente distintos en los países con regímenes políticos opuestos». Así, el autor viene a recordar

(1) R. OTTENHOF: «Lignes directrices pour une approche criminologique du terrorisme», *Rev. Sc. Crim.*, 1988, p. 371 y s.; 594 y s.; 848 y s. (tres capítulos).

(2) A. BERISTAIN: «Les terrorismes au Pays Basque et en Espagne», *Rev. Inter. Dr. Pén.*, 1986, p. 133 y s. Artículo publicado en España, con el título «Los terrorismos en el País Vasco y en España», en *Sociedad de Estudios vascos, cuadernos de sección Derecho 2*, San Sebastián, 1985, p. 162-199; en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 28, 1986, p. 5-35; en F. REINARES, *Violencia y Política en Euskadi*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1984, p. 169-195 (reducido) y en BERISTAIN, A. y DE LA CUESTA, J. L. (comp.) *La droga en la sociedad actual. Nuevos horizontes en Criminología*, C.A.P., San Sebastián, 1985, p. 339-370.

(3) V. *supra* nota 1.

oportunamente la necesidad de no limitarse a la sola estigmatización del terrorismo «común», practicado por grupos minoritarios (étnicos, religiosos, políticos o filosóficos). La existencia de un terrorismo institucional (prácticas policiales o penitenciarias), y un terrorismo de Estado, amparado tras la máscara de una pseudolegalidad, no debe ser silenciada, sobre todo en la medida en que sus formas perniciosas sirven tanto para alimentar, como para justificar el terrorismo «subversivo».

Al sugerir la existencia de otras formas de terrorismo, al lado de las tres formas principales antes mencionadas, A. Beristain invita a no perder de vista otras posibles distinciones y piensa, por supuesto, en la distinción clásica entre terrorismo interno y terrorismo internacional. La distinción no excluye, sin embargo, la existencia de posibles colaboraciones, en razón a los lazos de solidaridad existentes entre los movimientos terroristas. Asimismo, conviene no perder de vista el concurso prestado por «Estados terroristas» a movimientos terroristas internacionales o internos. La Internacional del Terror constituye un fenómeno ambiguo, polimorfo, inasequible, y, en resumen, incontrolable.

El polimorfismo del terror se ve acentuado por la diversidad de procedimientos —por no hablar de especialidades— terroristas. Los *modus operandi* varían según las épocas, los lugares, los objetivos y, en una palabra, las «culturas» terroristas: atentados, secuestros de aviones, raptos, tomas de rehenes, operaciones de comandos, etc. Todas las formas de violencias físicas y morales se combinan, se acumulan para dar al terrorismo su aspecto desconcertante, inasequible, patente en sus formas más «banales» (asesinato, incendio, actos de tortura). En ciertos casos, el terror reside más en la especificidad de los blancos o en las víctimas que en los medios empleados.

En otras palabras, lo que destaca en el análisis del profesor Beristain, es el carácter plural del terrorismo (aludido en el subtítulo de nuestra contribución), del cual conviene ser consciente para un mejor análisis.

B) La misma preocupación de buscar un intento de explicación criminológica del fenómeno terrorista nos conduce en sentido contrario. Partiendo de la base, también elaborada por A. Beristain, del carácter polimorfo del terrorismo, nos ha parecido necesario buscar el hilo de Ariana capaz de permitir una aproximación de conjunto al fenómeno. Esta preocupación de buscar un posible denominador común entre las diferentes formas de terrorismo no se fundamenta solamente en una actitud cartesiana, más o menos preocupada por favorecer las explicaciones monistas, en resumen reductoras y simplificadoras. Se basa en una doble preocupación:

Desde un punto de vista axiológico, por una parte, la loca búsqueda —y hasta el presente con nulos resultados— de una definición jurídica del terrorismo, con el fin de incriminar específicamente los

actos que le caracterizan, impone la búsqueda de un fundamento criminológico apropiado aplicado al comportamiento tipificado. El probado fracaso de tal búsqueda conduce en general a los legisladores a asignar a formas de violencia ya incriminadas en derecho común, una finalidad específica, generalmente cualificada, como puede ser el recurso... al terror. La actitud es comparable a la observada en la infracción política (4). El razonamiento tautológico denunciado en general por la doctrina, demuestra lo pretencioso de tal actitud: deslizando el elemento material al elemento moral de la infracción el problema ha sido solamente desplazado y, probablemente complicado, al menos en el terreno de la prueba.

Desde un punto de vista pragmático, por otra parte, la elaboración de una política criminal apropiada en materia de lucha contra el terrorismo necesita de una comprensión suficiente del fenómeno, para lo cual es preciso un análisis criminológico. En otras palabras, si se desea reaccionar contra el terrorismo de modo diverso a la mera agravación de la represión, al precio a menudo caro de la desviación del sistema represivo, o incluso por una especie de «prevención situacional» laboriosamente organizada —y rápidamente deformada— *contra tal o cual forma de terrorismo, se debe buscar el significado criminológico común a las diferentes manifestaciones terroristas*. Dicho de otro modo —como lo sugiere el subtítulo de nuestra contribución— lo que intentamos encontrar es lo que hay de singular en la pluralidad de terrorismos mencionados por el profesor Beristain.

Ahora bien, detrás de esta aparente oposición en la aproximación al fenómeno, se esconde en realidad una verdadera complementariedad en el plano explicativo. Es lo que la continuación del diálogo va a permitir establecer.

## II

Una vez planteada la pluralidad de los terrorismos, no solamente en un plano general, sino también especialmente en el País Vasco y en España, el profesor Beristain destaca la necesidad de analizar los «factores etiológicos» de estos terrorismos. Después de recordar la distinción fundamental entre fuerza y violencia, subraya a este respecto que «la violencia se manifiesta de manera especial en los terrorismos». Se encuentra aquí, subyacente, la noción de «violencia-terror» que cabe apreciar a menudo en la literatura norteamericana.

Respecto al análisis de esta violencia, específica, común a las diferentes formas de terrorismos, el autor recuerda que «la explicación de estas causalidades no significa justificación». Es lo que nosotros

---

(4) «Le Droit Pénal Français à l'épreuve du Terrorisme», *Rev. Sc. Crim.*, 1987, p. 607 y s. y las referencias citadas.

mismos expresabamos, indicando que «una actitud comprensiva no constituye una actitud aprobativa del terrorismo». La precisión parece impuesta por la constatación demasiado frecuentemente realizada, en la literatura especializada, de actitudes bien apologéticas, bien despreciativas, igualmente alejadas de toda objetividad científica. Al igual que el delincuente político, el terrorista induce al analista a actitudes pasionales, ligadas al sistema de valores propios de un individuo o de una colectividad. La tentación es tanto mayor cuando se pasa de los terrorismos en general a su concreción en un lugar determinado. Ahora bien, respecto a los terrorismos en el País Vasco, el profesor Beristain y nosotros confluimos tanto en el terreno explicativo como en el de las respuestas que convendría aportar.

A) La búsqueda de un denominador común a todas las formas de violencia terrorista nos condujo a formular la proposición según la cual «el terror es la forma más degradada de lenguaje». Esta proposición, formulada en un principio en forma interrogativa, se transformó progresivamente, en hipótesis de trabajo, conforme encontraba la aprobación —más o menos crítica— de nuestros interlocutores. Obligados a afinar poco a poco el análisis inicialmente intuitivo, encontramos progresivamente las bases científicas en la Psicología, el psicoanálisis, la Lingüística, y finalmente, en la Criminología. La contribución titulada «Criminología y Lingüística» que se publica en este homenaje al profesor Beristain, del Señor Presidente Don Jean Pinatel, que constituye, tanto para nosotros como para tantos otros, el más eminente de los criminólogos, y cuya identidad vasca refuerza aún más su autoridad en la materia, tiene para nosotros el valor de símbolo. Por ello nos satisface enormemente haber podido encontrar una confirmación de nuestra tesis en estas magníficas líneas del profesor Beristain, que resumen para nosotros toda la problemática del terror: «En el campo particularmente criminológico ayudará el aclarar cuál es la importancia de la reciprocidad, cuál es el influjo consciente o inconsciente estructurante de una lengua materna rechazada a nivel del individuo, de los grupos humanos y de los pueblos, cómo incide la coexistencia de tres órdenes legislativos, lingüísticos, culturales, sobre una etnia preindoeuropea muy diferenciada de las etnias vecinas. Pensemos aquí en la tripe influencia vasca, española y francesa».

Convendría, a nuestro modo de ver, investigar si en la estructura muy particular de la lengua vasca, cuyo aprendizaje es considerado tan difícil para los no vascos, no reside una dificultad fundamental de comunicación social, cuyos indicios se encuentran en los resultados de «la encuesta sobre la violencia en Euskadi» publicada como anexo de la contribución precitada del profesor Beristain (5).

---

(5) *Rev. Inter. Dr. Pén.*, 1986, p. 170 y 171.

En este orden de ideas, atribuimos una particular importancia a la función simbólica del lenguaje. Así, es bien sabido que el pueblo vasco otorga un valor primordial a los símbolos, de los cuales del árbol de Guernica constituye el arquetipo. Las palabras que Antonio Beristain dedica a estos símbolos y a su expresión artística son de una gran belleza. Se encuentran igualmente, a través de los símbolos y del amor a la naturaleza, las similitudes que habíamos señalado entre los movimientos terroristas y los movimientos ecologistas: el blanco que constituyó la central de Lemóniz en el País Vasco constituye el ejemplo típico. Estos diferentes rasgos vienen a fundarse en la dimensión religiosa del terrorismo en el País Vasco, respecto a la cual el autor expresa con una gran sensibilidad su especificidad, teñida de paganismo (supervivencia de los símbolos naturales) y de maniqueísmo.

Si fuese preciso completar este análisis a partir de nuestra tesis, querríamos recordar que la lengua no constituye la única forma de expresión de un pueblo o de un individuo. Hemos subrayado la importancia de otras formas de expresión. Así, lo que caracteriza en nuestra opinión la superioridad del pueblo vasco con relación a otras etnias, es la excepcional calidad que presentan entre ellos otras formas de expresión consideradas como privilegiadas: el canto, la danza, la pintura, la escultura y el deporte. La cultura vasca continúa expresando con una vivacidad asombrosa, las virtudes catárticas de estas diferentes formas de expresión. Por ello, la represión cultural, eminentemente castrante, ejercida por cualquier otra cultura, no podría tener más efecto que el de privilegiar las dimensiones más primitivas de un pueblo cuyos defectos son inseparables de sus virtudes (6).

La anterior proposición contiene en sí misma la clave de las respuestas a aportar, en nuestra opinión, al terrorismo. Nuestras proposiciones y las del profesor Beristain se reencuentran en los dos planos que hemos esbozado.

En el plano interno, al igual que hemos subrayado la imperiosa necesidad de desarrollar una «pedagogía del lenguaje» y de la comunicación, a fin de intentar sublimar las expresiones sumarias en forma de violencia, A. Beristain sugiere que «quizá convendría empezar por una nueva Pedagogía». Si está claro que en un mundo que se abre a la comunicación internacional, el aprendizaje de «segundas» lenguas resulta indispensable, las frustraciones engendradas por la represión ejercida contra la lengua materna tienen una profunda virtud desestructurante de la personalidad. La prevención de la violencia terrorista necesita por consiguiente una política abierta de protección de las identidades culturales, y especialmente lingüísticas. Desconocer

---

(6) «El pueblo vasco es un pueblo aún primitivo, con todas las magníficas virtudes y todos los grandes defectos del primitivismo». José de Arteche, citado por A. Beristain.



este hecho, o subestimarlos, expone a las culturas hegemónicas a crueles desengaños.

En el plano internacional, el profesor Beristain, preconiza, como nosotros mismos lo hemos hecho, el recurso eventual a una jurisdicción internacional: «En supuestos extremos de abuso del poder democráticamente establecido, los autores de estas acciones convendría que fuesen juzgados por un Tribunal Internacional». Esta internacionalización de la reacción social, por poco realista que pueda parecer en el estado actual del Derecho Internacional, tendría al menos el mérito de desapasionar la represión, de salvaguardar el orden jurídico interno, demasiado a menudo maltratado por las legislaciones de excepción y los servicios paralelos, en aras de una protección internacional de los Derechos del Hombre fundada en la estricta aplicación de instrumentos internacionales. Así se pondría fin al trágico cara a cara en que se enfrentan los estados juzgando a «sus» terroristas.

Así aparece, al término de este breve análisis, que la actitud diametralmente opuesta entre un análisis del terrorismo o de los terroristas, nos conduce a resultados idénticos o complementarios. En realidad, no cabe extrañarse por ello. Por una parte, como buen criminólogo, el profesor Beristain, aplica metódicamente la regla esencial de la primacía de la descripción. Por nuestra parte, a consecuencia de nuestro análisis previo, intentamos aplicar al terrorismo la regla de los niveles de interpretación.

En este campo, las lecciones del profesor Beristain han sido siempre para nosotros de una riqueza incomparable. Haciéndonos captar las dimensiones subjetiva, estética y espiritual de los problemas jurídicos y criminológicos, nos invita a elevar el debate a la dimensión del Ser y de su Palabra (7). Lo cual fundamenta, para siempre, la cariñosa admiración que, como tantos otros, estamos orgullosos de poderle testimoniar.

---

(7) Alusión a la tesis de nuestra esposa, la Doctora Josien Ottenhof, de la cual Don Jean PINATEL da cuenta en su contribución anteriormente citada «Criminología y Lingüística», publicada en esta obra.



# La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común

CARMEN LAMARCA PEREZ

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

**SUMARIO:** I. La legislación antiterrorista, una excepción normalizada.—II. Reformas penales: 1. El mantenimiento de la noción legal de terrorismo y su matización por el Tribunal Constitucional. 2. La banda armada como asociación ilícita. 3. La agravación de la responsabilidad criminal por causa de terrorismo. 4. El terrorismo como motivo de atenuación. 5. Aspectos penales que efectivamente retornan al régimen ordinario.—III. Reformas procesales: 1. Ambito de la normativa y competencia jurisdiccional. 2. El nuevo régimen de suspensión de las garantías.

## I. LA LEGISLACION ANTITERRORISTA, UNA EXCEPCION NORMALIZADA

Con frecuencia, los juristas nos lamentamos de que la realidad social avanza con mucha mayor rapidez que las previsiones del legislador; el ordenamiento jurídico puede así terminar ofreciendo respuestas inadecuadas o insuficientes para la regulación de algunos conflictos sociales y sólo en momentos de grandes cambios políticos, tal vez como el vivido en la llamada transición democrática, parece acometerse en profundidad la tarea de las reformas legislativas; pero, incluso entonces, el largo itinere que ha de recorrer la producción normativa puede provocar en algunos casos que, como se ha dicho, el derecho nazca ya viejo. Estas observaciones tienen, sin embargo, una importante excepción dentro del ámbito penal: se trata de la denominada legislación antiterrorista, cuya incesante reforma contrasta, ciertamente, con la escasa atención que el legislador dedica a otras materias.

Es cierto que la importancia del fenómeno terrorista requiere, entre otras medidas, una respuesta adecuada y urgente en el plano jurídico-penal, pero la quizás excesiva frecuencia con que se suceden estas respuestas —la legislación anterior no ha llegado siquiera a computar

cuatro años de vigencia— nos produce tanta inquietud, aunque lógicamente de signo contrario, como la manifestada sobre el envejecimiento de las normas y cabe preguntarse si existen motivos suficientes para justificar esa constante modificación legislativa. Es decir, cabe preguntarse si la realidad sobre la que opera este tipo de normas ha experimentado tan continuas evoluciones que haya exigido de la prudencia del legislador una adecuación de la respuesta jurídica o si, por el contrario, como cabe sospechar a la vista del carácter meramente formal y a veces cosmético de las reformas, tal aceleración legislativa se inspira más bien en consideraciones o estrategias políticas que desbordan el sentido de las normas penales, comprometiendo de paso los valores de certeza y seguridad jurídica.

Porque, como ya señalábamos en un trabajo monográfico anterior (1), la materia antiterrorista sufre desde sus orígenes un proceso de «motorización legislativa» que se hace especialmente patente desde que se inicia en nuestro país el llamado período de transición democrática; desde entonces, se han venido sucediendo un elevado número de leyes de carácter penal, procesal o que regulaban conjuntamente ambos aspectos y cuya frecuencia llegó incluso a crear confusión sobre la normativa vigente en cada momento (2). En cuanto a su contenido, una vez concluido el proceso de «destipificación» del delito de terrorismo y reconducido éste a la agravación de tipos delictivos comunes (3), pocas novedades han ofrecido las sucesivas reformas; es más, en no pocos casos las mismas se han limitado sencillamente a un mero cambio técnico en el sistema de producción normativa; en particular, destaca la constante vacilación entre Ley especial y Código penal a la hora de elegir instrumento normativo adecuado para acoger las sucesivas regulaciones.

Precisamente este cambio de técnica legislativa se ha producido de nuevo en la última de las reformas que afectan a la normativa antiterrorista que, en virtud de las Leyes Orgánicas 3 y 4, de 25 de mayo de 1988, ha quedado incorporada a la legislación común. Por lo demás, esta fue quizá la cuestión más polémica al debatirse en el Congreso de los Diputados los mencionados Proyectos de Ley Orgánica (4).

(1) *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, «Ministerio de Justicia», Madrid, 1985, pp. 58 y ss.

(2) Así, desde 1977 se han promulgado más de quince disposiciones relacionadas con el terrorismo. Véase el Índice Cronológico de Disposiciones incluido en el trabajo anteriormente citado, pp. 465 y ss.

(3) El proceso de destipificación del delito de terrorismo, concebido éste como tipo específico y de motivación política, culmina con la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, que deroga los artículos 260 a 262 y Anexos 1, 2 y 3 del Código penal. A partir de entonces las sucesivas disposiciones aludirán a este fenómeno como la comisión de delitos comunes por grupos o bandas organizadas y armadas, desapareciendo incluso en un primer momento el «nomen iuris» terrorismo. Véase, más ampliamente, el trabajo anteriormente citado, pp. 162 y ss.

(4) Véanse los «Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados» de fecha 19

Por nuestra parte, que la legislación antiterrorista haya sido integrada de nuevo en los Códigos penal y procesal no es, con mucho, lo más importante y ello porque, en realidad, se siguen aplicando las mismas disposiciones que preveía la derogada Ley especial 9/1984, de 26 de diciembre. Desde luego, la normativa precedente era una legislación especial en sentido formal, dado que se situaba al margen del Código, pero acaso pueda preguntarse si sustantivamente no lo sigue siendo la hoy vigente, pues, en suma, tanto aquélla como ésta responden a una misma técnica: agravar la responsabilidad criminal de los autores de determinados delitos cuando se trate de «personas integradas o relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes». Un problema distinto es si estas disposiciones, comunes o especiales, pero en todo caso específicas, son además, o al menos deben ser, excepcionales en el sentido de que las medidas que prevean, especialmente las de carácter procesal, deban tener una limitación temporal.

A mi juicio, la legislación antiterrorista debe nacer con vocación de transitoriedad (5). Se trata de hacer frente a la desmedida extensión de un género de delincuencia para cuya represión se juzgan en ese momento ineficaces o insuficientes los medios habitualmente previstos por la legislación ordinaria. Este carácter de norma excepcional viene impuesto, además, por el artículo 55 de la Constitución que dentro de un marco de excepción habilita en su número segundo al legislador para que pueda suspender determinados derechos en relación con las investigaciones por actividades terroristas. No se trata, sin embargo, como señalaba el Diputado socialista señor Navarrete, de que «determinados derechos reconocidos al común de los ciudadanos están exceptuados cuando se trata de aplicarlos a los terroristas» (6), sino de la interrupción temporal del ejercicio de esos derechos reconocidos, sin excepción, para todos los ciudadanos. De otro modo, la medida de suspensión prevista en el mencionado artículo 55.2.º se convierte en una restricción permanente de derechos, lo que es claramente contrario al espíritu y al propio texto constitucional (7).

No obstante, este carácter de norma excepcional es precisamente el que se ha negado a la última reforma, del mismo modo que sucedió con la derogada Ley Orgánica 9/1984 (8) y, por ello, insisto en que

---

de febrero de 1988, pp. 5333 y ss., de 9 de marzo de 1988, pp. 8492 y ss., y 17 de marzo de 1988, pp. 5956 y ss.

(5) En este mismo sentido véanse las intervenciones de los señores Diputados Azcárraga, Sartorius y Bandrés en las fechas y páginas de los «Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados», citados anteriormente.

(6) «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», de 17 de marzo de 1988, pp. 5966.

(7) Véase más ampliamente sobre esta cuestión *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, citado, pp. 365 y ss.

(8) A partir de la Ley Orgánica 11/1980 desaparece cualquier límite a la vigencia temporal que solía acompañar a la legislación antiterrorista. La referida Ley Orgánica

resulta poco relevante desde una perspectiva jurídica que la represión del terrorismo se regule por una Ley común o especial, técnica esta última que resultaría más adecuada de hallarnos ante medidas temporales.

Por otra parte, la incorporación de esta normativa a la legislación ordinaria lo que sí puede es responder a otras motivaciones diferentes que se estimen incluso tanto o más valiosas que las estrictas razones técnicas. En este sentido, no hay que olvidar que los análisis sobre estas disposiciones hacen constante referencia a su marcado carácter simbólico, a la función propagandística y de política criminal que cumplen (9); como decía el Diputado señor Cavero, la incorporación de las normas antiterroristas a la legislación común es una cuestión de «imagen» (10), en concreto, de una imagen que contribuya a despolitizar el terrorismo, que es uno de los permanentes propósitos del legislador de los últimos años.

Por ello, coincido con Terradillos, cuando señala que la incorporación al Código penal significa «un intento de superación de la anterior legislación de emergencia y de retorno a la normalidad», lo que supone «el reconocimiento de que el terrorismo no es un fenómeno coyuntural, sino una forma de criminalidad incardinada en la cotidianidad y percibida por el poder como un elemento patológicamente estructural, al que no conviene hacer frente como instrumentos transitorios» (11). Se trata, entonces, de presentar el terrorismo como una forma más de delincuencia y al terrorista como al más común de los delincuentes, aunque en este proceso de «normalización» resulte cuando menos paradójico que se sigan aplicando tan graves medidas especiales. De ahí que tal vez sea un efecto no querido, pero la incorporación de las disposiciones antiterroristas a la legislación común y sin límite temporal alguno, contribuye a acentuar esa otra «imagen» de autoritarismo que de vez en cuando refleja el Estado democrático y que no sólo afecta al Derecho penal (12).

Por lo demás, creo que las razones políticas tampoco han estado ausentes de los criterios que han inspirado los aspectos sustantivos de la reforma. Porque, si bien es cierto que una sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 16 de diciembre de 1987, había declarado la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la derogada Ley

---

9/84 preveía en su Disposición Final 2.<sup>a</sup> una limitación de dos años de vigencia para determinados preceptos pero precisamente ninguno de ellos constituía un desarrollo de las previsiones aludidas en el artículo 55,2.º de la Constitución.

(9) Véase, por todos, FERRAJOLI, L., *Terrorismo y crisis tardocapitalista*, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, en *Justicia y Delito*, Comp. V. Pérez-Mariño, Universidad Menéndez Pelayo, 1981, p. 59.

(10) «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», de 11 de febrero de 1989, p. 5251.

(11) TERRADILLOS, J., *Terrorismo y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 13.

(12) En este mismo sentido, véase GARCÍA RIVAS, N., *Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político*, en «Poder Judicial», núm. 10, 1984, p. 107.

Orgánica 9/84 (13) y, por tanto, podría pensarse que la nueva Ley es una consecuencia ineludible de la mencionada sentencia, sospecho, con Prieto Sanchís, que las cosas sucedieron al revés: «no fue el imperativo de defensa de las libertades lo que provocó la reforma, imperativo vigente desde hacía diez años, sino una consideración política o de oportunidad sobre la eficacia de la Ley antiterrorista la que llevó al ánimo del legislador la necesidad de un cambio de rumbo; de hecho, el Proyecto de Ley de modificación se presentó al Congreso antes de que se conociese la sentencia» (14).

## II. REFORMAS PENALES

### 1. El mantenimiento de la noción legal de terrorismo y su matización por el Tribunal Constitucional

No parece que las Leyes Orgánicas 3 y 4 de 1988 representen un cambio sustancial en el tratamiento penal y procesal del terrorismo; siguiendo una línea iniciada en el período de transición democrática, la noción de banda armada u organización terrorista o rebelde constituye el elemento nuclear para la definición legal de terrorismo y los delitos comunes se mantienen como la forma ordinaria de exteriorización de este fenómeno; en segundo lugar, el tradicional tratamiento agravatorio aparece combinado con una estrategia de atenuación para los «terroristas arrepentidos», tal y como se había iniciado en la precedente Ley Orgánica 9/84 y, finalmente, se consolida la denominada suspensión individualizada de derechos, si bien esta materia es la que ha sufrido las más importantes modificaciones.

En efecto, este continuismo en los rasgos generales de la respuesta jurídica al terrorismo se manifiesta ante todo en la noción legal que sobre el mismo cabe inferir de la última reforma. La nueva legislación sigue estando específicamente referida a las «personas integradas o relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas y rebeldes»,

---

(13) En concreto, la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional declaró inconstitucional extender la aplicación del ámbito procesal de la Ley Orgánica 9/84 a quienes hicieren la apología de los delitos contemplados por la misma (art. 1, párrafo 2); la prolongación, hasta diez días, de la detención preventiva (art. 13); la medida de incomunicación decretada por la autoridad gubernativa si no va acompañada de simultánea solicitud de confirmación al órgano judicial competente (art. 15,1.º) y la clausura de medios de difusión (art. 21).

(14) PRIETO SANCHÍS, L., *Los derechos fundamentales tras diez años de vida constitucional*, trabajo en prensa que he podido consultar por gentileza del autor. En este mismo sentido, señalaba el Diputado señor Azcárraga durante el debate parlamentario que la referida sentencia del Tribunal Constitucional «ha llegado curiosamente justo en el momento en que el Gobierno anunciaba el envío a la Cámara de las reformas que hoy debatimos, añadiendo que «si el Tribunal Constitucional tarda unos días más en dictar sentencia posiblemente lo hubiera hecho sobre una Ley inexistente». «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», de 11 de febrero de 1988, p. 5334.

de modo que, tal y como la jurisprudencia de la Audiencia Nacional ha venido señalando (15), y el Tribunal Constitucional ha confirmado (16), la existencia de una organización de estas características se constituye en requisito indispensable para la aplicación de las normas antiterroristas, sin que quepa extender su ámbito al denominado «terrorismo individual».

Pero este elemento estructural, la organización armada, creo que se muestra insuficiente si no va acompañado de otro elemento teleológico constituido por la finalidad política o de alteración del orden constitucional. Aun cuando las normas de desarrollo del artículo 55,2.º de la Constitución hayan pasado a formar parte de la legislación ordinaria, tal vez con el ya comentado propósito despolitizador, los argumentos que en el régimen precedente exigían la presencia de esa finalidad política (17) mantienen hoy plena virtualidad.

La doctrina del Tribunal Constitucional introduce algunas matizaciones, pero creo que en lo esencial confirma nuestra aproximación al problema. En la ya citada sentencia de 16 de diciembre de 1987 se comienza indicando que no cabe excluir por principio la aplicación de la Ley antiterrorista a «grupos u organizaciones criminales sin objetivo político alguno», es decir, a las bandas armadas comunes; pero, seguidamente, lo que pudiera parecer eliminación del elemento político se torna más bien en un intento de objetivarlo, pues, al postular una interpretación confesadamente restrictiva y que conecta la noción de banda armada con el concepto de elemento terrorista, resulta que debe reputarse inconstitucional cualquier extensión de la normativa a «personas o grupos que actuaran con armas sin provocar el terror en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro».

---

(15) Véanse las sentencias de la Audiencia Nacional analizadas por E. MESTRE, en *Delincuencia Terrorista y Audiencia Nacional*, «Ministerio de Justicia», Madrid, 1987, pp. 163 y ss. Aunque la Ley Orgánica 4/88 utiliza en la redacción del artículo 384 bis) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el término «individuos terroristas», ello no significa, a nuestro juicio, dar entrada ahora a la modalidad del terrorismo individual, sino que, como señaló en el curso del debate parlamentario el Diputado señor Valls, parece tratarse únicamente de evitar la repetición de palabras en el texto de la Ley. «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», de 9 de marzo de 1988, p. 8518.

(16) La sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1987, en su fundamento jurídico 4.º, define el terrorismo como «violencia social o política organizada» que, «lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales...», se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones».

(17) Expuesto de modo muy sintético, en nuestro trabajo señalábamos que el significado teleológico de la banda rebelde, así como la ponderación de un argumento histórico de los trabajos parlamentarios y una exigencia de coherencia y seguridad jurídica, obligaba a circunscribir la esfera de las asociaciones afectadas por la Ley Orgánica 9/84 a aquellas que presentaban una indubitada finalidad política concretada en la alteración del orden constitucional. *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, citado, páginas 235 y ss. En el mismo sentido, véase ARROYO, L., *Terrorismo y Sistema penal*, en «Reforma política y Derecho». Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 162 y ss.



A mi juicio, de la doctrina expuesta cabe extraer dos conclusiones: en primer lugar, el Tribunal Constitucional admite que es consustancial al fenómeno terrorista la presencia de un elemento político o de alteración del orden constitucional; pero admite también, en segundo lugar, que las medidas del artículo 55,2.º de la Constitución puedan ser aplicadas no sólo a los integrantes o colaboradores de este tipo de organizaciones, sino a los de aquellas bandas armadas comunes que aun sin proponérselo directamente logren esos mismos objetivos políticos (18). En definitiva, creo que la sentencia del Tribunal Constitucional va más allá de nuestras propias conclusiones con respecto a la relevancia del elemento político en ese género de normativa; como la propia resolución señala, se trata de ofrecer un tratamiento jurídico unitario frente a las «formas delictivas que suponen, en su intención o en su resultado, un ataque directo a la sociedad y al propio Estado social y democrático de Derecho», es decir, se trata de combatir cualquier género de delincuencia organizada subjetiva u objetivamente política. No obstante, más adelante será preciso volver sobre esta cuestión, pues si bien queda acreditado que la legislación antiterrorista no puede extender su ámbito a cualquier asociación común, creo que también se requiere efectuar una interpretación restrictiva acerca de ese elemento de finalidad o resultado político a que alude la sentencia constitucional, elemento sobre el que por cierto sigue guardando silencio la legislación vigente.

El reconocimiento de la dimensión política del fenómeno terrorista ha sido, por otra parte, el criterio que a lo largo de estos años ha venido sosteniendo la Audiencia Nacional (19), cuya jurisprudencia ofrece, además, una clara distinción entre dos importantes cuestiones: una cosa es admitir la presencia del elemento teleológico en este tipo de actividades delictivas y otra muy distinta que ello signifique caracterizarlas como delitos políticos a los efectos de otorgarles un trato privilegiado en materia de extradición o amnistía (20). De lo uno no hay por qué deducir lo otro, pues la finalidad política,

---

(18) En este mismo sentido, señala Terradillos, a la vista de la sentencia del Tribunal Constitucional, que es «esencial al terrorista el proyecto político», mientras que «en la banda armada ese proyecto puede faltar, pero se requiere que la grave alteración del orden político se integre, incluso como consecuencia no querida, en los proyectos últimos de la banda», *Terrorismo y Derecho*, citado, p. 59.

(19) Así, las sentencias 37 y 47 de 1987 (Secc. 1.ª); 4 y 25 de 1981 (Secc. 3.ª); 29 y 98 de 1983 (Secc. 2.ª); 70 de 1984 (Secc. 2.ª); 15 y 94 de 1985 (Secc. 1.ª y 2.ª) y 52 de 1986 (Secc. 3.ª).

(20) Señala E. Mestre que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han reiterado este criterio cuando los procesados por delitos de terrorismo han solicitado la aplicación de los beneficios de la amnistía de 1977, señalando expresamente la sentencia 29/83 (Secc. 2.ª) «que el claro proceso democrático justifica todavía menos la delincuencia política, máxime si es de tipo violento». No obstante, el tratamiento privilegiado que suponen las disposiciones sobre arrepentimiento quizá pueda considerarse como una revitalización del régimen atenuatorio que en otro tiempo se postuló para la delincuencia política.

por importante que sea, no constituye por sí sola el objeto de criminalización; este elemento político debe exteoriarse a través de una actividad delictiva que es la que justifica una intervención penal que, en otro caso, resultaría incompatible con un Estado de Derecho (21).

Concebir el terrorismo o las formas de delincuencia común equiparadas al mismo como violencia política institucionalizada no vincula, sin embargo, al legislador para la creación de un tipo penal específico (22) y, en este sentido, la reforma sigue también la línea iniciada en el período de transición democrática que llevó a incriminar las actividades terroristas según los correspondientes delitos comunes realizados.

En principio, pues, el terrorismo puede exteriorizarse a través de cualquier tipo penal, si bien lógicamente no todos los delitos, ni siquiera todos los cometidos por «bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes», puede caer bajo el ámbito de aplicación de esta normativa, del mismo modo que ya sucedió durante la vigencia de la Ley Orgánica 9/84 (23). Desde esta perspectiva, la referencia que el vigente artículo 57 bis a) hace a los «delitos relacionados con la actividad» de este tipo de organizaciones supone requerir que la conducta delictiva sea idónea o potencialmente eficaz para la actividad de los grupos terroristas o bandas armadas, esto es, sea idónea para la consecución de fines políticos o para poner objetivamente en peligro el orden democrático.

No procede abordar aquí un análisis exhaustivo de las modificaciones o peculiaridades que se originarán en cada tipo delictivo común con motivo de la aplicación de las normas antiterroristas. De ello nos ocupamos en otro lugar (24), y lo cierto es que la vigente Ley Orgánica se ha limitado a transvasar al Código penal la mayoría de los preceptos de la antigua normativa con algunas ligeras modificaciones.

---

(21) No se trata, por tanto, de criminalizar el «disenso político» y, en este sentido, estoy de acuerdo con Belloch, cuando señala que «en buena lógica el delito político sólo tiene sentido en el ámbito de los regímenes totalitarios», *Introducción al estudio de la Ley Orgánica 9/84, de 26 de diciembre*, en «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 11, enero-abril, 1985, p. 13.

(22) Lo que por cierto sí está previsto en los artículos 488 y ss. de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983, bajo la rúbrica «Delitos de terrorismo y tenencia de explosivos».

(23) Véase *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, citado, p. 283. Obviamente, la organización rebelde, a diferencia de la banda armada o de la organización terrorista, sólo puede exteriorizar su actividad a través del delito de rebelión y es precisamente este modo de exteriorización la única diferencia con respecto a la asociación terrorista.

(24) Véase este análisis en mi citado trabajo *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, pp. 265 y ss.

## 2. La banda armada como asociación ilícita

La función básica que desempeña la noción de banda armada en el marco de la legislación antiterrorista y el propósito de integrar ésta en la normativa común se ha proyectado como lógica consecuencia en los tipos de asociación ilícita. De este modo, se introduce en el artículo 174 del Código penal un tercer supuesto de idéntico contenido al previsto por la Ley Orgánica 9/84 en su artículo 7,1.º con la única y acertada supresión de la referencia a los «cooperadores» (25). No cabe, pues, reseñar ninguna novedad en el tratamiento de este delito, cuya inclusión en la Ley común no oscurece su carácter de tipo específico y agravado, aplicable sólo a determinadas asociaciones, las bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes, es decir, las que se dirigen con su actuación delictiva a lograr la alteración del orden constitucional e incluso las que, sin propósito directo, ponen en peligro ese mismo bien jurídico. Conviene insistir, no obstante, en que la incriminación de estas últimas en base al artículo 174,3.º sólo debe proceder cuando su actividad logre efectivamente los resultados políticos que persiguen los grupos terroristas, pues en otro caso quedarían vacíos de contenido los tipos de asociación ilícita común (26).

Creo que en este sentido hay que interpretar las palabras del Tribunal Constitucional cuando señala que no sólo debe tenerse en cuenta «la nota de permanencia y estabilidad del grupo y su carácter armado, sino también su entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al

---

(25) Según el artículo 7,1.º de la Ley Orgánica 9/84, «Los integrantes de una organización terrorista o rebelde o banda armada, así como quienes prestaren a éstas su cooperación, serán castigados con la pena de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 ptas.». Sobre la crítica a la figura del cooperador, que no es integrante ni colaborador de estas asociaciones, véase *Tratamiento jurídico...*, citado, p. 244.

(26) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte Especial, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 596-597, señala que la «banda armada» es efectivamente un «concepto autónomo» con respecto a la organización terrorista o rebelde, pero entiende que este concepto alude simplemente a la «asociación delictiva de tres a más personas que utilicen armas para la consecución de sus fines», sin requerir, en la línea del Tribunal Constitucional, que la actividad delictiva del grupo ponga objetivamente en peligro bienes jurídicos de carácter político. A nuestro juicio, no cabe, sin embargo, cifrar en el carácter «armado» la diferencia entre una asociación ilícita común y las bandas a que se refieren estas disposiciones; en primer lugar, porque ello supondría reducir los casos de asociación común a los supuestos previstos en los números 1.º y 4.º del artículo 173 y siempre que se tratase de organizaciones desarmadas; en segundo lugar, porque creo que la legislación vigente, al requerir la condición de armada, hace referencia a la disponibilidad de armamento por parte de estas organizaciones y no a su utilización en la acción delictiva concreta; de hecho, como luego veremos, el artículo 174 bis b) del Código penal prevé la imposición de una pena mínima por la comisión de delitos con determinadas armas. En el mismo sentido, TERRADILLOS, *ob. cit.*, p. 61.

conjunto de la sociedad democrática». Sólo la relevancia del bien jurídico atacado, el orden constitucional, puede a mi juicio dar lugar a la aplicación de las medidas contempladas en el artículo 55,2.º de la Constitución, evitando así la tentación de extender un régimen tan severo a formas comunes de delincuencia que ni se proponen ni consiguen en su exteriorización concreta alterar el sistema político (27).

En la práctica, sin embargo, creo que si se sigue el criterio aquí defendido resultará bastante difícil hallar una organización armada que sin objetivo político alguno logre provocar el terror y alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho o, al menos, cabe esperar que ese orden no repose en bases tan endebles que pueda ser alterado por cualquier banda armada común que ni siquiera se proponga ese resultado. En todo caso, la extensión de la legislación antiterrorista a los supuestos de bandas armadas comunes planteará, como tendremos ocasión de ver más adelante, numerosos problemas jurídicos; como en el fondo también los plantea la propia exigencia del elemento político, obtenida mediante un esfuerzo interpretativo que hubiera sido innecesario si la Ley Orgánica 3/88 se mostrase más atenta a los requerimientos del principio de legalidad penal (28).

En segundo lugar, hemos dicho que el artículo 174,3.º constituye un tipo agravado y ello porque sanciona con mayor severidad un verdadero supuesto de asociación ilícita previsto por el Código penal. En este sentido, ha sido constante la jurisprudencia de la Audiencia Nacional al señalar que no basta una concurrencia de sujetos ocasional o transitoria, sino que han de darse los mismos elementos de permanencia, jerarquía y organización requeridos por el tipo asociativo común (29). En cuanto a las formas de participación en este tipo agravado, la reforma, al igual que la Ley Orgánica 9/84, se refiere a los promotores, directivos, dirigentes e integrantes de bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes, habiéndose perdido de nuevo la oportunidad de unificar la terminología con la utilizada en los tipos comunes; unificación que, sin duda, hubiera facilitado la tarea hermenéutica al tratarse de nociones bien conocidas por nuestra juris-

---

(27) Este fue, por ejemplo, el tristemente famoso caso del desaparecido Santiago Corella Ruiz «El Nani», a quien, en unión de Angel Manzano y Concepción Martín, se aplicó en 1983 la Ley Antiterrorista por hallarse «presuntamente implicados en actividades de una banda armada y organizada dedicada a la comisión de delitos que inciden gravemente en la seguridad ciudadana», según rezaba la autorización expedida por el Ministerio del Interior. Curiosamente, el Comisario que solicitó la aplicación de la medida declaró posteriormente a la prensa desconocer el concepto legal de banda armada indicando que para él lo constituía «la reunión de personas que se dedican a la comisión de robos con intimidación empleando armas de fuego», Diario «El País», viernes 8 de agosto de 1986, p. 10.

(28) Véase «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», 11 de febrero de 1988, pp. 5334 y 5341. En el mismo sentido, TERRADILLOS, *ob. cit.*, p. 39.

(29) Véanse las numerosas sentencias de la Audiencia Nacional en este sentido, citadas por E. MESTRE, *Delincuencia terrorista...*, citado, pp. 189 y ss.

prudencia. Con todo, la única diferencia que se mantiene entre ambas figuras es la sanción de los comportamientos de mera adscripción o pertenencia pasiva a los grupos terroristas (30). Por otra parte, y en relación con los actos preparatorios, la Ley Orgánica 3/88 presenta la acertada novedad de haber suprimido la obligada imposición de la pena sólo en un grado inferior que establecía la normativa precedente (31).

Finalmente, hay que hacer referencia a un problema surgido como consecuencia de la interpretación que el Tribunal Constitucional ha ofrecido sobre el concepto de banda armada. Como ya habíamos señalado al analizar la Ley Orgánica 9/84, la integración en una organización terrorista o rebelde es una conducta dolosa donde el elemento subjetivo debe comprender tanto el conocimiento de que la asociación es ilícita como su finalidad de alteración del orden constitucional; no es necesario, sin embargo, que el dolo se extienda a la concreta actividad delictiva a realizar sobre la que basta un conocimiento genérico. Ahora bien, en el supuesto de la banda armada común que pone en peligro los mismos bienes jurídicos, la exigencia de dolo es la misma con respecto al delito de asociación y a la actividad delictiva, pero obviamente no puede extenderse al resultado político pues de mediar dolo sobre ese resultado la banda armada pasaría a ser calificada como organización terrorista. Parece, pues, que aquí podría existir una responsabilidad objetiva por el resultado, resultado que es precisamente el motivo de aplicación de las medidas previstas en la legislación antiterrorista. A mi juicio, sin embargo, y a tenor de lo establecido en el artículo 1 del Código penal, la aplicación del tipo específico de asociación terrorista, así como el resto de las agravaciones previstas por la Ley Orgánica 3/88, sólo puede proceder cuando la producción de ese resultado se hubiere causado al menos por culpa.

En segundo lugar, la Ley Orgánica 3/88 introduce en el artículo 174 bis a) del Código penal el ya clásico delito de colaboración

---

(30) En principio, parece que también en los supuestos de banda armada común que caen bajo el ámbito de esta normativa procederá castigar la mera adscripción, pero creo que es francamente difícil que el socio pasivo pueda poner en peligro objetivos bienes jurídicos de naturaleza política; normalmente deberá requerirse que el socio participe en los hechos delictivos que dan lugar a ese resultado, es decir, que se trate de un socio activo. Lo mismo cabe decir con respecto al «promotor» que no se integra posteriormente en la asociación delictiva y cuya función ha consistido, realmente, en fundar una asociación ilícita común.

(31) Según el artículo 7.2.º de la Ley Orgánica 9/84, «La conspiración, la proposición y la provocación para la constitución del grupo terrorista, rebelde o banda armada serán castigadas, respectivamente, con las penas inferiores en grado». No obstante, hay que señalar que para los actos preparatorios realizados públicamente a través de medios de difusión, sigue vigente el artículo 216 bis a) 1, que obliga a imponer la pena inferior sólo en un grado en los supuestos contemplados en los artículos 174 bis b), 214 y 217, es decir, en los casos de terrorismo realizado con armas, explosivos y medios incendiarios, así como en los de rebelión.

con bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes. Como en el caso anterior, la reforma no ofrece en realidad ninguna novedad, pues se limita a reproducir el artículo 9 de la legislación especial precedente, refundiendo las diferentes conductas de favorecimiento cuya enumeración tiene un valor meramente ejemplificador que no agota las posibilidades de incriminación. Asimismo, el precepto hace referencia a la colaboración en las actividades o en los fines de las citadas organizaciones que, a mi juicio, sólo puede incriminarse cuando se trate de una efectiva colaboración en actividades delictivas. Una interpretación distinta implicaría castigar tan sólo por la finalidad política, lo que sería incompatible con el modelo de Estado democrático.

Por otra parte, la figura es también un tipo específico y agravado en relación con el artículo 175 y comprende cualquier género de colaboración consciente y voluntaria con bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes (32), bien consista en una ayuda genérica a la estructura o actividad del grupo o en una aportación para la ejecución de un delito concreto. No obstante, y como señala Muñoz Conde, el precepto sólo deberá aplicarse si el delito al que se colabora no llega a cometerse, no puede probarse la participación en el mismo o ésta resulta sancionada con una pena inferior pues, en otro caso, se convertiría en un absurdo tipo privilegiado contrario a la técnica agravatoria que preside este género de legislación (33). En suma, como han señalado reiteradamente doctrina y jurisprudencia, se trata de sancionar actos preparatorios en principio impunes, adelantando el momento del reproche penal por la importancia y peligrosidad que han adquirido estas conductas en la actividad terrorista, según dice el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de febrero de 1987.

Con todo, y pese a la trascendencia de estos supuestos, no podemos dejar de señalar críticamente el hecho de que la reforma haya mantenido la severa penalidad que establecía la legislación precedente y que supone, con los efectos criminógenos que ello puede tener, equiparar las conductas de colaboración y plena integración en las bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes. Por cierto que, a pesar de que la jurisprudencia de la Audiencia Nacional se ha mostrado vacilante, seguimos entendiendo que el delito de colaboración comentado sólo puede llevarse a cabo por un «extraneus», es decir,

---

(32) Se plantea de nuevo aquí el problema del colaborador de la banda armada común que objetivamente pone en peligro bienes jurídicos de naturaleza política, debiéndose requerir también que en su colaboración dolosa con el grupo medie culpa con respecto al resultado político pues, en otro caso, deberá aplicarse el tipo común del artículo 175.

(33) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, Parte Especial, citado, p. 597. En igual sentido, sobre la derogada Ley Orgánica 9/84, véase mi trabajo *Tratamiento jurídico del terrorismo*, citado, pp. 255 y ss. Antiguamente el problema quedaba en parte paliado al establecer expresamente el artículo 9.3.º que «cuando los hechos relacionados en los apartados anteriores sean susceptibles de incriminación con arreglo a otro u otros preceptos, se aplicará el que señale pena de mayor gravedad».

por una persona no integrada en una asociación de estas características (34); los sujetos integrantes pueden realizar sin duda las actividades típicas de favorecimiento, pero en tal caso no estarán sino haciendo patente su condición de afiliados.

### 3. La agravación de la responsabilidad criminal por causa de terrorismo

Al margen de los tipos específicos de asociación y colaboración que acabamos de comentar, la respuesta jurídica al terrorismo se concreta sobre todo en una agravación de los delitos comunes que, como ya sabemos, constituyen la forma ordinaria de exteriorización de este fenómeno. En este sentido, la Ley Orgánica 3/88 introduce en el Código penal una serie de reglas específicas para la aplicación de la pena procedentes también, con escasas modificaciones, de la legislación anterior y que se concretan en las siguientes medidas:

En primer lugar, conforme establece el artículo 57 bis a) del Código penal se impondrán en su grado máximo «las penas correspondientes a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes». Se trata, pues, como indica Terradillos, de una agravación imperativa que reduce notablemente el margen de arbitrio judicial en la determinación de la pena (35) y que, desde una perspectiva jurídica, resulta claramente contradictoria con la generosa técnica de atenuación introducida también por la reforma en el precepto siguiente del Código penal. En todo caso, la medida se justificó en su día por el carácter pluriofensivo que presentan las acciones terroristas; no sólo se trata de proteger el bien jurídico atacado en concreto por la infracción común, y de ahí la pena básica, sino que a través de la agravación se tutelan los valores vulnerados de modo mediato por estas acciones delictivas, esto es, «la seguridad y estabilidad de un régimen democrático» (36).

Precisamente, en esa supervaloración del elemento político puede fraguarse una vulneración del principio «non bis in idem», lo que sucederá siempre que la regla del artículo 57 bis a) se aplique a aquellas infracciones donde el citado elemento político haya servido para acuñar el tipo delictivo. Es cierto que el propio precepto excluye su

---

(34) Véase de nuevo en este punto el detallado estudio de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional realizado por E. MESTRE, *ob. cit.*, pp. 202 y ss., quien además coincide, como la doctrina mayoritaria, con la tesis aquí defendida.

(35) *Terrorismo y Derecho*, citado, p. 71. En el mismo sentido véase la intervención del Diputado señor Bandrés durante el debate parlamentario de la reforma. «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», de 11 de febrero de 1988, p. 5341.

(36) Intervención del Diputado señor Berenguer durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 9/84. «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», Comisión Constitucional, de 20 de junio de 1984, p. 5942.

aplicación cuando «tal circunstancia (la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes) estuviese ya prevista como elemento constitutivo del tipo penal», pero, a la luz de la Ley Orgánica 9/84, donde tiene su origen (37), parece claro que con ello tan sólo se evita la agravación de los supuestos específicos de asociación, colaboración o apología de bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes. No obstante, en el supuesto de que el tipo penal incluya la finalidad o resultado político como elemento del mismo, es cuando menos discutible que en una interpretación acorde con nuestros preceptos constitucionales pueda aplicarse la regla del artículo 57 bis a), pues ello supondría una doble sanción por el mismo motivo (38).

La segunda de las reglas de penalidad contempladas por la Ley Orgánica 3/88 se introduce en el artículo 174 bis d) del Código penal y recoge la figura que la legislación precedente rubricó como «Delitos de terrorismo», aunque, en realidad, consiste en una agravación de la conducta delictiva por la utilización de determinados medios comisivos (39). La técnica de punición que utiliza el precepto, sin embargo, no es la comúnmente establecida para las agravantes genéricas, sino que señala una pena mínima que no será aplicable cuando «por razón del delito cometido corresponda pena mayor».

A juicio de Gimbernat, el mencionado precepto recoge el llamado principio de la consunción, de modo que si el hecho delictivo se lleva a cabo por el integrante de una banda armada u organización terrorista o rebelde, no cabrá apreciar un concurso de delitos con la figura del artículo 174,3.º, sino que el tipo asociativo quedará absorbido por el delito común realizado (40); no es este, sin embargo, nuestro criterio ni el mayoritario de la doctrina (41): el delito de asociación

---

(37) Según el artículo 3.1.º de la Ley Orgánica 9/84 «se impondrán en su grado máximo las penas correspondientes a los delitos comprendidos en el artículo 1.º de esta Ley, salvo que se encuentren tipificados en el Capítulo II de la misma.

(38) Según señala TERRADILLOS, *ob. cit.*, p. 72, si el delito de asociación ya está agravado en función de la concurrencia del elemento político se infringe también el principio «non bis in idem» cuando ese mismo elemento sirve, según el artículo 57 bis a), para agravar las acciones delictivas realizadas por la misma asociación.

(39) Según el artículo 174 bis b), «El que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde, o en colaboración con sus objetivos y fines, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquéllas, utilizando armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase, cualquiera que sea el resultado producido, será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo, a menos que por razón del delito cometido corresponda pena mayor. A los promotores y organizadores del hecho, así como a los que hubieran dirigido su ejecución, les será impuesta la pena de reclusión menor».

(40) La opinión de Gimbernat fue expresada verbalmente en el acto de lectura de la tesis doctoral de E. Mestre, según indica este último en su citada obra *Delincuencia Terrorista y Audiencia Nacional*, p. 194, cit. 247, donde se indica además que este mismo criterio ha sido seguido en ocasiones por la jurisprudencia de la Audiencia Nacional.

(41) Véase ARROYO, L., *La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo*, en «Cuadernos de Política Criminal», número



terrorista es un tipo autónomo, ajeno a la efectiva realización de las concretas actividades delictivas programadas por las organizaciones que caen bajo su ámbito y al que, del mismo modo que sucede con la figura básica común, cabe aplicar las reglas generales del concurso (42). En otro caso, dada la configuración del artículo 174 bis d), podría darse un absurdo privilegio pues, de no concurrir los medios exigidos en el precepto, éste no podría aplicarse y quedaría expedita la vía del concurso.

Es más, creo que la Ley Orgánica 3/88 nos ofrece nuevos datos a favor de la interpretación aquí sostenida, ya que se ha producido una ampliación de los sujetos a quienes puede ser aplicada la técnica de punición mínima prevista por el artículo 174 bis d); mientras el artículo 8 de la derogada Ley Orgánica 9/84 sólo hacía referencia al integrante de bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes, el precepto vigente alude también al que colabora con los objetivos y fines de las mencionadas organizaciones (43), es decir, al «extraneus» que participa en las actividades delictivas de la banda utilizando asimismo determinados medios comisivos (44). En consecuencia, la aplicación del artículo 174 bis d) desplazará la figura específica de colaboración, produciéndose un tratamiento diferenciado del integrante, que responderá del delito de asociación ilícita y del tipo comentado, respecto del colaborador, que responderá sólo de este último; lo que, a mi juicio, conituye una razonable diferenciación entre dos comportamientos que merecen un distinto reproche penal.

Por lo demás, ya advertimos cuando analizamos el precepto original las graves objeciones que cabía formular a esta figura; en particular, la posibilidad de que se vulnere el principio de proporcionalidad entre el hecho y la pena al prever el artículo 174 bis b) la misma sanción, cualquiera que sea la entidad del delito realizado, siempre que éste tenga prevista una pena inferior a la prisión mayor en su

---

15, 1981, p. 405; GARCÍA-PABLOS, A., *Asociaciones ilícitas y bandas terroristas*, en «Estudios penales», Bosch, Barcelona, 1984, p. 350; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, Parte Especial, 7.ª ed., citado, p. 597; SOLA DUEÑAS, A., *Delitos de terrorismo y tenencia de explosivos*, en «Documentación Jurídica», núm. 37-40, Tomo II, 1983, p. 1233, y TERRADILLOS, J., *Terrorismo y Derecho*, citado, p. 84.

(42) Así el párrafo 2.º del artículo 174 eleva la pena a su grado máximo cuando los integrantes de una asociación ilícita cometieren un delito contra la vida o libertad «sin perjuicio de la pena que por éstos correspondiere», aunque en el supuesto de asociaciones terroristas no proceda esta agravación por hallarse específicamente prevista con carácter general para todos los delitos por el artículo 57 bis a).

(43) En cuanto a que la colaboración haya de ser con los objetivos y fines de las asociaciones, entiendo de nuevo que esta referencia supone que el dolo del «extraneus» no sólo debe abarcar la actividad delictiva concreta realizada, sino también la finalidad última de carácter político perseguida a través de estos hechos delictivos por las organizaciones terroristas o rebeldes. En el supuesto de bandas armadas comunes se deberá requerir igualmente la mediación de culpa con respecto al resultado político.

(44) En contra, inexplicablemente, Terradillos, quien cree que el precepto sólo es aplicable al integrante de las bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes; *ob. cit.*, p. 92.

grado máximo. Por otra parte, sigue sin tenerse en cuenta que el mismo motivo de la agravación, esto es la utilización de armas, explosivos o medios incendiarios, puede ser a la vez elemento constitutivo de la infracción sobre la que opera —así en el delito de estragos—, conculcando de este modo el principio «non bis in ídem».

Por último, en relación con este precepto resulta dudoso el significado que deba atribuirse a la expresión «cualquiera que sea el resultado producido». Inicialmente, en el análisis de la Ley Orgánica 9/84, estimé que con ella querían alterarse las reglas generales sobre el grado de ejecución, pero Arroyo sugiere que se está aludiendo a la «irrelevancia de la naturaleza o clase de delito que se haya llegado a producir», pues en otro caso se estarían equiparando la frustración, la tentativa e incluso los actos preparatorios con la consumación, lo que conduciría a la irracionalidad más absoluta (45). A pesar de que el texto del artículo 174 bis b) es redundante, me parece mejor esta última interpretación; habiendo desaparecido en la legislación vigente la norma que permitía la equiparación del delito frustrado al consumado, así como las disposiciones específicas sobre la sanción de actos preparatorios en materia de asociación ilícita, parece ser voluntad del legislador que la penalidad por el grado de ejecución delictiva se someta a las reglas generales del Código penal.

En tercer lugar, la Ley Orgánica 3/88 adiciona al artículo 233 del Código penal un último párrafo que no constituye propiamente una agravación de la responsabilidad, sino una cláusula de extensión del sujeto pasivo que puede ser víctima del delito de atentado realizado por integrantes o colaboradores de una banda armada u organización terrorista o rebelde y que alcanza a los «miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales». Hay que reiterar aquí, como ya señalamos para la misma previsión contenida en la legislación precedente, que dicha extensión no se basa en particulares cualidades del sujeto pasivo (46), sino en la necesidad de proteger bienes jurídicos distintos a la vida e integridad personal; como señala Terradillos, la medida responde a un criterio funcional como es «su especial trascendencia para la seguridad pública», en cuanto que la existencia de los cuerpos y fuerzas de seguridad estatales autonómicos y locales, «se considera símbolo privilegiado de las instituciones políticas básicas que el terrorismo ataca» (47). Por otra parte, creo que no es de aplicación a estos supuestos la regla prevista en el artículo 57 bis a) del Código penal, que ordena imponer la pena en su grado máximo, por cuanto el precepto comentado requie-

(45) ARROYO, L., *Terrorismo y sistema penal*, citado, p. 184.

(46) Como así afirmaban en sus intervenciones los Diputados señores Bandrés y Mardones. «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», de 11 de febrero y 9 de marzo de 1988, pp. 5341 y 8529.

(47) TERRADILLOS, *ob. cit.*, p. 93.

re como elemento constitutivo del tipo que el atentado se lleve a cabo por personas integradas o en colaboración con bandas u organizaciones terroristas o rebeldes.

Finalmente, dentro de las previsiones de la legislación vigente que suponen una agravación de la responsabilidad criminal, conviene hacer especial referencia a la reforma operada en el artículo 10,15.º del Código penal, es decir, a la denominada reincidencia internacional, pues si bien no se trata de una previsión exclusiva de la materia antiterrorista (48), fue, sin embargo, una de las que suscitó en su día mayor debate parlamentario. La polémica, por otra parte, tenía ya sus precedentes en el recurso interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra la Ley de 1984, donde se señalaba que la alusión a los «delitos de igual entidad» como base de la reincidencia exigía hacer uso de un juicio análogo contrario al principio de legalidad (49).

Ciertamente, el artículo 2,3.º de la antigua Ley requería un cierto esfuerzo interpretativo que incluyese como condición de la reincidencia algo más que la mera lesión de un mismo bien jurídico; en concreto, que incluyese una referencia a las bandas terroristas que constituyen la razón de ser de todas las previsiones de esta legislación especial. Así fue interpretado por el Tribunal Constitucional, quien, eludiendo el riesgo de la analogía, declaró que con la reincidencia internacional se trata «de establecer si existe una sustancial correspondencia entre los supuestos de hecho y los bienes protegidos por la norma en el delito que se enjuicia y en otro precedentemente enjuiciado en un ordenamiento extranjero» y donde «el elemento fundamental a tener en cuenta es que el delito sea cometido por bandas armadas o terroristas». Y, en atención a esa doctrina, la Ley Orgánica vigente ha prescindido de la polémica expresión «delitos de igual entidad» y requiere expresamente que la condena del tribunal extranjero haya sido impuesta «por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes»; es decir, impuesta por cualquier delito común que vulnere el mismo bien jurídico que la acción posteriormente enjuiciada, siempre que haya sido realizada por integrantes o colaboradores de organizaciones que pretenden alterar el orden constitucional o lo hayan puesto objetivamente en peligro (50).

Con todo, la mayor discusión parlamentaria que provocó el nuevo artículo 10,15.º fue la de si se podían admitir todas las sentencias

---

(48) La medida se halla prevista en los artículos 289, 344 bis f) y 452 f) del Código penal.

(49) Véase la sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de diciembre de 1987. «Boletín Oficial del Estado», viernes, 8 de febrero de 1988, p. 13.

(50) La sentencia del Tribunal Constitucional señala, sin embargo, que para fijar el concepto de terrorismo a estos efectos puede acudirse al Convenio Europeo de 1977, cuyos supuestos delictivos son mucho más restringidos y no requieren además ninguna finalidad ni resultado político.

de tribunales extranjeros, con independencia del régimen político del país, o si, por el contrario, los efectos debían limitarse a las condenas provenientes de Estados democráticos (51). Al final nada se dijo expresamente, pues en opinión de la mayoría socialista, dicha limitación ya había sido formulada por el Tribunal Constitucional y, en todo caso, podía deducirse como una exigencia de la cláusula de orden público prevista en el artículo 12,3.º del Código civil (52).

Creo, sin embargo, que la cuestión examinada por el Tribunal Constitucional no fue exactamente la misma. La sentencia 199/87 no obliga al intérprete a emitir un juicio sobre la naturaleza más o menos democrática de un régimen político, sino a oponer la cláusula de orden público cuando en la sentencia del tribunal extranjero no se hubieran respetado «los derechos de la defensa y las garantías constitucionales del proceso reconocidas por el artículo 24 de la Constitución». Lo que significa, de un lado, que cabe rechazar la sentencia proveniente de un país democrático cuando se acredite que en el concreto proceso no se observaron los mencionados derechos y garantías (53); y, de otro, que al menos en línea de principio no debe excluirse la apreciación de la reincidencia producida por el fallo de un Tribunal radicado en un país «menos democrático», pero donde se hayan respetado suficientemente las garantías. Obviamente, casi puede presumirse que un régimen totalitario prescinde de los derechos fundamentales, pero el calificativo de democrático admite graduación y, en todo caso, no debe ser más que un indicio para la valoración del proceso que desembocó en una sentencia condenatoria.

#### 4. El terrorismo como motivo de atenuación

Como hemos señalado al principio, la tradicional técnica agravatoria de la legislación antiterrorista se combina también en la última reforma con una estrategia de atenuación para los llamados «terroristas arrepentidos». El artículo 57 bis b) del Código penal revitaliza la previsión que contenía la Ley Orgánica 9/84, bajo el título «Atenuación de penas en el desestimiento con propósito de reinserción social» y que estuvo limitada temporalmente al plazo de dos años

---

(51) En este sentido, la enmienda número 12 presentada por el Grupo Mixto ofrecía la siguiente redacción del artículo 10.15.º: «La condena de un Tribunal extranjero de cualquiera de los Estados integrantes de la Comunidad Económica Europea o país de régimen democrático equivalente al de éstos, será equiparada a las sentencias de los Tribunales españoles», «Boletín Oficial de las Cortes Generales», de 12 de febrero de 1988, p. 9.

(52) «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», de 9 de febrero de 1988, p. 8495. En el mismo sentido, TERRADILLOS, J., *Terrorismo y Derecho*, citado, p. 70.

(53) Piénsese así, por ejemplo, en la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que condena a nuestro propio país en el caso Barberá, Messegue y Jabardo (caso Bultó), por haberse producido indefensión de los procesados.

de vigencia. El precepto, que ya tuvimos ocasión de comentar con detenimiento (54), supone una generosa combinación de elementos propios de las figuras de desestimiento y arrepentimiento; el comportamiento básico está constituido por el abandono de la actividad delictiva sobre el que, a su vez, se construyen dos hipótesis de atenuación que pueden dar lugar a la imposición de la pena inferior en uno o dos grados o a la remisión total de la misma. La primera de estas hipótesis exige únicamente la confesión de los propios hechos, mientras que la segunda implica una activa colaboración con la autoridad, ya sea para impedir un peligro o daño, ya para facilitar la identificación o captura de otros responsables; en todo caso, la remisión total de la pena queda condicionada a que no vuelva a cometerse «cualquiera de los delitos a que se refiere el art. 57 bis a)», es decir, los relacionados con la actividad de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, quedando asimismo excluidos de este beneficio quienes hayan realizado determinados delitos contra la vida o integridad (55).

Como es sabido, la legislación antiterrorista en esta materia, aunque cuenta con antecedentes en nuestro propio Derecho, procede fundamentalmente de la normativa italiana sobre los «pentiti», que responde a lo que se ha denominado una concepción premial del Derecho penal (56). A nuestro juicio, sin embargo, la medida es difícilmente justificable desde un punto de vista estrictamente jurídico y, cuando menos, revela una profunda contradicción en el marco de la legislación antiterrorista: de un lado, parece que no bastan las previsiones de la legislación común para hacer frente a este tipo de acciones delictivas, sino que, como acabamos de ver, es preciso agravarlas; pero, de otro, tampoco se consideran suficientes las circunstancias ordinarias de atenuación o no punición, sino que es necesario ampliarlas y hacerlas más generosas.

Tal vez por ello la mayor parte de la doctrina se ha mostrado contraria al mantenimiento de este privilegiado régimen atenuatorio (57), que por lo demás también dio ocasión a un acalorado debate

---

(54) Véase *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, citado, pp. 319 y ss. Asimismo GARCÍA RIVAS, N., *Motivación de la delación...*, citado, y DE LA CUESTA, J. L., *Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 30, 1986, pp. 559 y ss.

(55) La norma vigente es transcripción literal del contenido previsto por el artículo 6.1.º y 2.º de la Ley Orgánica 9/84, con la única adición, entre los delitos que excluyen la posibilidad de remisión total de la pena, de las lesiones contempladas en los artículos 418 y 419 del Código penal. Asimismo, se introduce en el artículo 98 bis del Código penal la previsión referente a la obtención de libertad condicional, en estos casos procedente también de la mencionada Ley Orgánica.

(56) Véase RESTA, E., *Il Diritto penale premiale. "Nuove" strategie di controllo sociale*, en «*Dei Delitti e delle pene*», núm. 1, 1983, y *La legislazione penale premiale*, «Covegno in ricordo di Pietro Nuvolone», Giuffrè, Milano, 1987.

(57) En este sentido, además de los trabajos citados anteriormente de García Rivas y De la Cuesta, véase GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Eficacia y garantismo de la legislación especial antiterrorista*, en II Jornadas de Derecho Penal, Colegio Universitario de Tole-

parlamentario. En especial, fue criticada la figura de la «delación», no sólo porque parecía objetable que el Derecho premiara «un acto moralmente reprobable», sino también porque de ese modo se estaba «primando a aquellos que teniendo más influencia, siendo más importantes, teniendo por tanto una actuación más cualificada, tienen también más información» (58); es decir, se estaba primando a los dirigentes y máximos responsables de las organizaciones terroristas que, paradójicamente, tienen también prevista una mayor agravación de la pena por su conducta delictiva (59).

Por otra parte, y en cuanto a la efectiva aplicación de la atenuación comentada, cuestión en la que la mayoría de la doctrina también se había manifestado más bien escéptica, señala Mestre que han sido utilizadas por la jurisprudencia «todas las medidas de Derecho premial recogidas en la legislación antiterrorista del último decenio», si bien reconoce a continuación que la Audiencia Nacional, a pesar de apreciar la existencia de condiciones típicas de arrepentimiento, «rehúye voluntariamente la aplicación de las normas especiales, utilizando por lo común en estos supuestos la vía del artículo 2 del Código penal para solicitar al Gobierno un indulto parcial de las penas correspondientes» (60).

En definitiva, no parece que la técnica comentada pueda alegar en su favor fundamentos jurídicos sólidos ni una eficacia práctica que está lejos de acreditarse; más bien al contrario, suponen una considerable perturbación del orden procesal al introducir en el mismo elementos propios del sistema inquisitivo resucitando el principio «confessio regina probationis» (61). Pero, sobre todo, su carácter «ex post facto» y privilegiado distorsionan el conjunto del sistema punitivo y ponen en riesgo fundamentales valores de seguridad e igualdad jurídica; de seguridad porque la respuesta penal no dependerá ya principalmente del hecho delictivo realizado, sino que una conducta posterior, el arrepentimiento, puede alterar de modo muy notable el rigor del castigo; de igualdad, porque la medida no es aplicable a todos los delincuentes, sino, paradójicamente, a quienes han vulnerado, y

---

do, 1984, pp. 50 y ss., y ARROYO, L., *Terrorismo y sistema penal*, citado, p. 181. También se manifestaba contraria a la medida y solicitó su supresión la Memoria de la Fiscalía de la Audiencia Nacional correspondiente al año 1982.

(58) Intervención del Diputado señor Bandrés. «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», de 11 de febrero de 1988, p. 5341.

(59) Como señala TERRADILLOS, *ob. cit.*, p. 78, se podía haber seguido de nuevo el ejemplo de la legislación italiana, que en la última reforma de 1987 contempla una figura de arrepentimiento basada únicamente en la disociación sin requerir la colaboración delatoria. Vid. FLORA Y CORSO, *Commento alla l. 18/2/1987, n. 34. Misura a favore di chi si dissocia dal terrorismo*, en «La Legislazione penale», núm. 3, 1987, p. 595.

(60) MESTRE, E., *Delincuencia terrorista...*, citado, pp. 236-7.

(61) Véase críticamente sobre este aspecto GIMENO SENDRA, J. V., *Nuevas perspectivas de la legislación procesal antiterrorista*, en «Documentación Jurídica», números 37-40, enero-diciembre, 1983, Tomo II, p. 1253.

de ahí la inicial agravación, los bienes jurídicos más valiosos (62), lo que, por otra parte, supone de nuevo admitir en la práctica que no se trata de delincuentes comunes y que, de uno u otro modo, siguen existiendo medidas de privilegio para la delincuencia política. Finalmente, y para mayor preocupación, la atenuación por arrepentimiento no se concibe ya como una medida excepcional, sino que, a diferencia de lo previsto en la Ley Orgánica 9/84, adquiere con la reforma carácter permanente.

## 5. Aspectos penales que efectivamente retornan al régimen ordinario

Aun cuando las líneas maestras de la estrategia penal antiterrorista no han sufrido alteraciones sustanciales como consecuencia de la última reforma, la inclusión de los tipos en el Código penal sí ha contribuido a eliminar algunas previsiones de la Ley Orgánica de 1984, en unos casos por innecesarias o redundantes y otros por atendibles consideraciones de política jurídica. Entre las primeras, destaca la propia delimitación del ámbito espacial de estas disposiciones, ya que ha desaparecido el expreso reconocimiento de competencia de los tribunales españoles para enjuiciar hechos cometidos fuera del territorio nacional, si bien nuestro Derecho dispone de otros instrumentos que conducen a las mismas consecuencias; así, de una parte, la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial y, de otra, el Convenio Europeo para la represión del Terrorismo, de 27 de enero de 1977, ratificado por España en 1980, reconocen para estos casos la eficacia ultraterritorial de las normas penales (63). Y una situación similar parece darse en relación con la antes prevista declaración de ilicitud y disolución

---

(62) Obviamente, la medida del artículo 57 bis b) también podrá extenderse a los miembros o colaboradores de las bandas armadas comunes que ponen en peligro el orden constitucional, pero no así a aquellos delincuentes comunes, individuales u organizados, que no hayan logrado ese mismo resultado. Por ello, ahora podría no resultar tan extraño que los mismos delincuentes, al ser detenidos y con el fin de acogerse a estas medidas, alegaran estar incurso en el ámbito de aplicación de la legislación antiterrorista, como parece haber sucedido con anterioridad, según señaló el Ministro del Interior señor Barrionuevo en una comparecencia ante la Comisión de Justicia parlamentaria. Véase «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», de 5 de octubre de 1984, p. 2.

(63) Los supuestos de aplicación ultraterritorial de las normas penales por actividades terroristas quedan amparados por el citado Convenio Europeo y el artículo 23,4.º b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, mientras que para la rebelión se ofrece la cobertura, en esta última Ley, del artículo 23,3 c). Mayor dificultad plantean los supuestos de delitos objetivamente políticos realizados por bandas armadas comunes a los que sólo amparará el Convenio Europeo o la Ley Orgánica del Poder Judicial si se ejecutan determinados tipos delictivos o se utilizan determinados medios de comisión. En este último caso, así como para el supuesto de rebelión, Terradillos propone que se exija la concurrencia en estas conductas de las «características del terrorismo» a fin de que puedan ser perfectamente subsumibles en el artículo 23,4.º b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial; *obra citada*, p. 69.

de asociaciones pues, como señala García Pablos, «es totalmente innecesaria respecto de las asociaciones delictivas de facto» (64). En todo caso, el último párrafo del artículo 174 del Código penal mantiene esta previsión con carácter general para todas las asociaciones ilícitas, del mismo modo que también está contemplada por el artículo 5 de la Ley de Partidos Políticos, de 4 de diciembre de 1978.

Asimismo, la cuestión de las especiales indemnizaciones derivadas de hechos terroristas ha seguido una vía normativa independiente. Tras la derogación de la Ley Orgánica 9/84, siguieron en vigor las disposiciones de desarrollo de la misma incluidas en el Real Decreto 336/1986 (65), hasta que, en fechas recientes, el Real Decreto 1311/1988, de 28 de octubre, se decidió a regular «los resarcimientos a las víctimas de bandas armadas o elementos terroristas». Muy brevemente, hay que señalar que la legislación posterior a la Ley Orgánica de 1984 confirma la exclusión de los daños en las cosas como objeto de las indemnizaciones, que se siguen limitando por consiguiente a los supuestos de «daños corporales», es decir, muerte o lesiones; no obstante, se ha registrado una ampliación de los sujetos titulares del derecho de resarcimiento (art. 2 del Real Decreto 1311/88), así como un notable incremento de la cuantía compensatoria a percibir. Pero, por otro lado, la legislación vigente ha supuesto también un retroceso, y así, en primer lugar, tanto la rúbrica del Real Decreto como las disposiciones que el mismo contiene aluden constantemente a que la reparación sólo procede por actividades de «bandas armadas y elementos terroristas» sin incluir, como hacía la legislación precedente, a la derivada de las actividades rebeldes. ¿Se trata de una omisión o el legislador ha querido conscientemente excluir de este procedimiento especial los casos de daños corporales causados por la actividad de organizaciones rebeldes? E igualmente se silencia la indemnización por los daños causados a personas no responsables como consecuencia del esclarecimiento y represión de las actividades de bandas armadas o elementos terroristas que, a tenor de lo señalado en el artículo 1.3.º, quedarán sometidas a las normas generales que les sean de aplicación.

Mayor trascendencia penal y en este caso también mayores elogios merece el retorno al régimen común en materia de ejecución delictiva y de sanciones accesorias, eliminando la equiparación entre delito frustrado y consumado en el primer caso, y la obligada imposición de

---

(64) *Asociaciones ilícitas y terroristas*, citado, p. 340. Sobre la disolución de asociaciones, véase más ampliamente mi citado trabajo *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, pp. 313 y ss.

(65) Sobre la evolución normativa de esta materia hasta el Real Decreto de 1986, véase DE DIOS VIEITEZ, M. V., *Resarcimiento por el Estado de los daños que originan los delitos de terrorismo*, en «Actualidad penal», núm. 10, 1987, pp. 473 y ss. y en concreto sobre la regulación de la Ley Orgánica 9/84, *Tratamiento jurídico...*, citado, pp. 349 y ss.



la acesoria de inhabilitación en el segundo, medidas ambas previstas en la legislación anterior. La equiparación a efectos de penalidad de los grados de ejecución delictiva no ha sido una técnica infrecuente en el ámbito de los delitos políticos, como indican Cobo y Vives (66), pero ha contado siempre con el rechazo de la doctrina porque supone desatender el criterio del desvalor de resultado a la hora de determinar la pena y parece ciertamente indiscutible para el bien jurídico atacado por la actividad delictiva no resulta diferente que se hayan agotado o no todas las fases de ejecución del delito. En cuanto a la pena accesoria de inhabilitación absoluta tampoco parece que existan argumentos para establecer un régimen especial, máxime cuando se halla además prevista con carácter general para todos los tipos delictivos sancionados con una pena superior a prisión mayor, según los artículos 45 y 46 del Código penal.

Finalmente, la derogación de la Ley Orgánica de 1984 ha supuesto también la de las normas especiales sobre la apología del terrorismo (67), por lo que recobran plena virtualidad los artículos 216 bis a) 1 (68) y 268 del Código penal, dos preceptos cuya difícil coexistencia no ha desaparecido, pero sí ha sufrido, a mi juicio, alguna modificación. En efecto, el artículo 268 sigue contemplando la apología de los delitos contra la seguridad interior del Estado y la de «los cometidos por bandas o grupos armados y sus conexos o de sus culpables». En cambio, el artículo 216 bis a) 1, que sería norma de aplicación preferente por imponer una penalidad más severa, recoge, junto a la apología del delito de rebelión, la del tipo previsto en el artículo 174 bis b), que hoy ya no se refiere a la colaboración con bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes, sino a esa otra figura de agravación, ya comentada, que se conecta a la utilización de armas, explosivos o medios incendiarios; a lo que debe añaa-

---

(66) COBO DEL ROSAL; M. VIVES; ANTÓN, T. S., *Derecho Penal*, Parte General, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, p. 300.

(67) En contra de lo que señala TERRADILLOS, *ob. cit.*, p. 30, la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1987 no declaró inconstitucional la regulación del delito de apología previsto por la Ley Orgánica 9/84, sino únicamente la aplicación a los presuntos apologetas de las medidas de suspensión de derechos. Hay que señalar, asimismo, que también han desaparecido en la legislación vigente la regla sobre responsabilidad criminal contemplada en el artículo 4 de la Ley de 1984, que excluía, en los casos de apología y provocación, la aplicación de lo previsto en los artículos 13 y 15 del Código penal sobre autoría en delitos de imprenta o a través de determinados medios de difusión, medida que, sin embargo, había sido bien acogida entre la doctrina. Véase ARROYO, L., *La reforma de los delitos...*, citado, p. 403, y CARBONELL, J. C., *Actos preparatorios públicos o realizados a través de los medios de comunicación de la rebelión y el terrorismo*, en «Comentarios a la Legislación Penal», Tomo II, Edersa, Madrid, 1983, p. 201.

(68) Hay que recordar que el número 2 del artículo 216 bis a), relativo al cierre provisional de los medios de difusión, fue derogado por la Ley Orgánica 9/84, y que la misma medida prevista por la mencionada legislación ha sido declarada inconstitucional por la sentencia de 16 de diciembre de 1987.

dirse, dentro aún del propio precepto, la incomprensible alusión a la apología «del terrorismo realizado por bandas o grupos armados a que se refiere la Ley Orgánica 115/1980, de 1 de diciembre», ley que fue expresamente derogada en 1984.

Por consiguiente, parece que el artículo 216 bis a) 1 sólo sera de aplicación a la apología de la rebelión y de determinadas actividades realizadas por bandas armadas u organizaciones terroristas, en concreto de aquellas en que se utilicen armas, explosivos o medios incendiarios, mientras que en los demás casos deberá operar el artículo 268. En cuanto al último inciso del artículo 216 bis a) 1, pienso que ha perdido todo su sentido, y no sólo por el hecho evidente de aludir a una Ley hace cinco años derogada, sino porque no se explica fácilmente la regulación en un mismo precepto de una apología sobre la generalidad de las conductas terroristas, y de otra sobre lo que no deja de ser una modalidad concreta (la del 174 bis b); por lo demás, una referencia a la Ley del 80 ni siquiera comprendería hoy todas las figuras terroristas, pues el ámbito de aquella norma fue posteriormente ampliado (69). Finalmente, y en relación con la penalidad, ambos preceptos utilizan la misma técnica de rebajar la pena establecida para el delito objeto de apología; en un grado el artículo 216 bis a) 1, y en uno o dos grados el 268. Con todo, puede decirse que el primero de ellos establece una pena mínima en el caso de ensalzamiento de la conducta prevista en el artículo 174 bis b), es decir, la pena inferior en grado a la de prisión mayor en su grado máximo que es, a su vez, la sanción mínima prevista en este delito.

Por lo demás, la reforma operada por la Ley Orgánica 3/88 ha perdido la ocasión de despenalizar la conducta de apología, como reiteradamente había solicitado la mayoría de la doctrina (70). Como señalé en mi citado trabajo sobre el tratamiento jurídico del terrorismo, es ciertamente muy discutible que un Estado democrático deba sancionar este tipo de conductas que constituyen un verdadero límite

---

(69) El ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 11/1980 afectaba únicamente a los siguientes delitos cometidos por bandas o grupos armados: a) Delitos contra la vida y la integridad física; b) Detenciones ilegales bajo rescate, bajo cualquier otra condición o simulación de funciones públicas; c) Tenencia o depósito de armas, y su adquisición, fabricación, transporte o suministro; d) Coacciones, amenazas o extorsiones; e) Incendios y otros estragos, y g) los delitos directamente conexos con los anteriores y, en general, los que el Código penal califique como terroristas.

(70) El último Proyecto de modificación del Código penal presentado a la Cámara de los Diputados solicita, sin embargo, entre otras medidas, la supresión de la falta de apología prevista actualmente en el artículo 566,4.º del Código penal. Entre la más moderna bibliografía acerca de la figura de apología, véase DÍAZ MAROTO, J., *La apología específica del artículo 268*, en «Cuadernos de Política Criminal», número 32, 1987, pp. 289 y ss.; MAQUEDA ABREU, M. L., *Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología*, en «Poder Judicial», núm. 9, marzo, 1988, pp. 9 y ss. y MIRA BENAVENT, J., *El caso del Diario "Egin": Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986*, en «Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales», mayo-agosto, 1987, pp. 505 y ss.

a la libertad de expresión (71), si bien mientras exista el tipo delictivo de apología, y la doctrina del propio Tribunal Constitucional no ha llegado a cuestionar su existencia, debe tratar de alentarse una interpretación estricta del mismo lo más acorde posible con nuestra norma suprema; en este sentido, sigo pensando que la apología constituye un tipo penal autónomo que no debe confundirse con la provocación al delito y que supone la alabanza o defensa de una concreta conducta delictiva ya realizada (72).

### III. REFORMAS PROCESALES

#### 1. Ambito de la normativa y competencia jurisdiccional

La respuesta penal al terrorismo difícilmente puede consistir en otra cosa que no sea la agravación de las penas, aun cuando no hayan faltado intentos de eliminar o transformar algunas reglas generales del sistema punitivo, pues en definitiva el terrorismo se exterioriza a través de conductas criminales comunes perfectamente perfiladas. Por ello, cabe decir que la «originalidad» principal de este tipo de legislación reside más bien en la alteración de las reglas procesales, traducida normalmente en una merma de los derechos individuales, hasta el punto de que no parece exagerado afirmar que este capítulo constituye la dimensión del Estado de Derecho que más ha sufrido como consecuencia de la respuesta al fenómeno terrorista, tanto en España como en otros países democráticos de nuestro entorno cultural.

En este sentido, creo que España ha sido la primera nación europea que, a través del artículo 55,2.º, ha otorgado carta de naturaleza constitucional a un Derecho de emergencia que propiamente ha dejado de serlo. En otro lugar tuvimos ocasión de comentar el significado y alcance de dicho precepto (73); baste recordar ahora que la previsión denominada doctrinalmente como «suspensión individualizada de derechos fundamentales» no es, de un lado, individual, porque afecta potencialmente a todos los ciudadanos, ni, de otro, se trata tampoco de una suspensión en sentido riguroso, sino de una restricción permanente que, a la vista de su desarrollo legislativo, deroga el régimen jurídico establecido por la propia Constitución para ciertos derechos fundamentales, lo que, cuando menos, es contrario al espíritu de nuestro texto fundamental. También en este ámbito, la última reforma

---

(71) En este sentido HERNÁNDEZ GIL, F., *Algunas observaciones sobre el artículo 216 bis a) del Código penal*, en «La Ley», 27 de marzo de 1984, pp. 1192 y ss.

(72) Véase más ampliamente, *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, citado, pp. 284 y ss.

(73) Véase *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, citado, pp. 359 y ss.

de 1988 ha consistido, básicamente, en introducir en la Ley de Enjuiciamiento Criminal las previsiones de la Ley Orgánica 9/84, si bien con las importantes modificaciones formuladas por la ya conocida sentencia 199/87 del Tribunal Constitucional.

Precisamente, la primera de estas modificaciones afecta al propio ámbito de aplicación de las normas antiterroristas: la suspensión de derechos que ampara el artículo 55,2.º de la Constitución sólo podrá operar sobre aquellas personas presuntamente responsables de hallarse integradas o colaborar con bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes, pero no así sobre quienes hicieren la apología de las citadas organizaciones o de sus actividades delictivas, como preveía la legislación precedente; en este último caso, como ya habíamos señalado, se partía en realidad de la presunción de que tras una identificación ideológica existía una vinculación real con estas asociaciones, presunción que el Tribunal Constitucional ha declarado contraria al texto fundamental. En cambio, no se formuló ningún reproche a la inclusión de los «rebeldes», pese a que el artículo 55 no alude a los mismos, y ello porque, en palabras del propio Tribunal, las conductas de rebelión y terrorismo se hallan equiparadas explícitamente en cuanto formas de ataque al sistema democrático (74).

Como tampoco consideró el Tribunal que la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales representen una vulneración del sistema de organización judicial diseñado por la Constitución. A pesar de las severas críticas que han merecido como excepciones al derecho al Juez natural y al principio de inmediación (75), y a pesar de que su origen enlaza directamente con el Tribunal de Orden Público, lo cierto es que, en la argumentación del máximo intérprete, Audiencia y Juzgados se incardinan en la jurisdicción ordinaria y no son órganos especiales o excepcionales, sino que responden a un legítimo criterio de especialización en razón de la materia, del ámbito territorial en que se producen los hechos que enjuicia y de su trascendencia para el conjunto de la sociedad (76). Con todo, y al margen del juicio que nos merezca la Audiencia Nacional, me parece que el problema más importante sigue siendo el de la discutida eficacia de la intervención judicial establecida como forma de control de la suspensión de los derechos fundamentales.

Porque, ciertamente, es entonces, al aplicar las previsiones del artículo 55,2.º, cuando la inmediatez, la cercanía del Juez al lugar de los hechos, resulta absolutamente necesaria; es entonces cuando ha

---

(74) Véase la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1987, «BOE» de 8 de enero de 1988, p. 20.

(75) En este sentido, ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Democracia autoritaria y Administración de Justicia en España*, en «Justicia y Delito», citado, p. 20, y GIMENO SENDRA, J. V., *Fundamentos de Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 93 y ss.

(76) Sentencia de 16 de diciembre de 1987, fundamento 6.º

de ejercerse una fiscalización directa y personal por parte del órgano judicial cualquiera que éste sea, porque, de otro modo, en la práctica, se está contribuyendo a crear un espacio policial autónomo (77). Es cierto que, como señala el Tribunal Constitucional y recoge el vigente artículo 520 bis 3) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al Juez central le está permitido desplazarse o delegar en el de instrucción del partido donde se halle el detenido, pero la importancia y severidad de las medidas a imponer, así como la urgencia con que éstas se aplican, creo que exigen, al menos en este caso, atribuir directamente la competencia al Juez natural, que es el único que en la práctica puede mostrarse realmente eficaz en esta labor de control.

Lamentablemente, esta fiscalización por parte del Juez natural no ha sido acogida por la Ley Orgánica 4/1988, que sigue encomendando a la Audiencia Nacional y a los Juzgados Centrales de Instrucción el conocimiento y enjuiciamiento de las actividades terroristas (78). Lo que cuando menos resulta curioso es que ahora esta atribución de competencias se lleve a cabo por una Disposición Transitoria, ya que, pese a su nombre, ni busca armonizar el pasado con el presente, pues ambos son idénticos, ni limitar los efectos de futuro, pues la previsión no queda sometida a ningún plazo de vigencia. Es probable que la explicación de tan singular proceder se encuentre en el segundo apartado de la propia Disposición, donde el legislador ha querido prometer que la normativa que pueda modificar el régimen vigente «se inspirará en el principio de inmediación judicial». ¿Equivale ello a una confesión de que hoy no se garantiza dicha inmediación? ¿Puede interpretarse como un anuncio de modificación legislativa? Sin duda, resultaría altamente beneficioso que esta previsión se cumpliera, pero tampoco debemos albergar mucha confianza, pues ni se fija un plazo para la reforma, ni éste sería vinculante para el legislador, y, en fin, ya sabemos que las normas que nacen con vocación provisional suelen ser precisamente las que alcanzan más larga vida. A cambio de todo ello, resulta que la determinación de la competencia figura en la Ley Orgánica, pero no se integra en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni por supuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

---

(77) En este mismo sentido más ampliamente *Tratamiento jurídico...*, citado, p. 399.

(78) Asimismo, se adiciona un párrafo tercero del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en virtud del cual el enjuiciamiento de los delitos cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes se tramitará por el procedimiento de urgencia. Críticamente sobre esta medida, TERRADILLOS, *Terrorismo y Derecho*, citado, p. 126.

## 2. El nuevo régimen de suspensión de las garantías

Si hasta aquí las cosas han quedado prácticamente donde estaban, lo que constituye el estricto desarrollo del artículo 55,2.º, sí ha experimentado, en cambio, modificaciones o avances de cierto relieve, sin duda porque fue este capítulo el que resultó más afectado por la citada sentencia del Tribunal Constitucional. Como veremos, el criterio esencial que ha inspirado estos avances es el de una mayor judicialización de las medidas de suspensión de los derechos y garantías.

Pero no sólo se trata de un control jurisdiccional más firme. Tal vez la reforma más destacada haya consistido en la reducción de la prórroga de la detención, ahora prevista en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que ha pasado de siete días a 48 horas; es decir, si la detención gubernativa ordinaria no puede superar los tres días, en los casos de terrorismo puede prolongarse a cinco. Por lo demás, que la petición de la misma y la correspondiente autorización o denegación de la medida hayan de ser motivadas también me parece un logro importante.

Con todo, pienso que siguen faltando buenas razones para ampliar un plazo que ya es suficientemente dilatado en situaciones ordinarias y, me parece, que las razones que puede haber reposan en una concepción equivocada del instituto de la detención gubernativa, que en la idea de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no debe señalar el comienzo de las investigaciones policiales, sino su culminación. Como se puso de manifiesto en el curso de los debates parlamentarios sobre la legislación vigente, la medida resulta innecesaria y peligrosa; innecesaria, porque el plazo de 72 horas autorizado por la Constitución resulta más que suficiente para, con los medios técnicos actuales, llevar a cabo las correspondientes investigaciones y, de hecho, según se señaló entonces, en la actualidad, no se está solicitando esta prórroga por la autoridad policial (79); peligrosa, porque la medida se presta a convertirse en un «instrumento de doblegamiento de la voluntad» (80) que contradice los derechos reconocidos en el artículo 24.2.º de nuestro texto fundamental a no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable (81).

Por todo ello, aunque es indudablemente preferible la situación actual, creo que las mismas razones aducidas por el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley Orgánica 9/84, pueden esgrimirse ahora respecto del 520 bis 1

---

(79) Véase la intervención del Diputado señor Azcárraga, «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», de 11 de febrero de 1988, p. 5335.

(80) Intervención del Diputado señor Azcárraga, lugar y páginas citados anteriormente.

(81) En este sentido, GIMBERNAT, E., *Constitución y Derecho Penal*, en «La Constitución Española de 1978. Un análisis comparado». Instituto Jurídico Español, UIMP, Roma, suplemento al núm. 7 de la «Revista de Política Comparada», Madrid, invierno 1981-82, pp. 95-6.

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (82); tanto para realizar el trámite de confesión como para tomar nota de su negativa, basta, y aún resulta dilatado, el plazo de las 72 horas de detención policial. Y en el caso de que se estime conveniente aislar al detenido mientras se realizan otras investigaciones relacionadas con los hechos delictivos, como, por ejemplo, la captura de otros responsables, no creo que la puesta a disposición pueda estorbar las mismas, ya que el Juez competente puede decidir, si lo cree necesario, la incomunicación ordinaria en prisión (83).

Precisamente la medida de incomunicación decretada al amparo de la legislación antiterrorista ha sufrido también importantes modificaciones. Como ya habíamos señalado al comentar el artículo 15 de la Ley Orgánica 9/84, no cabía entender que la misma pudiera ser decretada por la autoridad gubernativa sin el necesario pronunciamiento o intervención judicial (84) y, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 1987 declaró contraria al texto fundamental la interpretación de que la incomunicación policial no requiriese «ser objeto de simultánea solicitud al órgano judicial competente». Por ello, la reforma introducida por la Ley Orgánica 4/88 en el artículo 520 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza una incomunicación gubernativa provisional, pero siempre que al mismo tiempo se solicite del Juez la confirmación o denegación de la medida, lo que deberá hacerse mediante resolución motivada en el plazo de 24 horas. Ciertamente, en este plazo máximo de 24 horas, la incomunicación queda atribuida a la autoridad gubernativa, sin que al parecer el Tribunal Constitucional haya encontrado reprochable que la misma no forme parte de las previsiones del artículo 55,2.º. En todo caso, tanto la incomunicación policial como la judicial se realizará sin perjuicio del derecho de defensa y de lo establecido en los artículos 520 y 527 del mismo texto legal; es decir, supondrá la designación de un abogado de oficio, la no comunicación de la detención a familiares u otras personas que desee el detenido y la privación del derecho a la entrevista reservada con el abogado al término de la práctica en la que éste hubiere intervenido.

Por lo que se refiere a la prisión provisional, la reforma parece haber mostrado también un criterio más restrictivo que la legislación precedente. En la actualidad, para acordar la libertad de los presos

---

(82) Señala la sentencia de 16 de diciembre de 1987 que «En consecuencia, el artículo de la Ley Orgánica 9/1984, al permitir una prórroga de la detención hasta un plazo adicional de siete días, no ha respetado ni el requisito del artículo 17,2 de la Constitución —no durar más del tiempo estrictamente necesario—, ni la exigencia del “plazo más breve posible” del artículo 9,3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 5,3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales».

(83) En este sentido, ARROYO, L., *Terrorismo y sistema penal*, citado, p. 194.

(84) Véase *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, citado, p. 410.

o detenidos por actividades terroristas, rebeldes o bandas armadas son de aplicación las reglas generales previstas por los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la única particularidad, prevista en el artículo 504 bis, de que se suspenderá la excarcelación por el plazo máximo de un mes cuando la medida haya sido recurrida por el Ministerio Fiscal, y ello siempre que no se hayan agotado los plazos y prórrogas establecidos en el artículo 504 para la duración de la prisión provisional (85).

También la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio ha sufrido escasas modificaciones respecto de la legislación anterior, que en este punto fue básicamente respaldada por el Tribunal Constitucional. En síntesis, la reforma ha consistido, como dice Terradillos, en una refundición del artículo 16 de la Ley de 1984 con el artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (86), admitiendo «en casos de excepcional o urgente necesidad» la detención inmediata por agentes de policía de las personas relacionadas con actividades de bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes, así como el registro del lugar o domicilio donde se oculten o refugien y la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallen y guarden relación con el delito perseguido. El incremento de garantías se cifra en la obligación de comunicar al Juez las personas que han intervenido en las diligencias y los incidentes ocurridos (87), pues el hecho mismo de la comunicación judicial, informando de los motivos y resultados de la medida, así como de las detenciones practicadas en su caso, son exigencias que ya estaban contempladas en la legislación precedente.

Como se ve, son muy escasas las modificaciones introducidas en este régimen de suspensión justificado, según una opinión del Tribunal Constitucional hoy recogida en el artículo 553, sólo para casos de «excepcional o urgente necesidad». A tenor de alguna información parlamentaria suministrada por el Diputado señor Caso, cabe temer, sin embargo, si no nos hallamos ante una simple cláusula de estilo, pues la frecuente práctica de esta medida de suspensión y los escasos resultados obtenidos de la misma permiten dudar de la existencia en todos los supuestos de esa excepcional o urgente necesidad (88), cuya ausen-

---

(85) Señala críticamente TERRADILLOS, *ob. cit.*, p. 104, la posibilidad que en todo caso tiene el Ministerio Fiscal de dejar sin efecto una resolución judicial mediante la mera interposición de un recurso. Al margen de que no se trata rigurosamente de dejar sin efecto la resolución judicial, sino de suspender temporalmente la misma, tiene razón, sin embargo, cuando indica que con ello se «conculca el principio procesal de la igualdad de las partes».

(86) *Terrorismo y Derecho*, citado, p. 113.

(87) Ambas medidas fueron fruto de una enmienda al Proyecto inicial del Gobierno presentada por el Diputado señor Mardones, del Grupo Mixto. «Boletín Oficial de las Cortes Generales», de 12 de febrero de 1988, p. 6.

(88) Véase «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», de 11 de febrero de 1988, p. 5356. Piénsese así, por ejemplo, en los numerosos «peinados» de zonas



cia sólo podrá ser controlada judicialmente «a posteriori». Por ello, al margen de que una utilización injustificada de la Ley pueda dar lugar a la correspondiente responsabilidad criminal, conviene insistir una vez más en que el artículo 553 se limita a alterar el sistema de competencias establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de modo que la policía puede realizar las mismas actuaciones que en el régimen ordinario, pero no actuaciones diferentes de las que pudieran llevarse a cabo ejerciendo una facultad autorizada por el órgano judicial (89).

La incorporación de las medidas antiterroristas a la legislación común ha servido en ocasiones para modificar el propio régimen procesal ordinario. Este es el caso de la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones, cuya regulación en el artículo 17 de la Ley Orgánica de 1984 fue también confirmada por el Tribunal Constitucional; por cierto, a mi juicio, sin mucho fundamento, y que ahora se ha introducido en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alterando de paso las previsiones correspondientes para la delincuencia común (90).

De este modo, el artículo 579 ha experimentado una cierta ampliación de su ámbito de aplicación, contemplando ahora tres supuestos distintos. El primero, sustancialmente idéntico al que preveía la vieja redacción, se refiere a la observación postal, telegráfica y telefónica de los procesados. El segundo, que es aquí una novedad, recoge idéntica medida, pero en relación con las personas «sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal»; en ambos casos, la competencia se atribuye exclusivamente a la autoridad judicial. Finalmente, el tercero supone una alteración de la regla de competencia, pues autoriza que sea el Ministro del Interior o el Director de la Seguridad del Estado quien ordene dicha práctica, siempre que se trate de un caso de urgencia relativo a las investigaciones antiterroristas. La observación queda sometida a un plazo máximo de tres meses, pero podrá ser prorrogada; prórroga que será acordada en todos los supuestos por la autoridad judicial, pues no sólo ya no podrán alegarse razones de urgencia (91), sino que en realidad la medida ha pasado a ser competencia judicial desde el momento de su confirmación.

---

llevadas a cabo por la policía durante la detención del industrial E. Revilla, que incluso llegaron a causar daños personales y materiales a personas no implicadas en este hecho delictivo.

(89) Véase, más ampliamente, *Tratamiento jurídico...*, citado, pp. 417 y ss.

(90) El derogado artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hacía únicamente referencia a la detención de la correspondencia postal y telegráfica de los procesados. Sobre el mencionado precepto, véase JIMÉNEZ CAMPO, J., *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*, en «Comentarios a la Legislación Penal», Tomo VII, Edersa, Madrid, 1986, pp. 8 y ss., y MORENO CATENA, V., *Garantía de los derechos fundamentales de la investigación penal*, en «Poder Judicial», núm. especial II, 1987, p. 155.

(91) En este sentido TERRADILLOS, *ob. cit.*, p. 124.

Ahora bien, entre el primer supuesto y los otros dos existe, a mi juicio, una sustancial diferencia que casi pasa inadvertida en el texto de la Ley. En el caso de los procesados, en efecto, cabe observar *su* correspondencia y *sus* comunicaciones, mientras que tratándose de meros sospechosos pueden intervenir también «las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos». Este último inciso del número 3 del artículo 579, y que ya figuraba en la Ley de 1984, creo que no mereció la suficiente atención por parte del Tribunal Constitucional, preocupado más bien por asegurar la necesaria intervención judicial. Pero lo que se discute aquí no es un problema de competencias, sino de sujetos afectados por la medida de suspensión; porque o bien entendemos —lo que no parece razonable— que la mención legal comentada carece de contenido y no quiere decir más de lo que se dice en relación con los procesados, o bien interpretamos que, además de su correspondencia privada, el precepto autoriza a intervenir las comunicaciones «de las que se sirvan», por ejemplo el teléfono de una cafetería u otro establecimiento público o incluso de un vecino condescendiente. Y todo ello con la particularidad de que ya no se trata sólo de las investigaciones antiterroristas, sino también de las que se llevan a cabo sobre cualquier delito común.

Desde esta perspectiva, que se incremente la necesaria intervención judicial no es tranquilizador, pues no es su ausencia lo que inquieta. Porque de prosperar esta interpretación, y la Ley da pie para ello, resulta que la observación afectará no sólo a los supuestos resonables de hechos criminales, sino a toda persona que utilice el medio de comunicación, singularmente el teléfono, que se sospeche es usado por el delincuente (92). Ello significa que al amparo de esta normativa se pueden suspender derechos de personas sobre las que no existe ninguna sospecha de realizar actividades delictivas y esta medida, a mi juicio, ya provenga de la autoridad gubernativa o de la judicial, no puede ser contemplada por la legislación sin chocar con las previsiones constitucionales; pues, al menos en este punto, la suspensión de derechos resulta de carácter tan general, como puede ser la acordada al amparo del artículo 55.1.º de la Constitución, es decir, al amparo de la declaración de estado de excepción.

Dentro de las normas procesales antiterroristas introducidas en la legislación común, tan sólo queda pendiente una breve referencia a la debatida medida de suspensión de función o cargo público conocida a lo largo de los debates parlamentarios como «el artículo Yoldi» (93). También aquí hay que constatar algunas mejoras frente a

---

(92) Creo que en este caso para autorizar la observación al menos deberá exigirse que exista una utilización habitual del medio de comunicación por parte de la persona sobre la que pesan indicios de responsabilidad criminal.

(93) Véase la intervención del Diputado señor Azcárraga, «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», de 11 de febrero de 1988, p. 5334. Como es sabido,

la legislación anterior pues, según el vigente artículo 348 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para aplicar la mencionada suspensión no sólo es preciso el requisito de firmeza del auto de procesamiento, sino que, además, debe haberse decretado la prisión provisional, operando la medida sólo mientras dure esta situación.

Con todo, pueden seguir haciéndose al precepto los mismos reproches que suscitó la previsión de la Ley de 1984; se trata de la imposición anticipada de una pena privativa de derechos fundamentales que conculca sin duda el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2.º de la Constitución (94). Lamentablemente, el Tribunal Constitucional no ha llegado a pronunciarse sobre esta cuestión, pues la medida sólo tuvo una vigencia de dos años, en virtud de la Disposición Final 2.ª de la Ley Orgánica 9/84; pero, evidentemente, sólo por sentencia firme puede ser acordada la suspensión de un derecho fundamental que no ha sido autorizada por el artículo 55,2.º de la Constitución (95). En cuanto a su ámbito de aplicación, señala el artículo 384 bis que procede imponerla «por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes»; coincido con Terradillos en que por «personas relacionadas» deberá entenderse a los colaboradores, conforme al artículo 174 bis a) del Código penal, y que en todo caso la medida no será aplicable por la realización de cualquier tipo delictivo, sino sólo por los comprendidos en el ámbito de esta legislación (96).

Por último, debemos aludir a dos previsiones del artículo 55,2.º y de la Ley Orgánica 9/84 que no han sido recogidas explícitamente por la reforma, lo que no significa que hayan perdido vigencia; me refiero naturalmente al control parlamentario de la legislación antiterrorista y a la responsabilidad criminal de quienes hagan un uso injustificado o abusivo de esta normativa. En relación con esto último, creo que de nuevo se ha perdido la oportunidad de proceder a una tipificación expresa, como aconseja el artículo 55,2.º de la Constitución; derogada la remisión que el artículo 18,3.º de la Ley de 1984 hacía al 194 del Código penal, serán de aplicación los tipos generales contemplados por el mismo, sin olvidar lo previsto en el artículo 204 bis a), norma que ha puesto fin al inexplicable privilegio que existía en la Ley penal para el funcionario público (97). Por lo que se refiere

---

en este caso se planteó el problema de presentación a la elección de Lehendakari de un miembro del Parlamento Vasco por la coalición Herri Batasuna sometido a prisión provisional. Véase MORENO CATENA, V., *Garantía de los derechos fundamentales...*, citado, pp. 153 y ss.

(94) En este sentido, BOBILLO, F., *Constitución y legislación antiterrorista*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 48, 1985, p. 59; TERRADILLOS, J., *Terrorismo y Derecho*, citado, p. 100, y la citada intervención del Diputado señor Azcárraga, p. 5335.

(95) Intervención del Diputado señor Azcárraga, lugar y páginas citados anteriormente, y TERRADILLOS, J., *ob. cit.*, p. 101.

(96) TERRADILLOS, J., *Terrorismo y Derecho*, citado, p. 101.

(97) A mi juicio, existe una utilización injustificada de la normativa antiterrorista

al control parlamentario, exigido en todo caso por el artículo 66,2.º del texto fundamental, la medida presenta una naturaleza política que carece de consecuencias en el ámbito procesal; no obstante, además de las sesiones informativas en Comisión, medio de control al que aludía expresamente la legislación anterior, puede hacerse uso de las llamadas Comisiones de Investigación que, a la vista de los resultados ofrecidos por el anterior sistema (98), resultaría seguramente el procedimiento más adecuado para satisfacer el mandato constitucional.

---

cuando no se acrediten «motivos racionalmente bastantes» que permitan creer que la persona objeto de la restricción de derechos se hallaba integrada o colaboraba con bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes. Por otro lado, existirá utilización abusiva cuando la aplicación de las medidas se prolongue más allá de lo estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos, es decir, cuando se desnaturalice el sentido propio de los institutos procesales. Sobre la responsabilidad específica que en relación con cada uno de los derechos suspendidos genera la utilización injustificada o abusiva de esta normativa, véase *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, citado, pp. 249 y ss.

(98) Sobre la medida de control parlamentario y los resultados de las sesiones informativas, véanse las páginas 437 y ss. del trabajo citado en la nota anterior.

# Punición o despenalización de la proposición para delinquir

IGNACIO MUÑAGORRI LAGUIA

*Mientras escribía estas líneas, ha fallecido en San Sebastián, el Profesor y compañero Luis Ramos Rodríguez. A él dedico este artículo.*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Crítica del sistema de criminalización general. La proposición como acto preparatorio. Proposición y protección de bienes jurídicos. Proposición y Estado social y democrático de Derecho. III. Crítica del sistema de criminalización «en los casos especialmente previstos en la Ley». Técnicas comunes y técnicas especiales de protección penal. Vinculación entre proposición e infracciones políticas; crítica a la P.A.N.C.P. La proposición como adelantamiento y ampliación de un posible inicio de participación. IV. A modo de conclusión: de nuevo el bien jurídico como elemento «crítico» de protección penal.

## I. INTRODUCCION

Tres referencias, una de *lege lata* y dos de *lege ferenda*, pueden inicialmente hacerse respecto a la punibilidad o no de la proposición para delinquir, referencias que, cabe destacar, más allá de consistir en tres opciones de política criminal utilizadas o utilizables por el legislador, consisten en tres posibles opciones que el legislador tiene como instancia que participa en la definición y, por tanto, selección material de la criminalidad dentro del conjunto del sistema penal entendido como sistema de control social. Con ello se pretende aportar una reflexión sobre el fundamento de la prohibición penal, y el consiguiente castigo, de la proposición para delinquir, reflexión que obviamente va a alcanzar a la teoría del injusto también desde la perspectiva *ex ante*, como la ha calificado Mir Puig (1), en el sentido de que

---

(1) S. MIR PUIG, *La perspectiva "ex ante" en «Derecho penal»*, en A.D.P.C.P., I, 1983. Del mismo autor, Prólogo a E. FARRE TREPAT, *La tentativa del delito: Doctrina y Jurisprudencia*. Barcelona, 1986.

la prohibición no sólo ha de poder ser captada, sino principalmente, ha de ser necesaria su captación para la protección penal de los bienes jurídicos.

La primera referencia consiste en su actual regulación en nuestro Código Penal desde el 23 de diciembre de 1944 (2), en el que la proposición definida en el artículo cuarto (T.I., cap. I, «De los delitos y faltas») como invitación realizada a otra u otras personas a ejecutar un delito por quien ha resuelto cometerlo, se considera punible con carácter general (art. 3) con la misma pena que la tentativa de delito (art. 52). Este régimen general de punición de la proposición no impide, en la actual regulación que en determinados supuestos, [arts. 143 y 216 bis a)] la proposición reciba una penalidad propia, cualificada respecto al régimen general, realizándose en los mencionados artículos una protección reforzada de sus respectivos bienes jurídicos.

La segunda referencia, esta de *lege ferenda* procede de la regulación que la proposición recibe en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 (3). Dentro de su capítulo II, Título I, del L.I., «De la ejecución», la P.A.N.C.P. regula en el artículo 18 la punición de la proposición para delinquir, siguiendo el criterio de especialidad, esto es, punición sólo para aquellos casos en que la Ley Penal especialmente lo prevea, siendo su definición (art. 19 P.A.N.C.P.) de idéntica redacción a la actual. Así, será en el libro II de la P.A.N.C.P., en donde se muestre la presencia de la punición de la proposición en relación con específicos tipos delictivos.

---

(2) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal: Parte General*. Valencia, 1987, p. 506, nota n.º 40, «Como fundamento de la punición genérica de los actos preparatorios sirvieron los preceptos del Código Penal de 1928 (arts. 36 y 45) y los artículos 5, 15, 59 y 60 de la Ley de 29 de marzo de 1941 (Seguridad del Estado). Con ello se integran en el Código normas que obedecen a una situación en que los efectos de la guerra no habían sido todavía cancelados». La Ley de Seguridad de Estado de 29 de marzo de 1941 ha sido calificada de «funesta» por E. GIMBERNAT, *Constitución y Derecho penal*, en «La Constitución Española de 1978». Roma, 1982, p. 99.

(3) Puede señalarse la siguiente presencia de la proposición en relación con determinados delitos en la P.A.N.C.P., artículo 153, pena inferior en uno o dos grados, en relación con los delitos de homicidio, parricidio, asesinato, mutilación o inutilización de órganos, principales o no, esterilidad, deformidad, privación de vista u oído, incapacidad laboral absoluta, grave enfermedad somática o psíquica e incapacidad mental incurable; artículo 163, pena inferior en dos grados en relación con los delitos de detenciones ilegales y secuestros; artículo 234, pena de prisión de tres a siete años en relación con el robo con violencia o intimidación en las personas que produzca dolosamente la muerte; artículo 455, pena inferior en uno o dos grados en relación con los delitos de rebelión; artículo 460, pena inferior en uno o dos grados en relación con los delitos de sedición; artículo 495, pena inferior en uno o dos grados en relación con los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos; artículo 498, pena de prisión de ocho a quince años en relación con la muerte del Titular de la Corona, Regente, algún miembro de la Regencia o el sucesor de la Corona; artículo 571, prisión de dos a cuatro años, en relación con los delitos de la traición; artículo 586, pena inferior en grado a la que correspondería a la tentativa, en relación con los delitos contra el derecho de gentes y delitos de genocidio. Como se vé, no hay un criterio común para la penalidad de la proposición, haciéndola depender del tipo delictivo, o mejor, graduándola según la intensidad protectora que se atribuye a cada bien jurídico.

La tercera referencia, también de *lege ferenda*, anterior en el tiempo a la P.A.N.C.P. tiene su razón en la ausencia de la proposición para delinquir en la «Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal», que el Grupo Parlamentario Comunista presentó, dentro de la enmienda a la totalidad, al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma parcial del Código Penal de 1982, «Parte General Alternativa», que tuvo su origen en las numerosas enmiendas que el mencionado grupo parlamentario presentó al Proyecto de Código Penal de 1980 (4). El artículo 21 de este último mencionado Proyecto, también dentro del capítulo II, Título I. del L.I., «Del grado de ejecución» contemplaba que la proposición, junto con los «actos preparatorios», la conspiración, la provocación y la apología, sólo se castigaría en los casos especialmente previstos en la Ley. Esto es, apuntaba el sistema de especialidad seguido en la P.A.N.C.P., ya visto, aunque lo desbordaba al incluir, diferenciadamente, los «actos preparatorios». Sin embargo, la «Propuesta Alternativa» de referencia, en la correspondiente enmienda, no incluye, omite, toda la referencia a la proposición como comportamiento susceptible de castigo penal, considerando sólo la conspiración y la provocación en los casos especialmente previstos que pueden resultar impunes en casos de desestimiento voluntario y que, además, son encuadrados dentro del capítulo I, del Título I, del L.I., «De la infracción penal».

Como se vé, tres sistemas clara y notablemente diferenciados en relación con la punición de la «proposición para delinquir». El primero supone un sistema de criminalización general, indiscriminada, al entender que tal comportamiento, es merecedor de una respuesta penal respecto a todos y cada uno de los tipos delictivos, esto es, que en sí, la proposición es relevante de cara a la puesta en peligro de todos los bienes jurídicos protegidos penalmente y, por tanto, debe ser respondida con una sanción penal con carácter general, si bien, especialmente, en muy contados supuestos delictivos, puede merecer una especial y cualificada respuesta.

El segundo sistema, sin embargo, hace depender la relevancia penal de la proposición, no tanto de ella misma, del comportamiento que integra, sino de determinados bienes jurídicos cuya protección, especial, se entiende que exige abarcar también a actos como la proposición, pero sólo, cabe insistir, en relación a determinados bienes jurídicos, siendo irrelevante para los demás en los que la proposición no se contemple. De esta manera, la proposición, como tal comportamiento, carece en principio, de relevancia penal y sólo excepcionalmente, especialmente, se considera relevante en relación con supuestos concretos.

En la tercera referencia se manifiesta la no relevancia penal de

---

(4) S. MIR PUIG, F. R. MUÑOZ CONDE. *Propuesta Alternativa de la Parte General del Código penal*, en «C.P.Cr.», n.º 18, 1982, p. 609.

la proposición como tal comportamiento, rechazándose tanto su posible criminalización con carácter general como su posible criminalización especial en relación con casos específicamente determinados, que lo serían en base a un especial, más amplio, ámbito de protección. Esta tercera posición, cabe pensar que pueda ser deducida como una solución lógica a la que llega por las contradicciones que podrían surgir al enfrentar las dos primeras soluciones.

En todo caso, no deja de ser ilustrativo presentar las tres soluciones ofrecidas en cuanto que muestran el horizonte penal en relación con la «proposición para delinquir», horizonte que, como se vé, recoge posicionamientos dogmático-garantistas y político-criminales diferentes, así como también recoge las vicisitudes, los vaivenes, que la proposición ha sufrido en la legislación (5) y en el pensamiento penal del pasado y presente siglo.

De lo expuesto hasta hora puede deducirse que el fundamento de la punición de la «proposición para delinquir» se asienta en el criterio, como señala Ruiz Antón (6) de que tal comportamiento supone un «peligro objetivo» para el bien jurídico afectado por la conducta de quien propone, mediante la creación de un riesgo efectivo que resulta de la pretensión de captar, una vez resuelto a acometer el delito, la voluntad ajena para que se decida a ejecutarlo. Dicho de otro modo, en expresión de Octavio de Toledo y Huerta, su punición se fundamenta, tanto en el «desvalor de la acción» —comunicación de la resolución criminal a otras personas con propósito de que aquélla se lleve a la práctica— como en el «desvalor de resultado» en cuanto peligro que representa para los bienes jurídicos (7). Dado que ese «peligro objetivo» sería, en todo caso, previo, anterior, al inicio de los actos de ejecución, pues estos comienzan en la tentativa, nos encontraríamos para su punición, con actos anteriores a los de ejecución, esto es, con actos preparatorios (8) (dentro de la línea sistemáti-

---

(5) Ver el importante trabajo de G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición de los actos preparatorios*, «A.D.P.C.P.», 1968, p. 280 y ss. Del mismo autor, *Las fases de ejecución del delito*, en «Revista Jurídica de Cataluña». Barcelona, 1980, p. 6 y ss.. También, E. ORTS BERENGUER, *Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito*, en «C.P.Cr.», 1982, p. 491 y ss.

(6) L. F. RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho penal*. Madrid, 1982, pp. 69, 87 y 88. S. MIR PUIG, *Derecho penal: Parte General*. Barcelona, 2.ª ed., 1985, p. 281, «En España los actos preparatorios son impunes salvo cuando se entiende que revisten una peligrosidad objetiva particular (conspiración, proposición y provocación)».

(7) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *Derecho penal: Parte General*, 2.ª ed. Madrid, 1986, p. 424.

(8) «...los comportamientos del artículo 4 del Código Penal son actos preparatorios del delito, actos previos a la ejecución delictiva...», B. DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el derecho español*. Madrid, 1986, p. 212. E. ORTS BERENGUER, *Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito*, en «C.P.Cr.», n.º 18, 1982, defiende la consideración de «actos preparatorios» frente a la opinión de «resolución manifestada» defendida por L. JIMÉNEZ DE ASUA y J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, p. 487, «Asiste razón a la doctrina que enmarca a la conspi-



ca indicada en el artículo 3 del Código Penal, como en la consideración de la autoría) que pueden constituir un riesgo de lesión efectivo, inequívoco (9), más allá del permitido o tolerable, o bien para todos los delitos, sistema de incriminación genérica, o bien para alguno de ellos, sistema de incriminación especial o particular. Paralelamente, cabe entender, que el criterio de despenalización de la «proposición para delinquir» niega la existencia de tal riesgo penalmente relevante en la conducta del proponente.

Veremos a continuación los tres sistemas. El primero desde la consideración de la proposición como acto pre-ejecutivo, esto es, desde su distancia, por no decir lejanía, en relación con la puesta en peligro de bienes jurídicos y la incorrección de su criminalización con carácter general, incorrección agudizada por la penalidad que se le atribuye y, en todo caso, se verá desde el desajuste de la incriminación genérica de la proposición con el marco jurídico configurado por un «Estado social y democrático de Derecho», argumento, este último en el que se insistirá especialmente. Para enfrentar el segundo sistema se acudirá a ver el contenido de la conducta de tal acto pre-ejecutivo de cara a comprobar la posible necesidad de su incriminación con carácter particular. Se terminará coincidiendo con la tercera solución indicada, supresión de la criminalización de la proposición, abundando en las razones de «oscuridad» e «inutilidad» (10) que la justifican.

---

ración, proposición provocación en los actos preparatorios pues aunque tengan lugar de forma preferentemente verbal, lo que no siempre habrá de suceder, tienden a facilitar la ejecución ulterior.»

(9) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *Derecho penal: Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1986, p. 422, refiriéndose al adelantamiento del mecanismo penal que suponen la conspiración, la proposición y la provocación, señalan: «En tales casos, se dice, los actos pre-ejecutivos ya no son equívocos: la incertidumbre sobre su carácter desaparece desde el momento en que se comunica expresamente la resolución criminal a otras personas con objeto de que se ponga en práctica. Contando con este dato se considera que el Derecho penal tiene base inicial suficiente como para intervenir tipificando y haciendo punibles estos actos preparatorios de los ejecutivos.»

(10) «La distinción entre proposición y provocación es oscura e inútil. La supresión de la primera permite unificar ambas en la provocación.» Motivación de la enmienda número 28 del Grupo Parlamentario Comunista al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Parcial del Código Penal de 1982. De interés, también, la motivación de la enmienda n.º 27 del mismo grupo parlamentario: «la pretensión de generalidad en la punición de los actos preparatorios, de la conspiración, proposición, provocación y de la apología ha sido un fenómeno característico de todas las involuciones autoritarias del régimen político español desde los primeros Códigos. En cualquier caso, solamente la conspiración y la provocación deben ser acogidas en este artículo. La referencia a la punibilidad de los actos preparatorios es innecesaria o perturbadora pues podría interpretarse como una puerta abierta a su punición en ciertos casos. La proposición debe unirse al concepto de provocación pues es difícil su distinción. La apología debe rechazarse de todo punto y castigarse solamente cuando constituya provocación para delinquir y la conducta esté especialmente prevista en la Ley. En otro caso, la emisión del pensamiento debe quedar impune en un Estado de Derecho.»

## II. CRITICA DEL SISTEMA DE CRIMINALIZACION GENERAL

Como sabias palabras calificó Jiménez de Asúa, el siguiente comentario de Pacheco: «Por regla ordinaria y común ni las conspiraciones, ni las proposiciones de delinquir están sujetas a pena, si pues, algunas, por excepción, se castigan, necesario es que esa excepción recaiga sobre hechos cuya clase, cuya creencia, cuya índole punible, no sea nadie capaz de poner en duda» (11). También nuestro gran tratadista coincidía con el carácter excepcional que debería tener la punición de la proposición, en muy contados casos, que la propia ley determinará y aún en ellos, «por vía de precaución», no dudando en calificar la penalización de la proposición y de la conspiración como el «barómetro que indica el grado de liberalismo o reacción que goza o sufre el país en que se contienen esas disposiciones (12). Este carácter marcadamente político-criminal parece claro, pero, además, como ha indicado Octavio de Toledo, el examen de lo democrático que sea su Derecho nos permite comprobar la efectiva condición democrática de un Estado (13) y no cabe duda que las modificaciones en las direcciones político-criminales han venido marcadas por las modificaciones políticas, como lo ha puesto de manifiesto Barbero Santos (14) y que a «cada cambio político de carácter liberal ha seguido una política criminal liberal y las involuciones autoritarias se han visto acompañadas por una producción legislativa del mismo carácter», en palabras de Arroyo (15).

La presencia de la criminalización general de la proposición en nuestro actual Código penal puede calificarse como una manifestación clara de tutela penal «totalizante» o «totalitaria» y es muestra de una cierta «petrificación» (16) del Código penal de 1944 y de sus

(11) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, Tomo VII, 1979, p. 265.

(12) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Obr. cit.*, p. 268.

(13) E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto de Derecho penal*. Madrid, 1981, p. 344 (nota 1.005).

(14) M. BARBERO SANTOS, *Política y Derecho en España*. Madrid, 1977, pp. 17 y 18. «El influjo de los cambios políticos en las leyes punitivas... es particularmente visible en España. El trienio liberal en los tiempos fernandinos trae, como consecuencia de los principios de la Constitución de 1812 el primer Código Penal de España: el de 1822; las tormentas revolucionarias de 1848 dan origen al Código de ese año, obra de un gobierno moderado, consolidador de tímidas conquistas liberales. El conservatismo que termina con el bienio moderado, impone la reforma de 1850; la Constitución de 1869, de índole progresista, hace necesario el Código de 1870; la dictadura de 1923 acarrea el Código de 1928; la República de 1931 tiene su ley penal con la reforma de 1932. El régimen totalitario que se instaura primero en parte del país y luego en su totalidad a partir de 1939, el Código de 1944 y las revisiones posteriores.

(15) L. ARROYO ZAPATERO, *La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981 de 4 de mayo*, en «C.P.Cr.», n.º 15, 1981, p. 379.

(16) Término utilizado por F. R. BRICOLA para referirse a la permanencia de determinadas técnicas de tutela penal en relación con el Código Penal italiano de 1930, en F. R. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale, ed tecniche alternative di tutela, en Funzioni e limiti del diritto penale*. Badna, 1984.

antecedentes inmediatos en lo que a la proposición se refiere. De ahí que ha sido mayoritario doctrinalmente el rechazo de su incriminación genérica al denunciarse como rasgo de una legislación penal de corte autoritario (17), denuncia que alcanza su mayor vehemencia en la doctrina penal más reciente que la ha calificado de inconstitucional (18) y ha visto en ella una muestra de un «defendismo inconveniente de rancio sabor inquisitorial» (19).

Inicialmente se puede acudir a la configuración en las normas penales de las distintas modalidades delictivas (concepto normativo) que, en definitiva, son las que dictan los elementos que ha de reunir en cada caso la conducta típica, para comprender lo que tiene de absurda, y puede decirse, de extrema, la incriminación genérica de la proposición. Es cierto que la proposición para delinquir no puede confundirse con el tipo injusto del delito con el que se relaciona, como han destacado Octavio de Toledo y Huerta, pero también es cierto, como los mismos autores indican, la íntima relación que hay entre, ellos pues, en todo caso, el tipo de delito es el punto de referencia obligado (20). Calificar de absurda y extrema la criminalización de la proposición para todos los tipos delictivos procede, fundamentalmente, porque lo que en todo caso debería ser una excepción, la criminalización de los actos preparatorios, se convierte en una técnica legal común de adelantamiento generalizado de la intervención punitiva. Absurda porque tal adelantamiento muestra el vacío de relevancia penal, la ausencia de desvalor, entre un remoto y equívoco peligro y el bien jurídico protegido. Extrema porque reconocer penalmente una no necesariamente existente, inexistente, por tanto, en muchos casos (21), conexión entre determinados actos preparatorios y determinados bienes jurídicos supone un reconocimiento beligerante antiga-

---

(17) M. BARBERO SANTOS, *obr. cit.*, p. 38 (nota 36): «Estimamos que se puede seguir calificando de "autoritaria" la generalización a todos los delitos del castigo de los actos preparatorios ya que la misma extiende aún más la intervención punitiva del Estado.» M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, «Derecho penal», «la incriminación genérica de actos preparatorios ha sido rechazada por quienes conciben el Derecho penal como el más enérgico medio de tutela de libertades, siendo, por el contrario defendida desde posiciones proclives al autoritarismo».

(18) T. S. VIVES ANTÓN, *Estado de Derecho y Derecho penal*, en «Comentarios a la Legislación Penal», Tomo I, Derecho penal y Constitución. Madrid, 1982, p. 26, «la genérica incriminación de determinados actos preparatorios (conspiración, proposición para delinquir) contenida en los artículos 3.4 y 52 del Código Penal, es sencillamente inconstitucional. ¡La historia de tales preceptos muestra de modo inequívoco a que concepción del Derecho responden!»

(19) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *obr. cit.*, p. 423.

(20) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *obr. cit.*, p. 419.

(21) E. ORTS BERENGUER, *Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito*, en «C.P.Cr.», n.º 18, 1982, p. 493: «En la doctrina española el criterio dominante se muestra en contra del castigo indiscriminado de la conspiración, proposición y provocación reconociendo, sin embargo, que representan una probabilidad de que el hecho se ejecute... al tiempo que constituye en ocasiones un peligro para el bien jurídico.»

rantista. Es por esto que sea preciso contemplar la incriminación genérica de la proposición desde la perspectiva de los actos preparatorios y del bien jurídico protegido.

Hay una opinión coincidente en las dificultades que se plantean en la práctica para poder establecer la distinción entre actos preparatorios y actos que ya suponen inicio de ejecución. El sentido de la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución, dice Farre, se encuentra realmente en su fundamentación política, siendo, por tanto, de carácter político-criminal las razones que impulsan a la impunidad de los actos preparatorios (22). Pero, sin embargo, lo que interesa destacar, como así lo ha hecho Rodríguez Mourullo, es que tal distinción cumple una función de garantía que es necesario mantener y a la que no conviene renunciar (23). Ante esto, lo que cabe plantear es si la extensión de la prohibición penal a conductas anteriores a la ejecución para todos los tipos delictivos no supone ya una ruptura de esa necesaria distinción y, por tanto, una renuncia a su función de garantía. El constatar la extensión de la prohibición penal como una decisión de dimensión político-criminal, es inicialmente, constatar un criterio de oportunidad jurídica pero tal criterio no puede ser ajeno, externo e indiferente a unos límites que actúan como garantías. Es por ello que para la delimitación entre actos preparatorios y actos de ejecución se acuda no sólo a la materialidad del hecho sino también al contenido del injusto y al conjunto de datos típico-formales que individualizan la ejecución (24), haciendo así inseparables la teoría del bien jurídico y la política criminal como lo ha indicado Gómez Benítez (25), en tanto que relacionar injusto con política-criminal lleva ineludiblemente al bien jurídico pues es lo que va a dar contenido material, lo que va a determinar la sustancia de lo injusto (26).

---

(22) E. FARRE TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*. Barcelona, 1986, p. 211. M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, *obr. cit.*, p. 494, «Establecer la diferencia conceptual entre ejecución y preparación resulta relativamente sencillo. Las dificultades no surgen a ese nivel del concepto abstracto, sino al de su aplicación concreta. Pues, en primer término, no hay un género común al que pertenezcan las diversas conductas mediante las que puedan materializarse los distintos tipos. Además cada tipo puede ser realizado de mil modos diferentes. De esa suerte, una misma conducta puede ser preparación de un determinado hecho y ejecución de otro e incluso, puede en ocasiones, ser utilizada para preparar y en otras para ejecutar el mismo hecho típico. Por último, el tipo ofrece una doble dimensión, fáctica y valorativa: para realizarlo no basta con ejecutar un hecho natural que se adopte a la imagen externa ofrecida por la Ley, sino que es necesario, a la vez llevar a cabo el desvalor propio del delito de que se trate.»

(23) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Las fases de ejecución del delito*, en «Revista Jurídica de Cataluña», n.º extraordinario, 1980, p. 14.

(24) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, *obr. cit.*, p. 496.

(25) J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre la teoría del bien jurídico, (aproximación al ilícito penal)*, en «R.F.D.U.C.M.», n.º 69, 1983, p. 109.

(26) J. BUSTOS, *Política criminal e injusto*, en «Control Social y sistema penal». Barcelona, 1987, p. 160.

Si el bien jurídico supone un principio garantizador en términos de comunicación, de conocimiento, de lo materialmente injusto que es descrito singularizada e inmediatamente por el tipo, el establecer una regla genérica, como actualmente hace nuestro Código Penal, que indique *a priori* el carácter delictivo de determinados actos preparatorios como la proposición, supone extender arbitrariamente el injusto de cada tipo en particular, desnaturalizando el bien jurídico de su función garantizadora, burlando la garantía de seguridad jurídica y difuminando u omitiendo la base real necesaria para la posible responsabilidad por el hecho (27). Es por esto que la punición general de la proposición ha sido, también, censurada por lo que contiene de abandono de los principios básicos de un Derecho penal del acto en favor de un Derecho penal de la voluntad o del sentimiento (28) en base a un planteamiento claramente subjetivista, porque cuanto más se adelanta el momento del castigo, más se desplaza el castigo al momento de las meras ideas y reflexiones que, de conformidad con los postulados de un «Derecho penal de hecho», deben quedar al margen de la pena (29).

Lo que, en última instancia está en juego frente a la punición general de la proposición, es la misma garantía de la libertad y de la intimidad que si en general debe ser defendida frente al poder punitivo que del Estado, su defensa exige una mayor firmeza cuando, como en el caso que tratamos, el adelantamiento indiscriminado y arbitrario de las barreras de intervención penal convierte la afectación material al bien jurídico, en este caso mediante una «puesta en peligro», en un criterio vacío de rigor garantista en cuanto expresión del de legalidad y opuesto a la concepción de un Estado de Derecho. La improbable y generalizada «puesta en peligro» de todos y cada uno de los bienes jurídicos que este sistema de incriminación indiscriminada contiene, niega la importancia que al bien jurídico corresponde como límite del *ins puniendi*, importancia que se deriva, como ha puesto de manifiesto Del Rosal Blasco, no de simples exigencias doctrinales sino precisamente de la Constitución (30).

---

(27) J. BUSTOS, *Castigo e impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema*, en «Control Social y sistema penal», 1987, p. 319.

(28) G. RODRIGUEZ MOURULLO, *La pun...*, obr. cit., p. 288, «Las graves dificultades para justificar dogmáticamente de un modo adecuado la punición de acciones preparatorias como las descritas en el artículo 4 del Código Penal español... provienen de que, en la medida que dichos preceptos convierten en punibles conductas que no constituyen aún "realización del hecho típico" representa una quiebra fundamental del principio de responsabilidad por el acto. La punición de tales conductas preparatorias que responden más bien a los dictados de un Derecho penal de voluntad constituye una pieza extraña imposible de encapar satisfactoriamente dentro de un cuadro lógico de un sistema penal, como el español, asentado fundamentalmente sobre postulados básicos de un Derecho penal de acto», pp. 291 y 292.

(29) C. L. ROXÍN, G. ARZT, K. L. TIEDEMANN, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal Procesal*. Barcelona, 1989, p. 40.

(30) B. DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho español*. Madrid, 1986, p. 235.

Con razón que se haya planteado desde una perspectiva constitucional la legitimidad de la punición genérica de la proposición. Cobo del Rosal y Vives Antón, exponen que el «Estado social y democrático de Derecho, al que se refiere el artículo 1 del texto constitucional que propugna como el primer valor superior de su ordenamiento jurídico la libertad no puede conminar con penas conductas carentes por sí mismas de lesividad, sobre todo si, como es el caso, a esa falta material de lesividad se une desde el punto de vista formal, un origen más que discutible» (31). La declaración de la libertad como valor superior del ordenamiento español contenida en el artículo 1 Constitucional, lleva, a estos autores, a plantear la vigencia del principio de prohibición del exceso o de proporcionalidad, como principio general de Derecho público que debe actuar en el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de libertad (32). Este principio se manifiesta en la exigencia de necesidad concretada como, la menor ingerencia posible o intervención mínima del Derecho penal (33) y tiene como consecuencia el carácter fragmentario o subsidiario que debe revestir. Esto es, tutela penal en cuanto sea necesaria (34), tutela penal que debe ser limitada en su extensión y en su intensidad en los bienes protegidos y en la forma de protección, y en todo caso, comprobación de si las técnicas, las medidas de tutela son proporcionadas a la defensa del bien jurídico que da origen a la restricción (tipo penal), es decir, ponderación entre derecho fundamental y protección de bien jurídico que viene a limitar su ejercicio, ponderación que debe resolverse en que el ilícito penal solo puede concretarse, exclusivamente, en una significativa lesión de un bien relevante constitucionalmente (35), significación pues de valor constitucional pero, significación también de la lesión. Es necesario llegar a demostrar que el momento de la ofensa, de la lesión o puesta en peligro, adquiere una relevancia propia en relación con la mera verificación del tipo descriptivo. No sólo se requiere conformidad sino también signi-

(31) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, *obr. cit.*, p. 497.

(32) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, *obr. cit.*, p. 63 y 64, Zipf, «Introducción a la política criminal». Madrid, 1979, pp. 92 y 93, «los límites en cuanto al contenido para la creación y configuración de figuras delictivas resultan, en primer término del catálogo de derechos fundamentales, de la Constitución, de la prohibición del exceso y del mandando de tolerancia... la prohibición del exceso auna los principios de proporcionalidad y necesidad».

(33) MARTOS NUÑEZ, *El principio de intervención mínima*, «A.D.C.P.», 1987 p. 101. «El principio de intervención mínima está integrado por tres postulados fundamentales: de una parte el respeto al carácter fragmentario del Derecho penal; de otra su consideración como *ultima ratio*; y por último, la naturaleza "accesoria" del Derecho penal.»

(34) S. MIR PUIG, F. R. MUÑOZ CONDE, *obr. cit.*, p. 611, «axioma supremo de la política criminal moderna: el Derecho penal sólo debe intervenir en la medida de lo absolutamente «necesario» para la prevención. Conectan con esto los principios de *ultima ratio* o de subsidiariedad y de intervención mínima».

(35) F. R. BRIOLA, *Teoria generale del reato*, en «Novissimo Digesto Italiano», 1974, pp. 15 y ss.

ficativa lesividad (36), lo cual parece a todas luces imposible cuando el criterio de incriminación consiste en una punición genérica de determinados actos preparatorios.

Desde la perspectiva constitucional que se está realizando cabe, también, hacer una referencia crítica a la penalidad que el artículo 52 del Código Penal atribuye a la proposición para delinquir. La equiparación de la pena entre tentativa y proposición, y también en relación con los otros actos preparatorios, conspiración y provocación, ha sido denunciada por suponer una violación del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 Constitucional, dado que la equiparación de la consecuencia jurídica, de la pena, no se corresponde con una identidad de los supuestos de hecho, actos ejecutivos en la tentativa, actos preparatorios en la proposición (37).

Sin embargo, a pesar del planteamiento constitucional anteriormente expuesto, a pesar de la presencia del artículo 1 de la Constitución del que puede deducirse que el ordenamiento penal ha de asumir igualmente la tutela de bienes y derechos constitucionalmente fundamentales y reducir al máximo los espacios de intervención penal, se ha hablado en nuestra doctrina de una «imposible convergencia» entre Constitución y Ley penal (38). M. Cobo del Rosal, T. S. Vives Antón han indicado que la punición en la República Federal Alemana, en el seno de un marco constitucional semejante al español, de actividades similares a las descritas en el artículo 4 del Código Penal, no prueba su legitimidad sino más bien el sesgo defensivo o autoritario de algunas democracias (39). La coexistencia, actualmente, de la incriminación genérica de la proposición y su penalidad, junto con la norma constitucional de 1978, es una muestra bas-

---

(36) G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*. Milán, 1973, pp. 138 y 214.

(37) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 273; E. FARRE TREPAT, *obr. cit.*, p. 216: «Dicha equiparación de la pluralidad de estos supuestos a la penalidad de la tentativa e incluso a la de la frustración puede considerarse de una parte excesiva, teniendo en cuenta que constituyen actos de preparación lejanos aún de la consumación e incluso de la ejecución de un delito. A esta conclusión conduce por igual una fundamentación objetiva de las normas de imperfecta ejecución, que tendrá en cuenta la mayor o menor proximidad del hecho a la consumación del delito, como una fundamentación subjetiva de las mismas», p. 217: «...la equiparación de la pena en estos casos a la tentativa, sin conceder una atenuación a los mismos es inconsecuente con las valoraciones seguidas por el mismo legislador al establecer la penalidad de la tentativa y de la frustración»; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La pun... obr. cit.*, p. 296, «el Código que ha reconocido la posibilidad, según acabamos de ver, de que frustración y tentativa se castiguen con penas de distinto grado, establece para lo que no son más que actos preparatorios no materiales exactamente la misma pena que para la tentativa, sin admitir siquiera que los Tribunales puedan facultativamente rebajar esa pena. Desde esta perspectiva, la estimación valorativa de la gravedad de las conductas descritas en el artículo 4 y la correspondiente penalidad señalada para las mismas, representa una ruptura de los criterios valorativos propios de un Derecho penal de acto».

(38) J. TERRADILLOS, *Constitución y Ley Penal. La imposible convergencia*, en «R.F.D.U.C.M.», n.º 11, monográfico. Madrid, 1986.

(39) M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, *obr. cit.*, p. 506 (nota 39).

tante clara de las relaciones tensionales, conflictivas, de los desajustes exigentes en el conjunto del ordenamiento jurídico que en todo caso responden a la propia conflictividad social sobre la que se construye y a la que se dirige. También la norma constitucional encierra, en su «forma», conflictos de intereses y de posiciones sociales, de la misma manera que dichos conflictos están presentes en la actuación legislativa, en los momentos de criminalización primaria, y en la actuación de todas las distintas instancias de definición penal, ya sean primarias o secundarias.

La Constitución ha hecho de la idea de la estatalidad de derecho, social y democrática junto con los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político de su artículo 1, el principio jurídico rector de su sistema. En relación con la caracterización del Estado como social y democrático de derecho, De Cabo expone el acuerdo alcanzado, tanto desde la Teoría del Estado, como desde el Derecho constitucional, en torno a dos consideraciones. La primera, la unidad de los tres términos, social, democrático y de derecho, unidad en la que cada uno presenta un momento y unidad entendida como interdependencia de sus tres elementos. La segunda consideración sobre la que existe acuerdo es que la definición del Estado como social y democrático de Derecho supone el principio central en torno al cual se articula el orden político contemporáneo del capitalismo desarrollado que penetra en el sistema constitucional (40).

La unidad de los tres caracteres plantea, para Mir, la necesidad de la libertad tanto «real», oponiéndose a que el Estado social dirija sólo su intervención en beneficio de ciertos grupos, como «formal», cerrando el paso a un Estado de Derecho no controlado por todo el pueblo y para los ciudadanos (41). Lo que se plantea cuando se trata de libertad e igualdad democrática y social es que si el Estado interviene en el orden económico, dirigiendo y ordenando el desarrollo, y en el orden social, prestando servicios, de la misma manera no debe intervenir en las esferas de libertad individual como compromiso hacia una sociedad más libre y plural. Indudablemente entre la intervención en el orden económico y social y la no intervención en las esferas de autodeterminación individual o colectiva, no existe una nítida división sino que se interrelacionan materialmente en cada momento especialmente en base a la segunda de las consideraciones indicadas, y que actualmente puede fácilmente comprobarse ante la llamada «crisis» del carácter «social» del Estado.

El Estado, en una fase de capitalismo mopolista se caracteriza por una autonomía sólo relativa (dependencia relativa) respecto de la estructura económica y actúa en respuesta a los conflictos desple-

---

(40) C. DE CABO MARTÍN, *La crisis del Estado social*. Barcelona, 1986, p. 15 y ss.

(41) S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona, 1979, p. 16.



gados entre y dentro de las clases dominantes y dominadas (42). Pero esta autonomía relativa que se debe a la posición estructural del Estado dentro de las formaciones sociales capitalistas (presencia de diferentes facciones en el seno de clase dominante que exige la existencia de una institución «externa» que representa los intereses políticos comunes; presencia y movilidad de otras fuerzas sociales) hace que el Estado intente jugar y juegue, un papel político decisivo en la centralización política de los sectores dominados y que se constituya de hecho como el poder político inequívoco de la clase dominante, para lo que necesita, efectivamente, esa relativa autonomía (43).

En este contexto, las tendencias a la intervención del Estado en la estructura ideológica y a su interpretación con la economía no se interrumpen, sino que incluso puede decirse que actualmente se acentúan, sin olvidar, como ha indicado Abendroth la necesidad que tienen los titulares del poder económico en influir cada vez más intensamente en el Estado y dominar los medios de formación de la opinión pública (44).

Cabe añadir, que la llamada crisis del Estado social que más que crisis supone nuevas adecuaciones ante los obstáculos a los procesos de acumulación ha repercutido también en el ámbito del Estado de Derecho, tanto en el orden de las decisiones políticas, como en el orden normativo en detrimento de los derechos y libertades fundamentales (45). En el orden penal se han expuesto estas repercusiones por Serrano Piedecasas como confirmación de una ideología de la defensa social y posterior legitimación del sistema represivo tradicional junto a un Derecho penal fuerte y autoritario (46).

Con lo anteriormente dicho quiere indicarse que en última instancia, como ha destacado Capella, el garantismo constitucional no queda asegurado por la instancia constitucional misma; que la consecución práctica de unas libertades políticas y garantías individuales que sean elemento realizador de la «liberación económica» exige y tiene su solución real en la formación de articulaciones sociales tan amplias como sea posible y que, precisamente, den razón definitiva de aquellas. Problema, por tanto, no ya teórico sino práctico (47). Pero, en todo caso, lo que también se muestra es la ya anteriormente indicada

---

(42) N. POULANTZAS, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*. México, 1909, p. 282.

(43) I. GOUGH, *Gastos del Estado en el capitalismo avanzado*, en H. SONNTANG, H. VALECILLOS, *El Estado en el capitalismo avanzado*, 7.ª ed. México, 1986, p. 247 y ss.

(44) N. ABENDROTH, *Sociedad antagónica y democracia política*. Barcelona, 1973, p. 277.

(45) C. DE CABO MARTÍN, *obr. cit.*, p. 74.

(46) J. R. SERRANO-DIECASAS, *Emergencia y crisis del Estado Social. Análisis de la excepcional penal y motivos de su perpetración*. Barcelona, 1988, pp. 90 y 91.

(47) J. R. CAPELLA, *Introducción a Marx. El Derecho y el Estado*. Barcelona, 1969, p. 13.

conflictividad, que también encierra la fórmula constitucional, y que manifiesta, como ha expuesto Octavio de Toledo, la tensión progresiva entre los grupos hegemónicos que sustentan el Estado y los supeditados, entre el mantenimiento inmóvil del sistema social y la lucha por las transformaciones materiales de la sociedad, entre los intereses realizados y por realizar (48) Es una muestra de lo que se ha llamado Constitución «abierta», «abierta en el tiempo», que muestra la historicidad de los valores constitucionales y la historicidad de la participación de las fuerzas sociales que puedan manifestar su voluntad transformadora en el marco de la democracia política. Pero, como dice Bricola, tal consideración «abierta» no está libre de peligros si permite relativizar la tabla de valores constitucionales y plegarla a tácticas políticas en relación con la política criminal (49).

Precisamente como criterio oportunista y arbitrario, además de excesivo y autoritario, ha sido calificada la punición general de la proposición. No puede olvidarse que junto al citado artículo 1 constitucional, el artículo 9 compromete a los poderes públicos, también al legislativo y judicial, a la promoción, a la profundización de la libertad y de la igualdad de los individuos y que la Constitución contiene una rotunda manifestación del principio de legalidad. Al hablar en él del delito, es preciso acudir a su concepción material inseparable de su connotación constitucional y es preciso acudir al bien jurídico como elemento, por tanto, de garantía y de deslegitimación del exceso penal. Desde esta consideración constitucional inequívoca, alimentada y conquistada a través de un largo tiempo de historia del Derecho penal moderno planteado como recurso y límite contra la violencia y la arbitrariedad, leído en lo que contiene de afirmación de los bienes sociales e igualmente necesarios, no parece que revista la menor objeción el afirmar que la actual presencia en el Código Penal de la «proposición para delinquir» (arts. 3.4 y 52) es un cuerpo extraño y contradictorio, hostil, con la fundamentación y el conjunto de la regulación de nuestro Derecho penal.

### III. CRITICA DEL SISTEMA DE CRIMINALIZACION «EN LOS CASOS ESPECIALMENTE PREVISTOS EN LA LEY»

Existe una amplia opinión doctrinal que defendiendo la impunidad de los actos preparatorios en general admite, sin embargo, el sistema seguido por nuestros Códigos liberales y por la P.A.N.C.P. de 1983 de castigar supuestos especiales de proposición, en base, principalmente a la necesidad de una especial protección de determinados

---

(48) E. OCTAVIO DE TOLEDO, *obr. cit.*, pp. 354 y ss.

(49) F. R. BRICOLA, *Tecniche di...*, *obr. cit.*, p. 17.

bienes jurídicos, argumentando que estos actos preparatorios suponen ya una puesta en peligro relevante para ellos (50).

Para comentar este sistema de punición especial no pueden ser ajenos los argumentos que se ha expuesto en el apartado anterior, pero sin embargo sería preciso desarrollarlos y atender, especialmente, al contenido de la proposición para comprobar si tal comportamiento supone realmente y de modo relevante desde el punto de vista de la garantía penal de los bienes jurídicos un peligro cierto e intolérable. El objeto del comentario así lo exige. Si en el capítulo anterior el objeto, la punición general, se presentaba especialmente vulnerable a diversas líneas argumentales jurídico-penales, el objeto ahora de estudio, sistema de punición especial y/o particular, parece ofrecer, inicialmente, una cierta fundamentación que se intentará analizar.

En primer lugar se puede realizar una referencia de carácter general en relación con las técnicas comunes y las técnicas «especiales» de protección penal, entendiendo por técnicas especiales aquellos mecanismos jurídico penales que adelantan o amplían, el ámbito, la frontera de la intervención penal en relación con determinados ilícitos, situando el inicio, la «atención», de la relevancia penal más alejada, más avanzada, más extensa que la sitúan los mecanismos ordinarios de intervención. Al hablar de mecanismos ordinarios y extraordinarios no se pretende hacer una referencia aséptica de las fronteras del Derecho penal. Su función de *extrema ratio* para la tutela fragmentaria de bienes jurídicos esenciales, mecanismo ordinario, se relaciona contradictoriamente con aquellas técnicas de tutela que manifiestan cierta visión o cierta tendencia omnicomprensiva o inflacionista de la tutela penal que puede ser expresada tanto en los bienes sujetos a protección penal como en la forma de protección, esto es, no sólo en los intereses —formas de protección—, protegidas, como en las tipologías de las formas de agresión. Esto tiene una enorme importancia en la medida en que, actualmente, como señala Neppi Modona, las garantías de certeza y libertad de los destinatarios de las normas penales se deben resolver privilegiando determinados criterios de técnica legislativa en la formulación de normas incriminadoras, entre los que puede enunciarse el de la previsión de modelos legales ricos en elementos objetivos, sin dejar espacio al Derecho penal de la voluntad y, en particular, a elementos que se reflejan sólo en el dolo específico del agente (51). Como dice Hassemer, «el hecho de que

---

(50) G. RODRIGUEZ MOURULLO, *La pun...*, obr. cit., p. 299: «En atención al relevante peligro que puedan entrañar, a veces, para determinados bienes jurídicos la conspiración, proposición y provocación, y la particular necesidad de protección de aquellos bienes, se justifica, a título de excepción, un adelantamiento de la línea de defensa que convierte a tales conductas en delitos *sui generis*.»

(51) G. NEPPI MODONA, *La riforma de la parte generale del codice penale. Il principio de lesività ed i rapporti con la parte speciale*, en G. VASALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*. Milán, 1982, p. 80.

la comprobación de la punibilidad sólo comience cuando una persona haya actuado, excluye la posibilidad de que el pronóstico de una cesión futura o el diagnóstico de una peligrosidad actual pueda convertirse en único presupuesto de la punibilidad» (52). Habrá que ver, por tanto, la actuación de esa persona pero, teniendo en cuenta, como decía Carrara con una exquisita sensibilidad liberal, que «una cosa es manifestar la voluntad de delinquir y otra es comenzar la ejecución del delito», o que «cuando los actos externos recaen sobre el sujeto activo, primario o secundario, son actos preparatorios... La primera serie no presenta elementos de punibilidad», y que «llamar autor del delito a quien lo ideó, es una ficción, una figura retórica» (53), o como dice Roxin, «no puede ser objeto del Derecho penal aquellas acciones que se realizan con el consentimiento de todas las partes y que lesionen los derechos de nadie, por muy inmorales que sean» (54).

Antes de entrar en el contenido de la «proposición», no debe olvidarse, porque permite una mejor comprensión, la indudable connotación política de esta figura como ha sido destacada por Antón Onega (55). Su vinculación con los delitos políticos se manifiesta en su actual punición especial contenida en los artículos 143 y 216 bis a) de nuestro Código Penal. Otras manifestaciones de esta connotación especial, son por ejemplo, su presencia en la ya citada Ley de Seguridad del Estado de 1941 o su presencia en el Código Penal de 1932. El Código republicano español la contempla para los delitos de traición (art. 126), de homicidio contra el Jefe del Estado (art. 145) y de rebelión. Otra muestra sería su presencia en el artículo 4 de la Ley de explosivos de 1894, presencia que Jiménez de Asúa explica por tratarse de una ley excepcional de represión del anarquismo (56). Desde esta manifiesta vinculación histórica con los delitos políticos, el criterio seguido por la P.A.N.C.P. que extiende la proposición también a otros tipos delictivos, como los delitos contra la vida o la integridad física (art. 153), o los delitos contra la libertad (art. 163), o contra la propiedad con muerte dolosa (art. 234), aún reconociendo que se separa del criterio de punición general, no puede dejar de calificarse de extraordinariamente regresivo. La excepcionalidad que ha

(52) N. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho penal*. Barcelona, 1984, p. 260.

(53) F. R. CARRARA, *Programa de Derecho Criminal, Parte General*, Vol. I. Bogotá, 1956, pp. 249, 269 y 289.

(54) C. L. ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de hoy*. Sevilla, 1983, p. 129.

(55) J. ANTÓN ONEGA, «Derecho penal», 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1986, p. 438: «El Código Penal de 1944 —como ya hemos indicado— declara punibles la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir (art. 3), siendo la penalidad aplicable la correspondiente a los autores de la tentativa.» Es esta una de las reformas más importantes del Código de 1944 que sigue el ejemplo del Código de 1928. Sólo por la trascendencia que estos hechos tienen en las infracciones políticas y mixtas se explica su punibilidad.

(56) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *obr. cit.*, p. 284.

caracterizado siempre el tratamiento de los delitos políticos desaparece en una expansiva «normalización» del criterio de excepcionalidad, y no deja de llamar la atención incluso provocar alarma, lo que esta expansión contiene de giro histórico pero en retroceso, de regresión, de fortalecimiento y ampliación de formas de tutela penal autoritaria y de reafirmación de criterios de defensa social (57) cuya trascendencia antigarantista es sobradamente conocida (58).

Existe, como ya se ha visto, una mayoritaria coincidencia doctrinal en definir la proposición como acto preparatorio. Se ha visto también que opiniones contrarias a esa definición la consideran como la mera manifestación de una resolución, lo que situaría a la proposición en un estadio anterior. Considerada como acto preparatorio, han sido criticados los argumentos que sitúan su peligrosidad, «mayor» que la de otros actos preparatorios impunes, en que la proposición, al moverse en el área de la codelincuencia, de la «alteridad», como ya indicó Quintano (59), no sólo deja de ser un mero acto interno sino que supone al «proponer», aunque sea un mero proponer, una exteriorización hacia el «invitado» o «invitados» a «ejecutar», esto es la presencia de dos o más personas y que en esa exteriorización que ya supone pluralidad, y que de por sí es intuita como más peligrosa que la unidad, se puede perder el control de la posible decisión de ejecutar el delito, aumentando con esa posible pérdida del control el peligro para el bien jurídico. Rodríguez Mourullo ha criticado, entiendo que acertadamente, este argumento calificándolo de «infundada generalización. Quien conspira, propone o provoca puede, en efecto, perder por medio de esa conducta el dominio del hecho, pero puede también conservarlo plenamente y entonces no se alcanza a comprender cuál es la razón que justifica la punición de estos actos preparatorios morales y la impunidad de los actos preparatorios materiales del autor aislado» (60).

Piénsese que la proposición puede ser mero proponer, mero invitar, sin que sea necesaria la aceptación. Es por ello, que abundando en la crítica expuesta por Rodríguez Mourullo, Orts Berenguer ve en el argumento criticado un peligro para la libertad de expresión: «apurando el argumento hasta las últimas consecuencias, se llega a restringir, si no a negar indirectamente la libertad de expresión, dado que con él se está diciendo que siempre que alguien lanza una idea como

---

(57) El Tribunal supremo en sentencia de 21 de marzo de 1986 (n.º 42), fundamenta la punición de los actos preparatorios «en razones de política criminal encaminada a la erradicación del delito y en la acentuación de la defensa social frente a quienes, resueltos a la consumación de sus planes criminales, tratan de extender su esfera influenciante para la mejor o más segura efectivización de aquéllos».

(58) Puede verse, A. BARATTA, *Criminología liberales e ideologia della difesa sociale*, en la «Questione Criminale», 1975.

(59) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*. Madrid, 1966, p. 56.

(60) G. RODRIGUEZ MOURULLO, *La pun...*, obr. cit., p. 297.

pierda el control sobre ella, corre el riesgo de que alguien la recoja y ponga en práctica, por lo que es mejor guardar un prudente silencio» (61).

Las contradicciones y sus consecuencias, en términos de justicia material, a que lleva privilegiar punitivamente la proposición sobre otros aspectos preparatorios materiales que incluso pueden suponer un peligro mayor, o incluso sobre actos de participación, han sido también expuestos por Rodríguez Mourullo (62) y han llevado a Farre Trepàt a señalar que la punición de estos actos preparatorios, «tanto poco se puede fundamentar dogmáticamente si se tiene en cuenta que junto a estos actos preparatorios existen otras muchas conductas preparatorias, cuya peligrosidad, tanto objetiva, es decir, desde el punto de vista del acto, como subjetiva, que hace referencia al sujeto, puede considerarse muy elevada» (63). Es esta punibilidad, contradictoria y privilegiada, «mientras quedan impunes otros actos preparatorios más cercanos a la ejecución que aquéllos y de peligro igual o mayor» la razón, precisamente, para que Antón Oneca (64) vincule estas conductas preparatorias con los delitos políticos y mixtos.

Si bien, las líneas críticas que se acaban de indicar se dirigen, inicialmente, contra el sistema de punición general, lo que en el fondo plantean es la fragilidad de la justificación de la punición, tanto general como especial, de actos preparatorios como la proposición y en todo caso el carácter especial, extraordinario e irregular de esta extensión o ampliación del ámbito punitivo que, por otra parte, parece injustificable para otras conductas, materiales, que se aproximan más al inicio de la ejecución y en las que el peligro puede ser más cercano. Puede interpretarse que esta fragilidad deriva de la misma noción de peligro, aumentada cuanto más lejano e indefendido es, noción difusa y cargada de emotividad (65), utilizable y utilizada en la acentuación del carácter selectivo del control penal como recientemente ha sido puesto de manifiesto (66) y como lo expresa la vinculación histórica de actos preparatorios, como la proposición, con las infracciones políticas, más dirigidas a la autoprotección de institucio-

(61) E. ORTS BERENGUER, *obr. cit.*, p. 491.

(62) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La pun...*, *obr. cit.*, p. 295: «Quien ha invitado sin éxito a otro a ejecutar un delito (proposición) o le ha incitado sin resultado (provocación) deberá ya, por esto sólo, ser castigado con la misma pena establecida para la tentativa del correspondiente delito. Pero quien, en cambio, pone dolosamente, sin previo concierto, el alcance de otro, el instrumento o medio sin el que éste no podría de ningún modo ejecutar el delito (cooperar necesario del n.º 3 del art. 14), permanece impune si el autor principal no realiza al menos en la forma de tentativa el hecho constitutivo de delito».

(63) E. FARRET TREPÀT, *obr. cit.*, p. 218.

(64) J. ANTÓN ONEGA, *obr. cit.*, p. 438.

(65) T. W. HARDING, *Du danger, de la dangerosité et de l'usage medial des termes affectivemen chargés*, en «Deviance et Société», 1980.

(66) J. O. SOTOMAYOR ACOSTA, *Imputabilidad y sistema penal*, Tesis Doctoral. Salamanca. 1989.

nes del Estado que a la protección de su condición democrática. Nos lleva, en todo caso, a un Derecho penal, que actúa en la esfera de la voluntad y la sospecha. También, desde esta perspectiva, es criticable la consideración sistemática que la P.A.N.C.P. realiza de la proposición, al incluirla en el Capítulo II del Libro I, «Del grado de ejecución». No se evitan los problemas de legitimidad penal con un forzado e injustificable cambio de etiquetas, ni se resuelven las contradicciones que presentan determinadas formas jurídicas con una fuga hacia sistematizaciones más contundentemente punitivas, con lo que se consigue una mayor contradicción, una mayor ocultación de los conflictos y un Derecho penal más ambicioso, no tanto de garantías para la coexistencia de libertades, sino de todo lo contrario.

Es por ello que doctrina y jurisprudencia han ido perfilando y exigiendo un contenido a la proposición que la hiciera especialmente relevante y excluyera de su ámbito conductas que no fuesen ni propósitos ni resoluciones firmes de comisión, ni invitaciones concretas y personales realizadas de modo convincente. Esto es, contenidos que excluyeran conductas dudosas en cuanto a la decisión de cometer y ambiguas en cuanto a la propuesta. No hay duda que estas exigencias suponen un destacable esfuerzo garantista para dar un contenido preciso y riguroso a la proposición que permita reducir y a ser posible anular los problemas que plantea su punición. Pero, se tiene la impresión que tal esfuerzo, justificado por la ambigua e inquietante presencia de la proposición en nuestra legislación, lo que indudablemente es preciso acotar, no ha conseguido aclarar su oscuridad en relación con otros actos preparatorios especialmente la provocación, ni permite una pacífica defensa de su presencia penal.

Dada la «falta de unanimidad» en la doctrina, como lo ha puesto de manifiesto Del Rosal Blasco (67), sobre los criterios de delimitación propios de la proposición en relación con otros actos preparatorios, especialmente con la provocación, se intentará agrupar las posiciones doctrinales que para definir la proposición toman como referencia la inducción aunque sitúan la proposición en un momento anterior a esta. Como se verá, tal agrupamiento no supone contenidos homogéneos sobre la proposición, pero puede ser un punto de partida compartido que permita avanzar hacia lo que en este trabajo se plantea, la punición o despenalización de la proposición para delinquir.

Así, Bustos dice de la proposición que se «trata de una preparación de una posible inducción... De ahí que la proposición aceptada y realizada convierte a la proposición en inducción. En el fondo este precepto cubriría lo que en la doctrina comparada se conoce como inducción frustrada (o intentada) y que si se induce a otro a ejecutar un delito, pero este, en definitiva, no lo realiza, se estaría ante una

---

(67) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 170.

simple proposición» (68). En sentido similar (no se dice que sea sino que puede ser), Mir Puig considera que la proposición «puede cobijar ante todo la inducción frustrada» (69) y Octavio de Toledo y Huerta afirmar que la proposición es una inducción anticipada que cuando va seguida de ejecución transforma al proponente en inductor de un delito intentado, frustrado o consumado. Por ello, también puede decirse que inducción frustrada (es decir, no seguida de inicio de ejecución del delito) y proposición son una misma cosa (70). Antón Oneca, diferenciada la proposición de la inducción señala que mientras la inducción es una proposición el proponente tiene la resolución pero no es preciso que lo transmita al incitado, siendo compatible con que éste rechace la invitación (71), planteamiento que expone también Cuello Contreras para quien lo que se desvalora en la proposición es la tentativa de inducción de la persona a quien se dirige, tentativa punible aunque la persona a quien se dirija no acepte la proposición (72).

Con una formulación también en relación con formas de participación (la tentativa de inducción puede ser una forma de tentativa de participación), pero más amplia, más adelantada que la que tiene como referencia a la inducción y que ofrece contenidos distintos en la conducta del proponente, puede citarse a Rodríguez Mourullo que vé en la proposición una «tentativa de participación», si bien, señalando que la referencia al término «tentativa» no debe confundirse con la «tentativa ejecutiva» porque lo que caracteriza precisamente a la proposición es la actuación «preejecutiva» (73). En todo caso, Rodríguez Mourullo indica que no es posible hablar de inducción en tanto el instigador no ha logrado instalar en la mente del destinatario la resolución de cometer el delito, mientras que la proposición existe por el mero hecho de formular la invitación a participar en la ejecución. En segundo lugar la actividad anímica del proponente se distingue de la del instigador en que aquél, a diferencia de este último, está resuelto a ejecutar él mismo también el delito (74). De distinta manera Ruiz Antón vincula la proposición con una doble coautoría. Este autor destaca como aspecto esencial de la proposición lo que contiene de actuación dirigida a una ejecución conjunta, considerando insuficiente el invitar a realizar actos de participación y exigiendo en la proposición la realización de un comportamiento de autoría (75).

(68) J. BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte General*. Barcelona, 1984, p. 311.

(69) S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed. Barcelona, 1985, p. 287.

(70) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *obr. cit.*, p. 437.

(71) J. ANTONIO ONECA, *obr. cit.*, p. 439.

(72) J. CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer el delito. (Los actos preparatorios de la participación.)* Barcelona, 1977, p. 175.

(73) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La pun...*, *obr. cit.*, p. 279.

(74) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*. Barcelona, 1972, p. 176.

(75) L. F. RUIZ DE ANTÓN, *obr. cit.*, p. 86.



Por último debe señalarse especialmente, por su destacable trabajo sobre la provocación, la posición de Del Rosal Blasco que incluye la inducción frustrada «o si se prefiere... la inducción fracasada y la inducción no seguida de realización» en la provocación (76), en cuanto que, para este autor la incitación propia de la provocación en nada se diferencia cuantitativamente con el requerimiento propio de la inducción.

Ambos van encaminados a hacer surgir una voluntad criminal inexistente (77) mientras que el concepto de invitación, propio de la proposición, lo considera más amplio que el de incitación al abarcar aquél los supuestos de éste y además otros menos relevantes que hacen que «la distancia que media entre la proposición y la posible futura lesión del bien jurídico sea mucho mayor que la que media entre esta y la provocación (78).

Me inclino a continuar la exposición de este trabajo a partir de la posición definida por Del Rosal Blasco, considerando inicialmente, por utilizar un razonamiento abreviado, que si la provocación puede ser realizada desde la invitación (proposición), no toda invitación puede ser recogida en la provocación. Esto es, el proponente resuelto a cometer un delito que invita, por ejemplo con la palabra o por escrito, a otra u otras personas a ejecutarlo puede realizar tal invitación de manera que los incite, los estimule o los convenza a ejecutarlo, sin embargo no toda invitación del proponente, por muy resuelto que esté, se traduce necesariamente en incitación.

Como se ve, en esta formulación abreviada no se menciona que mientras que en la proposición el proponente está «resuelto a cometer» el delito, en la provocación no se dá tal resolución. Tampoco se destaca que el proponente realiza su invitación a «otra u otras personas» mientras que en la provocación no hay referencia ninguna al destinatario, ni que en la provocación se hace referencia a medios de posible eficacia y no en la proposición como tampoco se hace referencia en esta a la asimilación con la inducción, cuando se siga la ejecución, asimilación expresa, que si está presente en la provocación. De la formulación expuesta si puede deducirse, sin embargo, que el verbo incitar puede contener la acción de invitar y que la provocación puede realizarse con alguna forma de proposición. Intentaremos ver estas diferencias para, en todo caso, poder llegar a lo que ya se ha planteado, esto es, la posible relevancia penal de determinados actos preparatorios desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos en su consideración constitucional.

Que el proponente esté «resuelto a cometer», resolución que no se manifiesta en la provocación, puede interpretarse en dos sentidos.

---

(76) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 138.

(77) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 179.

(78) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 268.

Uno, en el sentido de la acción de cometer, no coincidente necesariamente, como con acierto ha indicado Mir Puig, con la acción de ejecutar. El otro, en su posible relevancia penal en cuanto tal resolución es una mera decisión que pertenece al ámbito íntimo del querer pero no supone, todavía, ninguna exteriorización. Mir Puig deduce que la inducción no seguida de ejecución se contempla en la proposición porque la resolución a «cometer», en relación con el artículo 49 del Código Penal, expresa que «cometen» delito «todos los autores con arreglo a la terminología legal, esto es: tanto quienes ejecutan el hecho como los inductores y los cooperadores necesarios» reforzando este argumento por el hecho, de que «la expresión “invita a otra u otras personas a ejecutarlo” (más aún en la fórmula del Código Penal de 1932, “propone su ejecución a otra u otras personas”) es que se propone a otro que él ejecute el delito» (79). De ahí que no parezca totalmente correcta la posición que mantiene que el proponente se halla resuelto a «ejecutar» el delito y el provocador no, cabiendo, por tanto, en la proposición el supuesto en que un sujeto proponga a otro que él ejecute el delito, con lo que se rompe el argumento que separaba la proposición de la provocación en razón de que el proponente está decidido a ejecutar y el provocador no. Cabe pensar, sin embargo, que también el proponente puede invitar a coejecutar el delito, y parece que nada impide pensar en el supuesto de que su invitación pueda ir dirigida a una voluntad ya decidida, supuestos estos que especialmente destaca Del Rosal Blasco (80).

La segunda valoración que se puede hacer del hecho de que el proponente esté «resuelto a cometer» es que tal resolución, en sí misma es inaprehensible por el derecho penal. Lo que interesa no es que esté o no decidido a cometer un delito sino que la exteriorización de su conducta, en este caso con la invitación, suponga una lesión o puesta en peligro. El posible desvalor no se encuentra en la resolución de cometer, inalcanzable, como se ha dicho, por el Derecho penal, sino en la especial comunicación, en la invitación, en la propuesta de ejecutar. De ahí que habrá que acudir a la invitación como exteriorización de la resolución, para ver si en ella se puede establecer el desvalor relevante.

Rodríguez Mourullo y Del Rosal Blasco, han criticado la opinión de que existe una mayor intensidad en la provocación que en la proposición, argumentando que la invitación que contiene la proposición puede realizarse con tal intensidad «que provoque una excitación pasional en el invitado», mientras que, por otra parte, «la incitación constitutiva de la provocación puede revestir... la forma de un alega-

---

(79) S. MIR PUIG, *Der...*, *obr. cit.*, p. 287, también E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *obr. cit.*, p. 431.

(80) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 180.

to apoyado en argumentos intelectuales» (81). También Octavio de Toledo y S. Huerta, con argumentación distinta, rechazan una menor intensidad en la invitación propia de la proposición. Para estos autores, el verbo invitar tiene su razón de ser en el destinatario individual y concreto de la proposición. La utilización del verbo invitar destaca «lo que de selectiva tiene la conducta del proponente en orden a la búsqueda de un destinatario (o varios) concreto (s) de su propuesta, pues de ordinario no se “invita” *in genere* (82).

No se quisiera entrar en «sutilezas de muy dudosa eficacia» como ya advertiera Quintana (83) pero, también este mismo autor atribuía una menor fuerza, una menor intensidad psicológica a la invitación que a la incitación: «Invitar vale tanto como sugerir, manifestar una idea que puede o no ser aceptada por la persona a la que va dirigida. Provocar, a su vez, equivale a incitar o estimular a una voluntad ajena a la que se comunica una vitalidad psicológica antes inexistente. El invitado obra por imperativo de un propio querer, el provocado por una voluntad extraña a la suya (84). No le falta razón al argumento señalado de Rodríguez Mourullo y del que participa Del Rosal Blasco, sin embargo, parece forzado establecer, en todo caso, como sinónimas las acciones de invitar e incitar (85). Es cierto que la invitación puede realizarse con tal vehemencia que llegué a integrar una conducta de instigación, pero también parece defendible que esa vehemencia no es el uso propio del invitar, por ello no parece que se pueda utilizar indistintamente la invitación o proposición y la incitación o provocación para describir la misma conducta (86). Del mismo modo, es cierto que la provocación puede contener una argumentación menos incisiva, menos persuasiva, menos dirigida a imponer una decisión y que puede ofrecer criterios intelectuales, pero tampoco parece que ese sea el uso común del incitar. Puede entenderse que una propuesta ofrecida a la reflexión y a la posible aceptación perdería su naturaleza si se presenta como una provocación. Del mismo modo, una provocación «argumentada», ofrecida también a la reflexión, no se entendería como tal, sino como propuesta. El argumento de Octavio de Toledo y S. Huerta, singularizando la invitación por la directa y selectiva relación entre el proponente y el invitado parece más sugestivo que convincente. Puede entenderse desde la perspectiva de ofre-

(81) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comb...*, *obr. cit.*, p. 179; B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 179.

(82) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *obr. cit.*, p. 432.

(83) A. QUINTANA RIPOLLÉS, *obr. cit.*, p. 50.

(84) A. QUINTANA RIPOLLÉS, *obr. cit.*, p. 59.

(85) En contra B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 432.

(86) F. C. SAINZ DE ROBLES, *Diccionario español de sinónimos y antónimos*. Madrid, 8.ª ed., 1985: Voz Proponer: ofrecer, prometer, brindar, insinuar, exponer, expresar, opinar, formular, presentar, plantear, sugerir,...; Voz Provocar: irritar, incitar, excitar, exacerbar, estimular, espolear, suscitar, promover, inducir,...; Voz Inducción: invitación, instigación, persuasión, estímulo,...

cer a la invitación un contenido riguroso, en la voluntad de atribuirle una fuerza atractiva, dada la directa relación entre los sujetos, de la que, de otro modo carecería. Sin embargo, cabe pensar que ello no supone necesariamente una mayor intensidad en el mensaje de quien invita. La singular, más cercana o directa, relación que puede mediar entre proponente e invitado, también puede implicar una mayor libertad entre ambos y una mayor dificultad de aceptación de la invitación más propia de un ofrecimiento que de crear en el invitado una decisión. Por otra parte, como más adelante se verá, la invitación a «otra u otras personas» no impide la pluralidad y la indeterminación de los destinatarios, y como se ha dicho anteriormente, puede que el destinatario ya esté decidido. De ahí que se coincida con el criterio de que la invitación supone una menor intensidad o fuerza atractiva que la incitación, criterio expuesto, como ya hemos visto, por Quintano, que también defiende Mir Puig (87) y que Del Rosal Blasco, que no lo comparte, sitúa, en todo caso, en el estímulo o impulso que puede contener la proposición a una voluntad preexistente (88). Cabe mencionar también la menor importancia que el legislador atribuye a la proposición en el artículo 143 del Código Penal al sancionarla con menor pena que la conspiración y la provocación (89).

Se ha mencionado anteriormente, al comentar la argumentación de Octavio de Toledo y S. Huerta, la referencia a los destinatarios, «otra u otras personas», que aparece en la proposición, referencia que está ausente en la provocación. Rodríguez Mourullo niega que de tal expresa presencia en la proposición y ausencia en la provocación se pueda deducir que el destinatario de la proposición es particular y el de la provocación general. La proposición, dice este autor, «puede dirigirse a una pluralidad de destinatarios (invita a otra u otras personas) sin que sea posible, en este sentido, recortar de algún modo el número de los posibles invitados. Por otro lado —y esto resulta decisivo— nada impide, como reconoció ya reiteradamente el Tribunal Supremo que la incitación característica de la provocación incida de modo directo en un destinatario individual» (90). Parece así que la posible pluralidad e indeterminación de los destinatarios es común a ambos actos preparatorios y que en la práctica la influencia de la incitación pueda dirigirse y alcanzar a un destinatario concreto. También en este sentido se ha manifestado Del Rosal Blasco que se refiere a la indiferenciación de los medios para llevar a cabo la incitación «cuyo destinatario puede ser un solo sujeto determinado,

(87) S. MIR PUIG, *Der...*, obr. cit., p. 286.

(88) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 176.

(89) E. ORTS BERENGUER, *obr. cit.*, p. 506 lo interpreta en «el sentido que así mismo para el legislador, aquella representa, de alguna forma, un paso más corto en el *iter criminis*, un menor peligro de ejecución en definitiva.

(90) G. RODRIGUEZ MOURULLO, *Comb...*, obr. cit., pp. 179 y 180.

varios sujetos determinados o una multitud de sujetos indiferenciados» (91), pluralidad o concreción del destinatario o de los destinatarios de la incitación que razona en base a que el ámbito de la provocación no sólo alcanza aquéllas verificadas por medios públicos o que faciliten su publicidad, sino también aquellas incitaciones llevadas a cabo particular y privadamente» (92) sin que se deba confundir, en todo caso, la «palabra», «escrito», «impreso» y «otros medios de posible eficacia» con la publicidad (93). Enlazando con la distinción que se ha hecho anteriormente entre invitar e incitar, cabría defender, que la referencia a la «palabra», «escrito», «impreso» u «otro medio de posible eficacia» es coherente con el contenido, de mayor intensidad, que se atribuye a la incitación, siendo, por un lado, expresiones descriptivas de la fuerza, de la eficacia posible de la incitación, y por otro expresiones dirigidas a coartar la libertad de expresión (piénsese en el origen de la provocación).

Por último la ausencia de referencia expresa a la inducción en la proposición y la asimilación de la provocación a la inducción «si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito», también ha sido entendida de distinta manera por la doctrina. Rodríguez Mourullo ve en ella la razón de que el proponente esté dispuesto a ejecutar junto con el invitado y que el provocador no esté decidido a cometer el delito, ya que si a la proposición sigue la ejecución, según este razonamiento, el proponente responderá como coautor sin que se necesite ninguna regla complementaria de asimilación, mientras que para el provocador, no resuelto a ejecutar, si es precisa tal asimilación (94). Mir Puig añade el argumento de la indeterminación del destinatario en la provocación, el de la equiparación de la provocación a la inducción cuando se sigue la perpetración, para motivar la tesis de la proposición como inducción frustrada (95), posición que igualmente mantiene Octavio de Toledo, S. Huerta, razonando que «si la provocación fuera una auténtica “inducción anticipada” (como es la proposición) holgaría (como huelga en el párrafo segundo del art. 4 del CP) toda referencia a que cuando resulta eficaz (en el sentido de que logra la captación de voluntad del provocado decidiéndole a la ejecución del delito a la que da comienzo) se castigará “como” inducción, pues ni tal fuera el caso la regla sobre la inducción entraría inmediatamente en juego» (96). Son estos, argumentos que vienen a reforzar la consideración de la proposición, o bien como «tentativa de participación», o bien como «tentativa de inducción» o «inducción

---

(91) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 178. En contra S. MIR PUIG, *Der...*, *obr. cit.*, p. 287 y E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *obr. cit.*, p. 434.

(92) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 123.

(93) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 121.

(94) C. RODRÍGUEZ MOURULLO, *obr. cit.*, p. 180.

(95) S. MIR PUIG, *Der...*, *obr. cit.*, p. 287.

(96) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *obr. cit.*, p. 433.

anticipada» (diferenciándose en si el proponente está resuelto a «ejectar» o a «cometer»), argumentos que no caben si se entiende la invitación con una menor y más lejana fuerza atractiva; que puede hacerse (tanto como la provocación) de manera plural e indeterminada y que puede llevar a varias formas de participación pero que además puede integrar en ella la propuesta realizada a quien ya está decidido, supuesto de difícil integración en la incitación.

Del Rosal Blasco equipara el contenido de la incitación, dirigido inequívocamente a que alguien cometa un delito, que puede o no ejecutarse, con el contenido de la inducción dirigido también directa y eficazmente, justificando la ausencia del «directamente» en la provocación por la no necesidad de que se realice de persona a persona, necesidad de conexión personal que en la inducción se deduce del propio adverbio «directamente» (97). Es de ahí desde donde puede comprenderse el “como” que asimila la provocación seguida de ejecución con la inducción en la no necesaria vinculación personal que se da en la provocación y que sin embargo, se contiene en él «directamente» de la inducción y en la cercanía que existe entre incitar e inducir, mayor que la que pueda existir entre invitar e inducir dado el carácter más amplio y adelantado que goza la proposición.

Considero importante destacar la posición crítica que el autor anteriormente citado mantiene frente a una posible interpretación de la provocación que explica la ausencia del «directamente» en el sentido de rebajar la provocación a comportamientos que inciten de «forma vaga, imprecisa o indefinida» (98). Tal posición parece correcta y exigible pero quizá pueda entenderse como un resultado progresivo de la interpretación que evita así los peligros para la libertad que el legislador de 1944 no consiguió evitar (puede ser, porque no lo pretendiese). No parece que sea sólo un recurso de estilo, para no caer en redundancias, el uso de los verbos invitar, incitar e inducir o el uso de fórmulas, un tanto ambiguas, como «medios de posible eficacia» (idoneidad de los medios, si, pero no dice «medios eficaces»), o inequívocos como «directamente». Aunque el propio Código ofrezca diferencias sistemáticas que permitan perfilar la naturaleza de unos actos preparatorios o de una forma de participación a veces de manera oscura como se ha podido comprobar en el caso de la proposición, queda, de algún modo, un cierto temor de que la letra de la ley contenga rasgos de inseguridad que puede traducirse en resultados antigarantistas..

De lo expuesto hasta ahora sobre la delimitación de la proposición para delinquir, parece que puede derivarse pacíficamente la cosecuencia de la heterogeneidad de posturas doctrinales sobre el contenido de este acto preparatorio, heterogeneidad en la que este trabajo tam-

---

(97) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 117.

(98) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 116.

bién participa y que explica que su presencia en el Código penal haya sido calificada de «oscura» (99). A pesar de los esfuerzos doctrinales en los que está presente una manifiesta voluntad de aportar criterios de interpretación que sitúen, con precisión sistemática, la proposición y ofrezcan garantías que limiten su posible aplicación, queda la duda, cuando no el convencimiento, de que tal propósito encuentra dificultades y no termina de llegar a una pacífica conclusión. Sin duda, que las dificultades proceden del mismo objeto de análisis que parece ser reacio a la necesaria seguridad de sus fronteras. Su presencia en la norma, se torna beligerante cuando se pretende perfilar sus rasgos, su identidad, su propia definición, y esto, como es obvio, tiene notables consecuencias negativas para un Derecho penal comprometidamente democrático.

Resumiremos, brevemente, lo anteriormente expuesto en relación con el contenido de la proposición, evitando reiterar las referencias doctrinales. En primer lugar se le atribuye a la proposición una menor intensidad, una menor fuerza de atracción que al otro acto preparatorio cercano, cual es la provocación. La «resolución a cometer», propia de la proposición, se entiende que no exige necesariamente que el proponente participe en la ejecución, pudiendo ir dirigida su actuación a otras formas de participación e incluso puede dirigirse a una voluntad preexistente como forma de «complicidad psíquica» en palabras de Del Rosal Blasco (100). No ha parecido relevante la referencia a los destinatarios en la proposición y la ausencia de tal referencia en la provocación como criterio de distinción. La razón de la no asimilación de la proposición a la inducción, si se ejecuta el delito, se piensa que debe encontrarse en la ausencia de conexión personal con él o los destinatarios, ausentes de relación directa, en la lejanía de la proposición con la inducción y en su mayor amplitud así como en la cercanía que media entre provocación e inducción. Por ello, cabe coincidir con Del Rosal Blasco en la falta de justificación penal de la existencia y punición de la proposición, no sólo en su actual regulación en nuestro Código Penal, sino también en la posible regulación para determinados supuestos que la proposición recibe en la P.A.N.C.P., pues en caso de mantenerse se ampliaría excesivamente el ámbito de intervención de la responsabilidad penal (101) ampliación que escapa de los principios de intervención penal de un Estado social y democrático de Derecho y que asienta una dirección político criminal que por ser ajena o autónoma a esos principios debe considerarse inadmisibles. Se coincide pues con la citada enmienda número 28 de las del Grupo Parlamentario Comunista al artículo 23, párrafo 2.º (proposición a cometer delito) del Proyecto

---

(99) Ver *supra*, nota número 10.

(100) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, pp. 181 y 253.

(101) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 181.

de Ley Orgánica del Código Penal de 1980, que propone la supresión de dicho párrafo, bastando, como ha sugerido Mir Puig, suprimir la proposición y en todo caso unificarla con la provocación (102) si realmente se quiere sancionar la inducción frustrada o incitación eficaz.

#### IV. A MODO DE CONCLUSION: DE NUEVO EL BIEN JURIDICO COMO ELEMENTO «CRITICO» DE LA PROTECCIÓN PENAL

Como se ha podido indicar anteriormente, la función de delimitación del ámbito de protección penal y la función constitutiva de la protección no son separables. Sabemos, y así lo expresa Pulitano, que la teoría del bien jurídico nace como instancia crítica o «liberal» frente a un recurso al derecho penal inspirado por meras razones éticas o ideológicas y no por efectivas funciones de tutela de bienes «aferrados» como tales en la y por la convivencia social. La referencia al bien jurídico significa sobre todo, un límite a la intervención penal. El planteamiento de los bienes jurídicos indica la razón principal, el fundamento necesario de la tutela aunque no todavía la necesidad de la tutela penal misma sobre cuya extensión y modo entran en consideración posteriores razones y equilibrios de intereses a partir de la relación libertad/autoridad o de un cálculo de costes y beneficios (103). Esta función crítica, histórica, de los bienes jurídicos tendrá en cuenta las particulares técnicas o niveles de tutela y en el momento jurídico penal presente deberá participar de la tensión entre formas de tutela arcaicas y autoritarias y jerarquía de valores constitucionales o «bienes jurídicos constitucionales» (104).

En relación con la reforma del Derecho penal español, Quintero Olivares y Muñoz Conde, al tratar la reforma del Código de 1983, planteaban «la necesidad de disponer de leyes penales que permitan desarrollar la política criminal que la sensibilidad democrática y social de nuestros días exige de modo ineludible (105). Presencia, pues, de bienes constitucionales y plasmación, sensible, de ellos; tensiones, y sus resoluciones, entre libertad y autoridad, entre el recurso al Estado como legítimo detentador de la fuerza y como garante de la emancipación, en la referencia utópica que realiza Restá (106). La función

(102) S. MIR PUIG, *Observaciones a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código Penal*, en «R.F.D.U.C.M.», monográfico 3, 1980, p. 50.

(103) D. PULITANO, *La teoría del bene giuridico fra codice e costituzione*, en la «Questione Criminale», 1981, p. 114.

(104) D. PULITANO, *obr. cit.*, p. 115.

(105) G. QUINTERO OLIVARES, F. R. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*. Barcelona, 1983, p. 14.

(106) E. RESTA, *Atteggiamenti verso la codificazioni penale*, en «La Questione Criminale», 1981, p. 144.



de garantía y de límite que el Derecho penal liberal asumió, debe profundizarse actualmente en un Derecho penal de reglas mínimas y fundamentales que lo enmarquen como «simple orden externo de convivencia», en palabras de Cobo Vives para quienes esa es la idea secular del Derecho y «los actos preparatorios quedan más allá de la línea dentro de la cual debe actuar el poder punitivo (107). El compromiso en el progreso de la libertad y el pluralismo exigen tal marco fundamental y mínimo del Derecho penal y no parece que en él tengan cabida comportamientos, como la proposición, que pueden o no ser instrumentales respecto a una mera incitación para una comisión delictiva, puesto que supone primar el componente subjetivo en desprecio del principal de lesividad del acto. De ahí que Octavio de Toledo y Huerta hayan insistido en que el Estado social y democrático de Derecho no puede castigar las simples intenciones (delictivas) por más que éstas se hayan manifestado a otras personas, sino que tan sólo debe intervenir allí donde sea preciso conjurar un peligro que se cierne sobre un bien jurídico protegido» (108) y tal como hemos visto, en la proposición la lejanía y la irrelevancia están más presentes que una posible actuación inequívoca y eficazmente peligrosa. De ahí que Del Rosal Blasco plantee «que si el legislador no puede someter a castigo más que aquellos comportamientos en sí mismos lesivos o cuando menos parcialmente lesivos de bienes jurídicos como exigencia de que la libertad, la justicia y la igualdad son propugnados como valores superiores del ordenamiento jurídico, tales circunstancias «dudosamente concurren en un parte importante de los comportamientos incluibles dentro de la figura de la proposición para cometer delitos» (109).

Debe insistirse, retomando lo ya dicho en el epígrafe segundo en relación con la denominada crisis del Estado social, que también ahora el mantenimiento del Estado de Derecho y en particular de sus funciones sociales positivas de donde obtiene su legitimidad democrática, depende de la capacidad del Estado constitucional de Derecho para adherirse a la complejidad social desarrollando meros modelos de legalidad garantista adecuados para minimizar el nuevo poder subjetivo (extra-legal, escasamente visible, tendencialmente incontrolado) de los aparatos y maximizar el poder objetivo del sistema político inherente a las nuevas funciones y a las nuevas expectativas que genera (110). Y esto se consigue con la multiplicación de garantía de tutela no sólo de los derechos y de las libertades individuales tradicionales, sino también de los derechos sociales. No puede olvidarse, como

---

(107) M. COBO DEL ROSAL, T. VIVES ANTÓN, *obr. cit.*, p. 494.

(108) E. OCTAVIO DE TOLEDO, S. HUERTA, *obr. cit.*, p. 424.

(109) B. DEL ROSAL BLASCO, *obr. cit.*, p. 253.

(110) L. FERRAJOLI, *Stato sociale e Stato di diritto*, en «Política del Diritto», 1982, p. 51.

se apuntaba al comienzo de este trabajo, la función del Derecho penal como instrumento de control social, pero tampoco puede olvidarse la mayor eficacia que otras instancias de control obtienen. Esta relativa funcionalidad en términos de control no debe llevar hacia la reafirmación del control punitivo sino que, precisamente, debe resolverse, ampliando y fortaleciendo el momento garantista y el proyecto de libertad, o, como dice Mantovani al advertir «que estamos asistiendo con creciente inquietud a una progresiva anticipación del umbral de la punición en “los actos preparatorios”, en la “sospecha”, si “la libertad no es un destino, en último caso cada pueblo puede de mil maneras renunciar a ella, pero renunciando con ella a la propia dignidad”» (111).

## BIBLIOGRAFIA

- W. ABENDROTH, *Sociedad antagónica y democracia política*. Barcelona, 1973.
- J. ANTÓN ONECA, «Derecho penal», 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1986.
- L. ARROYO ZAPATERO, *La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la L. O. 2/1981 de 4 de mayo*, en «Cuadernos de Política Criminal», n.º 15, 1981.
- A. BARATTA, *Criminología liberale e ideología della difesa sociale*, en «La Questione Criminale», 1975.
- M. BARBERO SANTOS, *Política y Derecho en España*. Madrid, 1977.
- F. R. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, en *Novissimo Digesto Italiano*, 1974.
- F. R. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale, ed tecniche alternative di tutela*, en «Funzioni e limiti del diritto penale». Padua, 1984.
- J. BUSTOS, *Política criminal e injusto*, en «Control Social y Sistema Penal». Barcelona, 1987.
- J. BUSTOS, *Castigo e impunidad de la tentativa inidónea. Un falso dilema*, en «Control Social y Sistema Penal». Barcelona, 1987.
- C. DE CABO MARTÍN, *La crisis del Estado Social*. Barcelona, 1986.
- J. R. CAPELLA, Marx, *El Derecho y el Estado*. Barcelona, 1969.
- F. R. CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, Vol. I. Bogotá, 1956.
- M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, «Derecho penal». Parte General. Valencia, 1987.
- J. CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer el delito (Los actos preparatorios de la participación)*. Barcelona, 1977.

---

(111) F. MANTOVANI, *Il problema della offensività del reato nelle prospettive di riforma del Codice penale*, en «Problemi generali di diritto penale». Milán, 1982, p. 71.

- E. FARRE TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*. Barcelona, 1986.
- L. FERRAJOLI, *Stato Sociale e Stato di diritto*, en «Política del Diritto», 1982.
- E. GIMBERNAT, *Constitución y Derecho penal*, en «La Constitución española de 1978. Un análisis comparado». Roma, 1982.
- J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)*, en «R.F.D.U.C.M.», n.º 69, 1983.
- I. GOUCH, *Gastos del Estado en el capitalismo avanzado*, en «H. R. SONTANG y H. VALECILLOS, El Estado en el capitalismo avanzado», 7.ª ed. México, 1986.
- T. W. HARDIN, *Du danger, de la dangerousité et de l'usage medial des termes affectivement chargés*, en «Deviance et Société», 1980.
- N. HASSEMER, *Fundamentos de Derecho penal*. Barcelona, 1984.
- L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, Tomo VII. Buenos Aires, 1970.
- F. MANTOVANI, *Il problema della offensività del reato nelle prospettive di riforma del Codice penale*, en «Problemi generali di diritto penale». Milán, 1982.
- J. A. MARTOS NÚÑEZ, *El principio de intervención mínima*, en «A.D.P.C.P.», 1987.
- S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y democrático de Derecho*. Barcelona, 1979.
- S. MIR PUIG, *Observaciones a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código penal*, «R.F.D.U.C.M.», monográfico, n.º 3, 1980.
- S. MIR PUIG, y F. R. MUÑOZ CONDE, *Propuesta alternativa de la Parte General del Código penal*, en «C.P.Cr.», 1982.
- S. MIR PUIG, *La perspectiva "ex ante" en Derecho penal*, en «A.D.P.C.P.», 1983.
- S. MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed. Barcelona, 1985.
- G. NEPPI MODONA, *La riforma de la parte generale del Codice penale. Il principio de lesività ed i rapporti con la parte speciale*, en G. VASALI (a cura di), «Problemi generali di diritto penale». Milán, 1982.
- E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto de Derecho penal*. Madrid, 1981.
- E. OCTAVIO DE TOLEDO y S. HUERTA, *Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed., Madrid, 1986.
- E. ORTS BERENGUER, *Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito*, en «C.P. Cr.» núm. 1982.
- N. POULANTZAS, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*. México, 1969.
- D. PULITANO, *La teoría del bene giuridico fra codice e costituzione*, en «La Questione Criminale», 1981.
- A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, 2.ª edic. Madrid, 1966.
- G. QUINTERO OLIVARES, Fr. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*. Barcelona, 1983.
- G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición de los actos preparatorios*, en «ADPCP», 1968.

- G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Las fases de ejecución del delito*, en «Revista Jurídica de Cataluña», núm. extraordinario, 1980.
- G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*. Barcelona, 1972.
- E. RESTA, *Atteggiamenti verso la codificazione penale*, en «La Questione Criminale», 1981.
- B. DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho español*. Madrid, 1986.
- Cl. ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de hoy*. Sevilla, 1983.
- Cl. ROXIN y G. ARZT, Kl. TIEDEMANN, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal Procesal*, Barcelona, 1989.
- L. F. RUIZ DE ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho penal*. Madrid, 1982.
- F. C. SAINZ DE ROBLES, *Diccionario español de sinónimos y antónimos*, 8.<sup>a</sup> edic. Madrid, 1985.
- J. R. SERRANO-PIEDCASAS, *Emergencia y crisis del Estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. Barcelona, 1988.
- J. O. SOTOMAYOR ACOSTA, *Imputabilidad y sistema penal. Tesis doctoral*. Salamanca, 1989.
- J. TERRADILLOS, *Constitución y Ley penal. La imposible convergencia*. en «R.F.D.U.C.M.», n.º 11, monográfico. Madrid, 1986.
- T. S. VIVES ANTÓN, *Estado de Derecho y Derecho penal*, en «Comentarios a la legislación penal», Tomo I. Derecho penal y Constitución. Madrid, 1982.
- H. ZIPF, *Introducción a la política criminal*. Madrid, 1979.

# Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado

HERNAN HORMAZABAL MALAREE

Profesor titular de Derecho penal  
Universidad Autónoma de Barcelona. Estudio General de Gerona

**SUMARIO:** I. Planteamiento. II. Los delitos calificados por el resultado en la doctrina alemana. III. Los delitos calificados por el resultado ante la jurisprudencia. IV. La estructura de los delitos calificados por el resultado en el derecho español. a) Planteamientos generales sobre la tipicidad de los delitos de resultado. b) Imputación subjetiva en los delitos calificados por el resultado. c) Imputación objetiva en los delitos calificados por resultado. V. Conclusiones.

## I. PLANTEAMIENTO

Como con acierto se ha destacado (1), la vigencia *del versari in re illicita* en el Código hasta la Reforma de 1983, hizo que la doctrina en los delitos calificados por el resultado se centrara en forma principal en limitar sus efectos, lo que trajo como consecuencia que se postergaran otros problemas que hoy aparece oportuno tratar a la luz de la aludida Reforma y de los condicionamientos constitucionales de un Estado democrático de derecho.

En el proceso de determinación de la tipicidad en los delitos calificados por el resultado se presentan especiales dificultades atendida la estructura compleja de estos delitos, en los que por regla general dos conductas delictuales, una dolosa y una culposa (2), con vida autónoma y que protegen diferentes bienes jurídicos, son reconducidas

---

(1) Díez RIPOLLÉS, José Luis, *Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3 del proyecto de Código Penal español de 1980 (I) y (II)*, en «ADP», 1982-1983, pp. 628 y 629 (1).

(2) Hay otras combinaciones que son catalogadas como formas impropias, ver Díez RIPOLLÉS, *ob. cit.*, nota 1. También RENGIER RUDOLF, *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, Tübingen, 1986.

a un sólo tipo penal que, además, contempla una pena considerablemente superior (3) a la que habría de resultar si se apreciaron las reglas del concurso ideal de delitos (4).

Así en el artículo 411 *in fine* que contiene el aborto con resultado de muerte que podría ser el caso más representativo de delito calificado por el resultado en el ordenamiento penal español, la pena a aplicar es la de reclusión menor, que es equiparable a la del homicidio doloso, en circunstancias que el artículo 71 del Código Penal aún en el supuesto más grave de aborto sin consentimiento de la mujer, habría de conducir a prisión mayor en su grado máximo (5).

Es precisamente a partir de esta constatación que tanto Díez Ripollés (6) como Suárez Montes (7), han afirmado expresamente que con la introducción del párrafo 2 en el artículo 1 del Código Penal no se ha establecido plenamente, sino parcialmente, el principio de culpabilidad en el Derecho penal español. Sólo, según estos autores, se habría introducido el requisito de la *imputación subjetiva* del hecho, pero se habría dejado fuera el principio de la *proporcionalidad* de la pena. De aquí que propongan de *lege ferenda*, sumándose a la doctrina dominante, lisa y llanamente la supresión de los delitos calificados por el resultado (8).

El principio de proporcionalidad sólo podría cumplirse, o bien si se rebajasen las penas, o bien si se pudiera justificar un mayor contenido de injusto, supuesto este último que, según veremos más adelante, la doctrina alemana y suiza cree ver en una «especial peligrosidad» adicional de la conducta dolosa (9).

Por otra parte, también entre el delito base y el resultado más

(3) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos calificados por el resultado y causalidad*, Madrid 1966, p. 172: «Lo verdaderamente indignante de los delitos cualificados es que se castigan con las mismas penas de los delitos dolosos lesiones *culposas* de bienes jurídicos. El que vende, por ejemplo, una bebida adulterada y causa, con ello, involuntariamente, la muerte de una persona, es castigado con reclusión menor: igual pena que la que corresponde al que *voluntariamente* mata a otro.»

(4) MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 7.<sup>a</sup> ed., «Tirant lo Blanch», Valencia, 1988, p. 32. De otra opinión TORIO LÓPEZ, Angel, *Prólogo*, en Sanz Morán, A. J.: «El concurso de delitos», Universidad de Valladolid, 1986, pp. 9-10.

(5) Sobre este delito en particular, PEREDA J., *Un caso de punición de delito imposible y de tentativa inidónea*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1942, pp. 268 y ss., SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, *El delito imposible de aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «ADP», 1966 pp. 215 y ss.

(6) *ob. cit.*, nota 1.

(7) Véase *Los delitos calificados por el resultado y el párrafo 2 del artículo 1*, en «La Reforma del Código Penal de 1963, Comentarios a la Legislación Penal», Edersa, 1985, Vol. 1., pp. 35 y ss., del mismo autor *Aplicación del nuevo artículo 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «Estudios Penales y Criminológicos IX», 1984-1985, Santiago de Compostela.

(8) De otra opinión TORIO LÓPEZ, en *ob. cit.*, nota 4.

(9) Véase Díez RIPOLLÉS, en *ob. cit.*, nota 1, una completa exposición y aguda crítica a la legitimación sobre la base de un peligro adicional de los delitos calificados por el resultado en las doctrinas alemanas y suizas. *supra* II.

grave culposo, generalmente de muerte o de lesiones (10), ha de mediar una vinculación o como dice Muñoz Conde (11) «entre el delito base y la producción del resultado ha de mediar una relación causal adecuada» ya que en caso contrario, dice este autor «si el resultado fue consecuencia de una circunstancia totalmente anormal no existirá responsabilidad alguna por este resultado».

De este modo y continuando con esta línea de pensamiento, se sostiene que si no se puede establecer una vinculación entre el delito base y el resultado calificadorio sobrevenido por la imprudencia del autor, conforme a criterios de imputación, habría que desestimar el delito calificado por el resultado (12).

De lo expuesto en los párrafos anteriores se desprende que según la doctrina, el intérprete en los delitos calificados por el resultado se ha de enfrentar con dos situaciones problemáticas en la determinación de la tipicidad: la de la *imputación subjetiva* en los términos del párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal y la de *imputación objetiva* del resultado.

En ambos aspectos, en definitiva, se trata de asegurar al ciudadano en coherencia con los principios de un Estado democrático de derecho, que sólo se le hará responsable penalmente por los hechos propios y no por los hechos ajenos o de la naturaleza. Son aspectos cuya observancia está fuera de toda duda, pues están íntimamente conectados con principios fundamentales de un estado de derecho como el principio de legalidad y del respeto a la dignidad humana (13).

Sin embargo, en lo que se refiere al aspecto del Principio de Culpabilidad y la exigencia de la proporcionalidad de la pena con el grado de culpabilidad (14), según algunos autores, no constituye una rea-

---

(10) En el Código Penal español los artículos 411 *in fine*, 348, 414 párrafo 2, 488 párrafo 5 y 489 párrafo 2, son los supuestos más destacados. En el artículo 488 párrafo 5 además de la muerte se contempla la puesta en peligro de la vida del expósito y en el artículo 489 párrafo 2 exclusivamente la puesta en peligro de la salud o la «moralidad» del menor.

(11) *Ob. cit.*, nota 4, p. 91.

(12) Sobre la causalidad adecuada y los delitos calificados por el resultado véase GIMBERNAT ORDEIG, *ob. cit.*, nota 3, también BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1984, pp. 172 y ss., el mismo autor en *Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas)*, «Estudios Penales y Criminológicos XI», Santiago de Compostela, 1989, pp. 105 y ss., distingue entre criterios de imputación objetiva que son los que sirven para establecer la antijuricidad material y los criterios de atribución que sirven para establecer la tipicidad. La causalidad adecuada para este autor sería un criterio normativo de atribución.

(13) Véase MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, «PPU», Barcelona, 1985, p. 79.

(14) Así QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1986, pp. 96 y ss. Sin embargo, otros autores como MIR PUIG, *ob. cit.*, nota anterior, y COBO DEL ROSAL, M.-VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, en «Tirant lo Blanch», Valencia, 2.<sup>a</sup> ed., 1987, pp. 67 y ss., consideran el principio de proporcionalidad independientemente del de culpabilidad como un límite al *ius puniendi estatal*, pero siempre como realización del principio de la dignidad humana en el marco de

lidad dentro del ordenamiento jurídico español, en la medida que la Reforma de 1983 dejó subsistentes los delitos calificados por el resultado, estableciendo para ellos en el párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal, sólo la exigencia de una vinculación personal «al menos por culpa» que no abarca a la proporcionalidad (15).

Por ello es que con razón, si bien, a título general, comprendiendo también otros supuestos distintos a los de los delitos calificados por el resultado, Cobo del Rosal y Vives Antón han dicho «que no puede decirse que, en la actualidad, la responsabilidad objetiva puede considerarse erradicada del ámbito de Derecho penal. Por el contrario subsisten en el Derecho penal vigente numerosos preceptos redactados desde el prisma de la responsabilidad objetiva, que sólo una *interpretación progresiva* puede adecuar, al menos en parte, a las exigencias del principio de culpabilidad...» (16).

De este modo, por lo menos en lo que a delitos calificados por el resultado se refiere, la plena realización del principio de culpabilidad y por ende, la superación definitiva del *versari*, requeriría o bien su derogación (17), o bien, que se justificase respecto de ellos un mayor contenido de injusto que legitimase su mayor pena (18).

Al mismo tiempo resulta imperioso aludir al problema que se define como la necesaria imputación del resultado más grave culposo al delito base a fin de garantizar la exclusión de la responsabilidad por el azar o el hecho ajeno.

Como puede apreciarse, la ineludible presencia de los delitos calificados por el resultado en el derecho español conlleva problemas cuya resolución está fuertemente condicionada por el respeto y cumplimiento de principios fundamentales en un Estado de Derecho. Desde esta perspectiva y en la búsqueda de la necesaria interpretación progresiva a que aludían Cobo del Rosal y Vives Antón ante la realidad inevitable de los delitos calificados por el resultado se habrá de desarrollar el presente trabajo. Se trata de buscar criterios restrictivos que siendo jurídicamente posibles sean dogmáticamente coherentes a fin de armonizar los delitos calificados por el resultado con el principio de culpabilidad en su más amplio sentido.

---

un Estado de Derecho. También CÓRDOBA RODA, Juan, *Culpabilidad y Pena*, Bosch, 1977.

(15) Categóricamente, SUÁREZ MONTES, en «Aplicación del nuevo...», *ob. cit.*, nota 7. También, DIEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*, nota 1, con amplias referencias a los problemas que acarrea esta expresión.

(16) *Ob. cit.*, nota 14. Ver p. 481 nota 10; subrayado nuestro.

(17) DIEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*, nota 1, II, pp. 120 y ss., en postura que de *lege ferenda* comparto, se manifiesta por la derogación de los delitos calificados por el resultado proponiendo la alternativa del concurso ideal como regla general.

(18) La derogación es la postura mayoritaria en la doctrina. Véase DIEZ RIPOLLÉS, con amplia biografía alemana, *ob. cit.*, nota 1, y SUÁREZ MONTES *ob. cit.*, nota 7 en «Aplicación...», con amplia referencia a la doctrina española. No obstante, hay que señalar que pareciera que TORIO LÓPEZ, A., *ob. cit.*, nota 4 mantuviera la posición contraria.



## II. LOS DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO EN LA DOCTRINA ALEMANA

La referencia a la doctrina alemana en los delitos calificados por el resultado es casi obligada, sobre todo si se tiene presente que el actual párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal, se corresponde casi textualmente con el párrafo 18 del correspondiente Código de la República Federal Alemana.

Sin perjuicio de los problemas doctrinales que se han «importado» con la expresiones «ulterior resultado» y «al menos por culpa» (19) y que ha sido objeto de especial preocupación en la doctrina alemana, se ha planteado el problema de la constitucionalidad de los delitos calificados por el resultado desde el principio de culpabilidad y del principio de igualdad (20), lo que ha dado lugar a abundante literatura doctrinal (21), proponiendo soluciones que al mismo tiempo que legitiman los delitos calificados por el resultado por un mayor contenido de injusto, introducen criterios restrictivos. En todo caso, el legislador alemán no ha permanecido insensible frente a estas preocupaciones constitucionales y ha introducido desde el año 1971 en todas las nuevas formas de aparición de los delitos calificados por el resultado la expresión «leichtfertigkeit» (22), condicionando de esta forma la estimación del delito no con cualquier imprudencia, sino con una imprudencia que «en lo “esencial” o “más o menos” se corresponde con la culpa grave del Derecho civil» (23) y que en esta rama del derecho, de acuerdo con la tradición romanística, se equipara al dolo (24). Luego ya no es cualquier imprudencia la que habrá de acompañar al resultado calificador sino la que se corresponde a la falta de cuidado «grosera», en la que se manifiesta una «frívola desconsideración en el actuar» (25). La introducción de esta calificación de la imprudencia y la cuidadosa determinación de los marcos penales en armonía con los de los delitos individualmente considerados que integran el complejo, permite sostener que estos preceptos respetan el principio de culpabilidad (26).

En lo que se refiere a los delitos calificados por el resultado «tradicionales», esto es, aquéllos que en armonía con el párrafo 18 del Código Penal alemán, simplemente requieren la concurrencia de

---

(19) Véase DÍEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*, nota 1 (I), pp. 629 y ss.

(20) Véase RENGIER RUDOLF, *ob. cit.*, nota 2, pp. 118 y ss.

(21) Véase en especial LORENZEN CLAUS, *Zur Rechtsnatur und verfassungsgrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, Berlín, 1981, también RENGIER RUDOLF, *ob. cit.*, nota 2.

(22) Véase RENGIER RUDOLF, *ob. cit.*, nota 2, pp. 124 y ss.

(23) Véase MAIWALD MANFRED, *Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte*, en «Goldtdammer's Archiv», 1974, p. 258.

(24) *Ibidem*, p. 260.

(25) *Ibidem*, p. 263.

(26) RENGIER RUDOLF, *ob. cit.*, nota 2, pp. 118 y ss.

«imprudencia» (Fahrlässigkeit), la doctrina los ha legitimado, afirmando una presunta naturaleza especial derivada del peligro implícito de lesión a otro bien jurídico que ya hay en el delito base doloso, lo que les daría un contenido desvalorativo «adicional» (27). Este argumento legitimador del «peligro adicional» ha sido ampliamente expuesto, analizado y rebatido por Díez Ripollés (28) con importantes argumentos político-criminales y dogmáticos, suficientes a nuestro juicio como para desenmascarar la real naturaleza «versarista» de los delitos calificados por el resultado.

Sin embargo, a lo que a los objetivos de este trabajo respecta, debemos destacar que la doctrina ha derivado de este «peligro adicional» una consecuencia de carácter dogmático restrictiva de los delitos calificados por el resultado en el sentido de que entre el resultado más grave y el delito base ha de haber una relación de «inmediatez» (29), esto es que la muerte, si este es el resultado calificadorio, ha de ser «la realización del peligro específico» implícito en el delito doloso (30). Este requisito de que el resultado ha de estar en una relación de inmediatez, que en el caso concreto de las lesiones seguidas de muerte ha de ser la realización del peligro específico de las lesiones (31), ha dado lugar a diversos criterios que sirven de fundamento para su estimación o exclusión que no siempre son unánimemente aceptados. Así, por ejemplo, el criterio de la «causalidad fluida», conforme al cual el resultado de lesiones causada dolosamente ha de haber sido la causa de la muerte y no sólo la acción dolosa (32);

(27) Así, SCHUBARTH, MARTIN, *Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte en ZStW*, 1973, pp. 754 y ss., para más literatura ver Díez RIPOLLÉS, *ob. cit.*, nota 1, (II), pp. 102 y ss.

(28) *Ob. cit.*, nota 1 (II), pp. 104 y ss.

(29) Como dice MAIWALD MANFRED, *Zurechnungs probleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte-BGHSt 31,96*, en «Juristische Schulung», 1984, p. 443 «con la exigencia de la inmediatez se describe en una expresión poco feliz, un criterio que hay que identificar con el signo distinto de los delitos calificados por el resultado».

(30) Véase, HIRSCH HANS JOACHIM, *Der «unmittelbare» Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, en «Libro-Homenaje a Oehler, Heymanns Verlag», Köln, 1985, MAIWALD MANFRED, *ob. cit.*, nota anterior, pp. 439 y ss.; RENGIER RUDOLF, *Opfer und Drittverhalten als zurechnungsausschliessende Faktoren bei 226 StGB*, en «Jura», 1986, pp. 143 y ss.; WOLTER JÜRGEN, *Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte* en «Juristische Schulung», 1981, pp. 168 y ss.; el mismo *Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt* en «Goldtdammer's Archiv», 1984, pp. 443 y ss. Son importantes también en este sentido las sentencias del BGH (Tribunal Federal) y sus comentarios. Así BGHSt 31, 96 con comentario de J. H. HIRSCH, en «Juristische Rundschau», 1983 p. 78, de I. PUPPE, en «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1983, pp. 22 y ss.; de G. KÜPPER en «Juristische Arbeitsblätter», 1983, pp. 229 y ss.; de W. STREE, en «Juristenzeitung», 1983, pp. 75 y ss. También BGHSt 33, 322 con comentarios de C. KREHL en «Strafverteidiger», 1986, pp. 432 y ss.; de G. KÜPPER, en «Neue Zeitschrift für Strafrecht», 1985, p. 117; de J. WOLTER, en «Juristische Rundschau», 1986, pp. 465 y ss.

(31) Debe tenerse presente que en el C.P.A. el parágrafo 226 contempla las lesiones con resultado muerte como delito calificado por el resultado.

(32) Si la relación de inmediatez ha de estar entre el resultado de lesiones o entre

el criterio de «la letalidad de las lesiones dolosas», que señala que este resultado de lesiones «como tal», prescindiendo de «aspectos circunstanciales», tiene que haber causado la muerte (33); o también la «prohibición del regreso», que estima que la intromisión de una conducta de un tercero o de la propia víctima excluye la inmediatez entre las lesiones y la muerte (34).

En resumen, para la doctrina alemana el delito calificado por el resultado, concretamente las lesiones seguidas de muerte, presupone que el autor haya realizado dolosamente unas lesiones, que de conformidad con el párrafo 18 haya realizado la muerte de la víctima al menos por culpa y que esa muerte de la víctima sea la precipitación del peligro específico de las lesiones, requisito este último que tanto la doctrina científica como la jurisprudencial formulan con la expresión «inmediatez».

Sin embargo, este requisito de la «forzosa inevitabilidad de la inmediatez» como la describe Wolter (35), se plantea en la doctrina alemana como un requisito restrictivo más a agregar a la relación de causalidad y a la imputación objetiva (36). Luego, en el proceso de determinación del injusto en los delitos calificados por el resultado se requiere además la comprobación de la «inmediatez» como realización del peligro implícito en el delito base.

Como se ha destacado, los delitos calificados por el resultado en esencia no han perdido su impronta «versarista» que sólo se ha subjetivado con la exigencia de imprudencia respecto del resultado más grave (37). En mi opinión su mantenimiento obedece única y exclusivamente a razones político criminales de signo preventivo generales (38) que pasan a un segundo plano con fórmulas como la de que en ellos

---

la acción de lesiones fue objeto de decisión en BGHSt, 31,96. El Tribunal Federal falló en el segundo sentido dando lugar a una rica controversia en la doctrina alemana (ver nota 31). El caso fue el siguiente: El sobrino dolosamente arrojó a su tío desde una atalaya de 3,50 m. de alto. Como consecuencia de la caída sólo sufrió una fractura de la cadera. En el hospital después de injertarle una pieza metálica le enviaron a casa, sin advertirle que debía evitar la inmovilidad y, en general sin darle ninguna indicación postoperatoria. Como consecuencia de la inmovilidad se le produjo una embolia y una neumonía que lo condujo a la muerte. El Tribunal estimó que arrojar a una persona desde 3,50 m. es una acción con suficiente peligro de muerte y sobre esta base estimó el delito calificado por el resultado.

(33) Véase WOLTER J., *ob. cit.*, 1981, nota 30.

(34) HIRSCH, H. J., *ob. cit.*, 1981, nota 30.

(35) *Ob. cit.*, 1981, nota 30.

(36) En general ver literatura citada nota 30.

(37) Véase DIEZ RIPOLLÉS, *ob. cit.*, nota 1, p. 110 (II).

(38) Refuerzan esta apreciación las palabras de TORIO LÓPEZ, *ob. cit.*, nota 4 cuando dice, destacando la tipificación de las lesiones muerte en otras legislaciones, que el homicidio preterintencional «expresa un comportamiento que —de existir estadísticas menos inexpresivas— ocuparía el primer plano en la cifra formal de homicidio». Otro ejemplo, es en nuestra legislación el aborto-muerte del artículo 411 *in fine*, donde a la finalidad preventivo general se unen razones ideológicas, considerando que fue incorporado al Código Penal en la postguerra.

hay un peligro «adicional» que acentuaría el injusto y que justificaría, por ende, el marco penal más elevado. Esta fórmula ideológica ha forzado a la doctrina alemana a darle carta de identidad dogmática, esto es, a darle «cientificidad» aun a costa de formular un criterio como el de la «inmediatez» de contornos indefinidos en el que se confunden criterios como la causalidad, la previsibilidad, la probabilidad y la imputación objetiva. Estos criterios, formulados con el plausible deseo de restringir el ámbito de aplicación de los delitos calificados por el resultado, a mi entender, no son algo propio y privativo de los delitos calificados por el resultado, a mi entender, no son algo propio y privativo de los delitos calificados por el resultado, sino que pertenecen a la teoría general de la imprudencia y deben ser planteados por el contexto del aspecto culposo de estos delitos (39).

### III. LOS DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO ANTE LA JURISPRUDENCIA

En términos generales, se podría sostener que la jurisprudencia ha sido cautelosa desde siempre en la apreciación de un delito calificado por el resultado, manifestando claramente su repulsa dada su impronta «versarista». Así, en numerosas sentencias ha llegado a expresar que constituyen «un baldón ignominioso de nuestro tiempo» o de «vergonzante responsabilidad por el azar» (40).

En estas circunstancias, coherentemente con la preocupación expresada anteriormente, desde el examen de diferentes sentencias del Tribunal Supremo, se pueden extraer con carácter general ciertas exigencias típicas que condicionan restrictivamente la aplicación de un tipo calificado por el resultado y que pueden ser agrupadas en tres grandes categorías: a) la exigencia de dolo en el delito base; b) la relación de causalidad entre el delito base y el resultado; y c) desde la Reforma de 1983, la exigencia de una vinculación personal del autor con el resultado más grave.

a) **La exigencia de dolo en el delito base.** Invariablemente la jurisprudencia ha desestimado el delito calificado por el resultado toda vez que se aprecia imprudencia en el delito base. De este modo ha dejado fuera de consideración la combinación culpa-culpa pronunciándose por la estimación del delito imprudente que absorbería el resultado que de haber sido doloso el acto inicial, habría cobrado una significación agravatoria.

Así, la sentencia de 10 de abril de 1948 (R. 566), señaló en relación con el delito del artículo 343 del Código Penal que se califica con el resultado muerte conforme al artículo 348, que «fuera cualquiera el resultado dañoso sobrevenido en concepto de dolo eventual

(39) *Supra IV, c).*

(40) Así, por ejemplo entre otras la de 4 de marzo de 1985 (R. 1968).

o de peligro, que no es atribuible al agente cuando de su conducta se ha eliminado el dolo inicial, directo e inmediato generador de la infracción penada en el artículo 343 aunque por consecuencia de ella resultare la muerte de una persona y hubiera de aplicarse la pena señalada en el artículo 348...» En un sentido similar la sentencia de 26 de febrero de 1966 también desechó el delito calificado por el resultado y penalizó por el homicidio imprudente en un supuesto en que negligentemente se aumentó la dosis de una sustancia en la elaboración de una receta lo que en definitiva produjo una muerte señalando que el Tribunal *a quo* procedió correctamente al calificar y sancionar «el comportamiento del recurrente como constitutivo de un delito de imprudencia temeraria del artículo 565 párrafos 1, 3, 4 y 7 en relación con el 343 del Código Penal vigente...»

En forma aun mucho más clara la sentencia de 17 de noviembre de 1986 (R. 6965), analizando un abandono de niños con resultado muerte, del artículo 488 del Código Penal, ha señalado que, siendo este delito un delito en contra de la seguridad de las personas, su realización requiere la concurrencia de un dolo de peligro, pero que «puede suceder..., que el sujeto actúe de forma imprudente respecto a las circunstancias que fundamentan la situación de inseguridad, convirtiendo el entero comportamiento en culposo...» (41).

b) **La relación de causalidad entre el delito base y el resultado.** También la jurisprudencia del Tribunal Supremo invariablemente ha exigido la concurrencia de una «relación de causalidad», entre el delito base y el resultado agravatorio.

En este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 1974 (R. 5184) señala que para la aplicación del artículo 348 se requiere que el resultado mortal esté en «conexión causal con el despacho antirreglamentario de la sustancia nociva...»

La sentencia de 15 de diciembre de 1977 (R. 4898), va más allá también en relación con los delitos en contra de la salud pública que se califican con el resultado muerte en el artículo 348 del Código Penal, y después de lamentarse del *versari* que conculca el principio *nullum crimen sine culpa*, señala que «a pesar de la radicalidad del precepto..., la doctrina unánimemente, y partiendo de la frase legal “siempre que por consecuencia”, exige que, al menos entre la conducta del agente y el letal resultado haya una causalidad clara, rotunda, próxima, directa y eficaz o eficiente y no truncada por otra causación autónoma que interfiera o intercurra el curso causal y quiebre la pri-

---

(41) Esta sentencia resulta interesante no sólo en el aspecto que se acaba de resaltar, sino que también por la especial sensibilidad que demuestra el ponente Marino Barbero Santos ante una situación de marginalidad de los procesados. Se lamenta, con palabras que ponen de manifiesto insuficiencias en la sustanciación del proceso, de la dramática situación y de tener que condenar «por la falta de constancia en autos de que los inculpados pretendieron cualquier tipo de ayuda para evitar el estado de prostración de la niña que determinó su muerte...»

mitiva trayectoria, es decir, que no basta con que la relación de causa a efecto se constate acudiendo a la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, de rigor lógico indudable pero que conducen, a veces, a soluciones exageradas e inaceptables, sino que es preciso que el resultado sea determinado, generado o desencadenado por la actividad del agente pero valorando la relevancia de la misma con criterios de adecuación o de eficiencia y negando dicha relevancia cuando la interferencia de una actividad ajena ha incidido poderosamente en el encadenado curso de los acontecimientos que culminaron en la muerte de una o más personas». En el mismo sentido las de 24 de febrero de 1978 (R. 495) y de 4 de marzo de 1985 (R. 1968).

Como puede apreciarse, la jurisprudencia sin vacilaciones exige una conexión entre el delito base y el resultado más grave que habrá de determinarse más allá de la teoría de la equivalencia de las condiciones, con criterios normativos propios de las diferentes así llamadas teorías causales como las de la causalidad adecuada, causa próxima, causa eficiente, etc. (42)

Ahora en lo que se refiere a la exigencia de una vinculación especial entre el delito base y el resultado, en el sentido de que el resultado ha de ser el producto de la realización del «peligro» inherente a la conducta dolosa, ésta no se plantea de forma general sino sólo en especial en relación con los delitos calificados por el resultado que en el Código Penal español están establecidos sobre la base de un delito doloso de peligro y un resultado calificadorio como son los del artículo 348 y del artículo 488 del Código Penal.

Así, la sentencia de 24 de febrero de 1978 (R. 495), atendiendo a la aplicación de este último precepto señala que la acción consiste en abandonar a un niño, «si bien, las circunstancias en que se realiza la exposición del infante llevan a poner en peligro su vida, hasta el punto de sobrevenir la muerte; relación de causalidad en la que claramente se advierten dos tramos o estadios —simple abandono el primero, peligro suscitado con muerte resultante el segundo— sin que entre ambas fases pueda establecerse ninguna especie de hiato o censura para que la muerte pueda ser imputada objetivamente al autor de la acción inicial».

De esta forma, pareciera que la jurisprudencia española no ha establecido un elemento adicional de «peligro» de forma general para todos los delitos calificados por el resultado. Hace referencia a un peligro sólo en el caso del delito de peligro concreto que se contiene en el artículo 488 y que como tal es «normal» y no constituye una exigencia adicional. La realización típica del delito calificado por el resultado simplemente exige que el resultado muerte agravatorio sea

---

(42) Véase LARRAURI, ELENA, *Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva*, en «ADP», 1988, pp. 715 y ss.

la realización de ese peligro concreto sin que pueda establecerse, como dice la sentencia citada, «ninguna especie de hiato o censura para que la muerte pueda ser imputada objetivamente al autor» del abandono.

Luego, este delito, como delito de peligro concreto para la vida, no se realiza con cualquier abandono sino sólo con un abandono que implique un peligro concreto para la vida del expósito y la calificación por el resultado sólo sobrevendrá si existiendo un abandono con peligro para la vida del niño sobreviene la muerte, pero como realización de dicho peligro concreto.

c) **Vinculación personal del autor con el resultado.** Como ya hemos señalado en párrafos anteriores, la Reforma de 1983 al introducir el párrafo 2 en el artículo 1 del Código Penal, estableció al mismo tiempo para los delitos calificados por el resultado la imputación subjetiva del resultado más grave «al menos por culpa», transformándolo con ello, como con acierto señala Suárez Montes, en delitos complejos, sujetos en lo que se refiere a la penalidad, a una regla especial y, por tanto, de aplicación preferente a las reglas generales que para la determinación de la pena se establece en el artículo 71 del Código Penal para los supuestos de concurso ideal (43).

El Tribunal Supremo dictó en un plazo muy corto dos sentencias, la de fecha 30 de marzo y 3 de abril de 1985 (R. 2052 y 2065) en relación con el delito de aborto con resultado muerte, del artículo 411, párrafo final del Código Penal, que limitaron radicalmente la aplicación de este precepto, sólo a los supuestos en que la muerte de la gestante sea imputable al autor a título de dolo eventual con el claro y manifiesto propósito de «realizar en toda su pureza el principio de culpabilidad.»

Estas importantes decisiones jurisprudenciales, apoyadas como ellas mismas lo sostienen en una interpretación histórica, lógica y teleológica, independientemente de que se esté o no de acuerdo con ellas, muy bien fundamentadas (44) en la perspectiva de limitar el «baldón ignominioso» del *versari*, han sido objeto de no menos bien fundamentadas críticas por la doctrina científica española (45).

En particular Suárez Montes (46) ha sido contundente con estas sentencias, diciendo que a pesar del loable propósito de ellas de realizar el principio de la proporcionalidad de las penas, propósito que le parece correcto de *lege ferenda*, sin embargo, de *iure condicto* le

(43) Véase *ob. cit.*, nota 7, en «Estudios...», pp. 234 y ss.

(44) Sin embargo, estas sentencias de un indudable peso y con fuertes apoyos doctrinales, contrastan con la pobreza de las fundamentaciones de una posterior que interrumpiendo lo que podría haber sido una línea jurisprudencial, condenó lisa y llanamente en virtud del artículo 411 párrafo final del Código Penal. Se trata de la sentencia de 24 de enero de 1987 (R. 460).

(45) Véase «Estudios...», *ob. cit.*, nota 7 y TORIO LÓPEZ en *ob. cit.*, nota 4.

(46) «Estudios...», *ob. cit.*, nota 7.

parece inadmisibles, ya que entiende que por esta vía, en contra del propósito del legislador, se estaría forzando la expansión del principio de culpabilidad.

Por otro lado, sostiene Suárez Montes, con la exigencia única y exclusiva del dolo eventual en el resultado muerte, sin que sea suficiente la culpa conforme lo exige el párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal, se estaría creando en el artículo 411 párrafo final un tipo privilegiado de concurso, ya que a su entender «el homicidio dolosamente producido, lo mismo si es con dolo directo o eventual, es homicidio voluntario, subsumible en el artículo 407... (47)».

Ahora bien, lo cierto es que esta tesis que requiere dolo eventual para el resultado más grave tiene antecedentes jurisprudenciales anteriores a la Reforma de 1983 en particular en los delitos en contra de la salud pública que son calificados por el resultado muerte, en el artículo 348 del Código Penal. La jurisprudencia tratándose de estas situaciones y con la evidente intención de soslayar la responsabilidad objetiva, planteaba la alternativa de un dolo eventual en el resultado muerte, como condicionamiento para la aplicación del citado artículo 348 del Código Penal.

De esta manera, y por la vía jurisprudencial se había llegado a una situación semejante a la de ahora, por lo menos en lo que respecta a los delitos en contra de la salud pública en el sentido de estimarlos como delitos complejos continentales de una regla especial de concurso. Se presentaban ya no como delitos calificados por el resultado, concepto que se reservaba a todos aquellos supuestos en que bastaba con acreditar una simple relación de causalidad con el resultado, sino como una alternativa a una de las formas en que se manifestaba el *versari* en el Código Penal anterior a la Reforma de 1983, según se desprende de las sentencias de 12 de diciembre de 1974 (R. 5184); de 15 de diciembre de 1977 (R. 4898) y de 4 de marzo de 1985 (R. 1968).

La hipótesis del dolo eventual se la planteó el Tribunal Supremo ante la Reforma que en el año 1944 se hizo del entonces artículo 353 del Código de 1870 donde se preveía la agravación del resultado muerte única y exclusivamente para el despacho de medicamentos deteriorados o la sustitución de los mismos, pero con una pena muy inferior a la correspondiente al homicidio doloso. La Reforma, según explica la sentencia de 15 de diciembre de 1977 (R. 4898) «tratando de resolver *ex lege* el arduo problema de la eventualidad del dolo, enlazó el precepto estudiado con todas las infracciones de riesgo general o colectivo precedentes —arts. 341 a 347—, estableciendo, con un rigor no claramente comprensible, una pena superior a la del homicidio doloso pues, además de la pena de reclusión menor, se ha de imponer las pecuniarias establecidas en los respectivos casos».

---

(47) *ob. cit.*, p. 224.



De esta forma, como lo señala la sentencia de 4 de marzo de 1985 la doctrina ante el artículo 348 del Código Penal se encontraba dividida. Había una primera postura que defendía la hipótesis del dolo eventual «en cuyo caso, sería preciso que, el agente se hubiera representado y previsto ese resultado, y sin desearlo y hasta siéndole indiferente hubiera aceptado», y una segunda que veía en el mencionado precepto un delito calificado por el resultado conforme al cual «se atribuye al mencionado agente la responsabilidad del resultado aunque no hubiera querido más que el acto inicial, es decir, la conducta integrante del delito contra la salud pública o de riesgo o peligro general o comunitario...» Finalmente esta sentencia contenía la pena para el supuesto de que la muerte se hubiere producido por dolo eventual, desestimando la aplicación del párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal.

En definitiva y resumiendo, según se desprende del examen de las sentencias dictadas con posterioridad a la Reforma de 1983, el Tribunal Supremo entiende que los llamados delitos calificados por el resultado en el derecho español son delitos complejos que presentan una hipótesis de mayor responsabilidad penal derivada de un resultado imputable al autor por dolo eventual y que, por tanto, hay que excluir la aplicación del párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal. Dicho de otra forma, estima que hay un concurso aparente de leyes penales entre el citado párrafo 2 del artículo 1 y unos tipos penales complejos que son continente de supuestos agravatorios sobrevenidos imputables al agente por dolo eventual.

Ahora bien, como puede apreciarse implícitamente esta tesis del Tribunal Supremo parte de la base que el nuevo párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal en nada vino a afectar a los supuestos típicos que contenían agravaciones determinadas por un resultado sobrevenido, pues la vinculación personal, a pesar de la impronta versarista del Código de entonces, ya estaba resuelta por la vía jurisprudencial con la estimación de estos supuestos como hipótesis concretas de dolo eventual. De esta forma, profundizando en esta línea de pensamiento, querría decir que el citado párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal, habría sido dictado para otras situaciones, como los delitos preterintencionales, pero no para los delitos calificados por el resultado que por la vía interpretativa habrían sido restringidos a casos de difícil ocurrencia. El examen de la jurisprudencia, sobre todo en los casos de aborto con resultado muerte, demuestra que ello no es así ni siquiera en la actualidad, según se desprende de una reciente sentencia de fecha 24 de enero de 1987 (R. 460).

Después de la Reforma y desde el tenor del párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal, resulta difícil pensar que este precepto haya sido dictado para otros supuestos y que puede ignorarse en los delitos calificados por el resultado y que con absoluta prescindencia de él puede llegar a restringirse el ámbito de estos delitos única y exclusiva-

mente a los supuestos de dolo eventual. Una propuesta de esta naturaleza constituye un salto en el vacío. A nuestro entender toda propuesta restrictiva debe partir desde una propuesta sistemática que tome en cuenta todos los elementos legales, en especial tratándose de los delitos calificados por el resultado el citado párrafo 2 del artículo 1 y los que surgen de los principios generales que informan al derecho penal (48).

#### IV. LA ESTRUCTURA TIPICA DE LOS DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Después de la Reforma de 1983 el sistema del delito calificado por el resultado se configura en especial por el artículo 1, párrafo 2 y los correspondientes tipos de la Parte Especial y de manera general por las disposiciones y principios que la doctrina ha sistematizado en la Teoría del Delito.

De esta manera, la constatación de un injusto en los delitos calificados por el resultado implica, como en todos los delitos, no sólo la comprobación de la concurrencia de las condiciones que permiten valorar la tipicidad y la antijuricidad, sino también la consideración de las especiales circunstancias que derivan de su condición de delito complejo en armonía con los principios fundamentales que informan al Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho.

##### a) Planteamientos generales sobre la tipicidad en los delitos de resultado

Según hemos señalado en otra oportunidad (49), los tipos penales son continente de formas específica de vulneración de las normas prohibitivas o de mandato que se expresan no sólo en meras acciones que no agotan el contenido de un tipo penal, sino que a través de la descripción de situaciones sociales disvalorativas perfectamente concretadas. El tipo penal, en consecuencia, describe un proceso de relación entre dos sujetos frente al cual el Estado no permanece indiferente porque constituye una lesión de un bien jurídico que tiene interés en proteger. Luego, la acción, si bien juega un papel importante en cuanto vehículo de comunicación entre los sujetos en el tipo penal, no agota por sí sola su contenido y es sólo un elemento más en la configuración de un disvalor social que se complementa, aumentán-

---

(48) *Supra* IV b).

(49) Véase BUSTOS RAMÍREZ, J.-HORMAZABAL MALAREE, H., *Significación Social y Tipicidad*, en «Libro Homenaje a Antón Oneca», Salamanca, 1982, pp. 121 y ss.

dolo o disminuyéndolo con elementos objetivos, descriptivos valorativos y subjetivos que eventualmente pudieran estar incluidos en el tipo.

Por eso, la constatación de la tipicidad requiere no sólo la simple comprobación de la concurrencia de todos estos elementos, lo que implicaría un simple proceso de *subsunción*, sino que requiere, además, una valoración de la situación concreta en la que juegan una serie de criterios que habrán de determinar la *atribuibilidad* de dicha situación al ámbito situacional disvalorativo que en forma abstracta y genérica se contiene en un tipo legal.

Este contenido valorativo de la tipicidad lo constata también Gimbernat Ordeig cuando señala que ésta no se agota simplemente con un proceso de subsunción de la conducta concreta en el tipo legal sino que «es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo —y, en su caso, elementos subjetivos de lo injusto—, infracción del deber de cuidado, resultado típico)». Son criterios, continúa este autor, que «permiten fundamentar por qué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, si no concurre también —lo cual se determina como la base de consideraciones sobre lo que es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que deben informarle— al imputación objetiva (50).»

El juicio de atribución es mucho más que un simple proceso de subsunción que se agota con la simple comprobación formal de concurrencia de los elementos típicos objetivos y subjetivos. Implica una valoración de una situación social real, de su sentido y significación disvalorativa en relación con el bien jurídico protegido por la norma. Es este contenido material de lesión de un bien jurídico el que le otorga significación disvalorativa al tipo legal. Luego, si la situación real, esto es la situación típica, carece de esa significación (no hay lesión del bien jurídico como podrían ser los casos de delito imposible o tentativa absolutamente inidónea) o tiene una escasa o mínima significación en cuanto a lesión del bien jurídico (hurto bagatela, una expresión injuriosa al equipo contrario en un partido de fútbol) habría que determinar la atipicidad de dicha conducta por no ser socialmente significativa, esto es, carecer de materialidad lesiva del bien jurídico protegido por la norma penal (51).

Pero la determinación de la tipicidad tratándose de los delitos de resultado en general y de los delitos calificados por el resultado en particular, esto es de aquellos delitos respecto de los cuales, según se dice, para su consumación se exige la concurrencia de un resultado separable de la acción, gana en complejidad al presentar éstos un problema adicional como es el de establecer si el resultado real es

---

(50) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *¿Qué es la imputación objetiva?* en «Estudios Penales y Criminológicos X», U. de Santiago de Compostela, 1987, p. 177.

(51) Ver *ob. cit.*, nota 49.

o no el resultado del tipo legal, esto es, como dice Gimbernat Ordeig, el que se ha producido «en base a las circunstancias que el legislador tuvo presente al configurar los delitos (52)».

La doctrina se ha planteado este problema como un problema de *causalidad* y que, por tanto, debe ser resuelto con criterios de esta naturaleza que permitan establecer que un determinado resultado pertenece a una determinada acción. Los criterios son, o bien de carácter naturalístico o bien de carácter normativo, o bien de ambos conjunta y complementariamente. Los primeros se plantean desde la teoría de la equivalencia de las condiciones y los segundos desde la teoría de la imputación objetiva (53).

Lo cierto es que se invoquen criterios naturalísticos o criterios valorativos para establecer la relación acción-resultado, no deja de ser un juicio de causalidad en la medida que tiene que resolver un problema que se plantea mecanicísticamente como de una relación de causa y efecto y, por tanto, todavía como un reducto del determinismo positivista.

El juicio causal en nada contribuye a resolver el problema. Planteándose éste desde el resultado siempre se va a *determinar* que es consecuencia de la acción típica de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones y siempre podrá haber criterios normativos para afirmar o negar dicha vinculación tan válidos y respetables los unos como los otros (54). Nunca podrá establecerse que un caso es falso, esto es, que un resultado objetivamente identificable con el del tipo legal no tiene su antecedente en la acción típica. Luego, como no es «falsificable» como diría K. Popper, no sería científico (55).

A mi entender, el problema tiene que ser planteado en otra forma. No debe ser planteado como un problema naturalístico o normativo de causalidad entre una acción y un resultado, sino como un

(52) *Ob. cit.*, nota 3, p. 168.

(53) Por todos, MIR PUIG, *ob. cit.*, nota 13, pp. 176 y ss., con amplia bibliografía.

(54) Como ejemplo puede citarse la sentencia de 27 de enero de 1984 (R. 421) que condenó empleando el criterio de la «creación del peligro» en la acción básica de atropello a un peatón para extender la responsabilidad por las lesiones causadas a otro que fue arrollado por otro vehículo que venía en sentido contrario cuando presa del pánico corría a avisarle del accidente al esposo de la primera víctima. Esta sentencia ha sido fuerte y justamente criticada en sus fundamentos por su vaguedad e imprecisión y por la forma en que se ha entendido en ella la teoría de la imputación objetiva por LUZÓN PEÑA, D. M., *Autoría e Imputación Objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales*, en «Revista del Derecho de la Circulación», 1984, pp. 275 y ss., y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Límites en la responsabilidad por imprudencia*, en «La Ley», 1984, Tomo 4, pp. 1040 y ss. Sin embargo, ambos autores llegan a conclusiones diferentes sobre la imputación del resultado, el primero afirma la imputación aunque por otra vía de la que plantea la sentencia, y el segundo la niega.

(55) POPPER KARL, *Logik der Forschung*, 4.ª ed., p. 33; Sobre Popper y su crítica al positivismo véase la transcripción de su conferencia en el Congreso Mundial de Filosofía de Brighton del 24 de agosto de 1988 publicada en «El País» de 15 de septiembre del mismo año.

problema global de *atribución* de la situación social real a la situación social abstracta y genérica prevista por el legislador en el tipo penal.

Cuando señalo que se trata de un problema global de atribución quiero señalar que dentro de esta globalidad se contempla lo que la doctrina viene etiquetando bajo el concepto «resultado típico» o «resultado causado» con clara referencia a la consecuencia o efecto de una determinada acción: la acción típica. Este llamado «resultado» no es más que un elemento objetivo más, que está implícito o explícito dentro el tipo penal. Está explícito en los delitos calificados por el resultado cuando se señala en el artículo 411 *in fine*, por ejemplo, una pena mayor si sobrevienen lesiones o la muerte y está implícito en los tipos penales que se estructuran con verbos *perfectivos* o *desinentes* (56), como matar o lesionar, para cuya consumación la acción ha de ser llevada a término, sobreviniendo una muerte o unas lesiones que han de ser valoradas no en tanto que consecuencias de una acción, sino en cuanto a la existencia o inexistencia de la acción misma. No se trata de un resultado físico separable de la acción y de una relación antecedente-consecuente entre ellos. La acción de matar existirá en la medida que haya sido llevada a término, esto es, de que se haya matado, de lesionar de que se haya lesionado. En caso contrario, habría que negar la acción de matar o de lesionar.

Luego, en la valoración de los hechos concretos aquello que se plantea como resultado «típico» o «causado» no es más que la acción típica llevada a término. Es, por tanto, un elemento objetivo que debe ser valorado para constatar la existencia de la acción típica.

En esta valoración el tipo penal debe ser tomado en su contenido material y global en cuanto continente de acción disvalorada plena de sentido y de la significación social que le da su carácter lesivo del bien jurídico protegido por la norma. Es en relación a este tipo penal que debe hacerse el juicio de atribución del hecho sobrevenido con criterios valorativos que permiten pensar razonablemente, inteligiblemente, que estamos frente al elemento objetivo previsto explícita o implícitamente en el tipo penal (57). El llamado problema del resultado queda reducido nada más que a un problema de atribución de la acción concreta al tipo penal.

---

(56) ALCINA FRANCH, J.-BLECUA, J. M., *Gramática Española*, «Ariel», Barcelona, 1975, p. 785: «Los verbos perfectivos o desinentes para expresar completamente la acción necesitan llegar a un término».

(57) En lo expuesto y en la fórmula de HONIG RICHARD, *imputable es... aquel resultado que puede ser pensado como puesto conforme al fin* en «Kausalität und objektiven Zurechnung» en Festgabe Frank, Tübingen, 1930, p. 184, está clara la impronta kantiana del «mundo nouménico». Según FERRATER MORA, J., en «Diccionario de Filosofía Abreviado», 2.ª ed., 1978, «el término “noumeno” significa “lo que es pensado”. Como “ser pensado” se entiende en el sentido de “lo que es pensado por medio de la razón” se suele equiparar “noumeno” a “lo inteligible”. El mundo de los nómenos es así el *mundo inteligible* contrapuesto desde Platón al *mundo sensible* o mundo de los fenómenos».

La llamada «moderna teoría de la imputación objetiva» desde este punto de vista ofrece criterios de inteligibilidad, esto es criterios a través de los cuales se puede comprender un hecho como *atribuible* a un tipo. La tipicidad ha de establecerse con absoluta prescindencia de criterios naturalistas, es materia de puro conocimiento.

Así, si el sujeto quiere producir un aborto, lo provoca y la mujer víctima de una depresión se suicida, el sujeto no ha realizado la acción de matar. Tampoco ha matado si un tercero se aprovecha de la situación de convalecencia de la mujer para clavarle un puñal. La tipicidad en estos casos no puede reducirse a un problema de causa-efecto, sino que es un problema de racionalidad: no se puede pensar que en estos casos el sujeto activo ha realizado la acción de matar. No es inteligible en un Derecho penal de garantía, respetuoso del principio de legalidad, decir en estos casos el sujeto mató. La acción no fue llevada a término por él.

Tiene razón Gimbernat Ordeig cuando dice que, «lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad...» que en la medida que no se puede extraer de los textos legales, el pensamiento sistemático «los deduce del sentido y fin de las prohibiciones (tipificaciones) penales, y de los principios que deben informarlas (58).» Son criterios que no permiten sostener que una determinada conducta pueda ser pensada razonablemente como una conducta típica.

Sin embargo, como se ha expuesto en párrafos anteriores la doctrina entiende, erróneamente a mi entender, la imputación objetiva como una categoría que reúne una serie de criterios valorativos de causalidad hasta el punto que desde aparecer como un criterio complementario a la teoría de la equivalencia de las condiciones destinado a corregir sus excesos (59).

Ahora bien, en relación con la imputación objetiva y su carga conceptual de contener criterios valorativos para la determinación de la tipicidad de los llamados delitos de resultado, Bustos Ramírez ha sostenido que hay que distinguir entre los que son criterios de *atribución* de una situación concreta a un tipo con los que son criterios de *imputación objetiva* propiamente tales que son los que dicen relación con la constatación del desvalor de resultado que se concreta en la lesión de un bien jurídico, esto es, de la antijuricidad material (60).

De aquí que, de acuerdo con lo expuesto, Bustos Ramírez propon-

---

(58) *Ob. cit.*, nota 50, p. 175.

(59) Sobre la imputación objetiva y su situación en Alemania y España BUSTOS RAMÍREZ, *Imputación objetiva...*, *ob. cit.*, nota 12, pp. 114 y ss., y LARRAURI ELENA, *Introducción a la imputación objetiva*, en «Estudios Penales y Criminológicos XI», U. de Santiago de Compostela, 1989, pp. 242 y ss.

(60) BUSTOS RAMÍREZ, *Imputación Objetiva...*, *ob. cit.*, nota 12, pp. 114 y ss.

ga desglosar de la teoría la imputación objetiva los que son criterios para afirmar la tipicidad de los criterios que permiten afirmar la anti-juricidad material, cuestión que se presenta en todos los delitos sean de mera actividad o de resultado en un Derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos. En ambos casos se trata de problemas valorativos. Si estamos hablando de tipicidad, el juicio valorativo será un juicio de atribución. Si se trata de antijuricidad material, será de imputación objetiva (61).

De esta manera, el juicio de atribución en los llamados delitos de resultado y calificados por el resultado engloba criterios de carácter normativo que permiten sostener inteligiblemente la realización de una situación típica comprendiendo dentro de ella aquél aspecto objetivo que desde una perspectiva causalista pura se relaciona con una acción como su «resultado» (62).

El problema de la tipicidad en los llamados delitos de resultado no se presenta en forma sustancialmente diferente a los demás delitos y constituye un error, explicable sólo desde un causalismo naturalista, plantearlo como un problema de relación entre dicho resultado y la acción. Sean criterios naturalistas o axiológicos no están resolviendo el problema de la tipicidad, simplemente nos dirán que un resultado es o no consecuencia de una acción y ese no es el problema a resolver. El problema a resolver no es el de si el llamado «resultado» pertenece a una acción, sino si el hecho acaecido puede ser pensado razonablemente como perteneciente a la situación penal típica.

Luego, la teoría de la imputación objetiva en la tipicidad no puede ser entendida simplemente como una categoría bajo la cual se agrupan criterios para establecer la relación entre un resultado y una acción. Formulada así se estaría lisa y llanamente reemplazando criterios naturalistas (los de la teoría de la equivalencia de las condiciones) por criterios de carácter normativo (creación del riesgo, aumento del

---

(61) Ver *ob. cit.*, nota 12 «Imputación objetiva...», por mi parte creo que Bustos Ramírez tiene razón y que es necesario hacer esta distinción y de hecho estoy de acuerdo con todo su planteamiento. Ahora de lo que no estoy tan seguro es si vale la pena quitar a la «imputación objetiva» la carga histórica de ser un criterio para determinar la tipicidad de los delitos de resultado ante la insuficiencia (o excesos si se quiere) de las teorías causales. Por eso, creo que es mejor hablar de «imputación objetiva» en un doble sentido. Por una parte, en un sentido restringido, una serie de criterios de *atribución* para la determinación de la tipicidad de los delitos que contemplan en su estructura típica un resultado separable de la acción como elemento constitutivo y, por la otra, en un sentido más amplio y para todos los delitos, como categoría que comprende todos los criterios para la imputación de un resultado de lesión de un bien jurídico.

(62) Prefiero seguir hablando de *imputación objetiva* en el plano de la tipicidad según lo expresado en la nota anterior. En todo caso, creo en la necesidad de separar lo que son criterios de tipicidad de los criterios que sirven para determinar la imputación de una lesión de un bien jurídico y que son propios de la antijuricidad. Véanse las notas 11 y 19 de BUSTOS RAMÍREZ, en «Imputación objetiva...», *ob. cit.*, nota 12, pp. 105 y ss.

riesgo etc.) que siempre se podrán encontrar, pero no se estaría superando el determinismo positivista (63).

En la determinación de la tipicidad en los llamados delitos de resultado y calificados por el resultado el problema es otro (64). Se trata de que en la valoración del hecho real se pueda hacer realidad la función garantizadora del tipo penal excluyendo la responsabilidad por el caso fortuito o el hecho ajeno, superando con ello las insuficiencias de las teorías causales.

En este proceso de determinación de la tipicidad si los criterios han de ser «inteligiblemente razonables» para que puedan ser pensados como portadores de la condición de típicos, el referente no podrá ser un aspecto parcial del tipo (sólo su aspecto objetivo o subjetivo), sino el tipo como *totalidad* portador del complejo de interrelaciones con sus circunstancias y de su sentido y significación disvalorativa (65).

El juicio de atribución como criterio valorativo global para la determinación de la tipicidad de los delitos de resultado comprende también la imputación subjetiva del hecho de conformidad con el artículo 1 del Código Penal y sólo puede revestir la forma de dolo o de culpa. El dolo constituye la forma básica de responsabilidad y también la más grave por ser precisamente la forma más completa de imputación subjetiva de un hecho a un sujeto, la plena vinculación personal. Excepcionalmente, el Estado puede en una decisión político criminal ampliar la protección de un bien jurídico desde la forma básica dolosa a la imprudencia. Es una vinculación personal del sujeto con un hecho no querido provocado por su falta de cuidado. Es una vinculación personal más débil y por lo mismo un elemento de disvalor dentro del injusto de menos significación que el dolo. Por lo mismo, la realización dolosa y la realización culposa tienen una diferente respuesta penal.

Pero la esencialidad normativa de la imprudencia se traduce a su vez en diferentes niveles de responsabilidad que dependerá de la ma-

(63) BUSTOS RAMÍREZ, en «Imputación objetiva...», *ob. cit.*, nota 12, p. 117.

(64) A partir de lo expuesto en el texto incluso resulta dudoso hablar de «resultado». El término lleva en sí la carga positivista de la causalidad en la medida que se entiende por «resultado» el efecto o consecuencia de algo (de una acción).

(65) Véase BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, nota 12 «Imputación objetiva...», pp. 111 y ss. Como destaco en el texto al hacer referencia al sentido del proceso de comunicación para la constatación de una situación típica plena de sentido, estoy considerando al tipo en su globalidad objetiva y subjetiva. A mi entender en el juicio de atribución el referente es el tipo que comprende elementos objetivos y subjetivos en interrelación y no sólo un aspecto de él. Piénsese en criterios como el «riesgo permitido» que en relación con el «deber objetivo de cuidado» determina la atipicidad de una conducta que dejaría de ser imprudente. Para valorar esta causa de atipicidad es necesario establecer previamente el sentido de la acción del sujeto. ¿Cómo podría establecerse cuál era el cuidado objetivo debido y el riesgo objetivamente permitido cuando un sujeto se sube a un auto, si primero no se ha determinado si era para limpiarlo o para conducirlo? LARRAURI ELENA, *ob. cit.*, nota. 59, p. 245, en esta línea plantea la imputación objetiva como un segundo correctivo a aplicar después de la tipicidad objetiva y subjetiva.



yor o menor medida de la infracción del deber objetivo de cuidado y que en los artículos 565, 586 último párrafo y 600 del Código Penal se expresa en la distinción entre imprudencia temeraria e imprudencia simple. La primera implica una menor exigencia de cuidado y por lo mismo mayor responsabilidad penal. El castigo de la segunda estará determinando una carga superior para el ciudadano de una mayor exigencia de cuidado y, por tanto, menor responsabilidad en caso de infracción (66).

#### **b) Imputación subjetiva en los delitos calificados por el resultado**

El delito calificado por el resultado sólo puede legitimarse frente al principio de culpabilidad en la medida que un mayor contenido de injusto pueda justificar su mayor marco penal en relación con las penas que habrían de resultar de aplicarse las reglas del concurso ideal del artículo 71 del Código Penal. Este mayor contenido de injusto no puede provenir, como lo sostiene la doctrina alemana de una «especial peligrosidad» del delito base, cuestión que ha sido claramente rebatida por la doctrina (67), sino de la propia vinculación personal del autor con el hecho.

Aquí no se trata de violentar la disposición del párrafo 2 del artículo 1, sino de proponer una interpretación progresiva que interpretando una presunta voluntad del legislador en armonía con los principios que informan el Derecho penal en un estado democrático de derecho, pueda hacer realidad el principio de la proporcionalidad de la pena.

La Reforma de 1983 como se ha dicho, al exigir una vinculación al menos por culpa respecto del resultado sobreviniente, afectó a los llamados delitos calificados por el resultado transformándolos en delitos complejos especiales y, por tanto, de aplicación preferente frente a las reglas generales de determinación de la pena del artículo 71 del Código Penal. Claro está que esta aplicación preferente queda condicionada a la tipicidad de la conducta concreta (68).

Luego, si el párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal señala que el ulterior resultado debe ser atribuido al menos por culpa, se trata de determinar, dadas las diferentes graduaciones de la imprudencia,

---

(66) Véase HORMAZABAL MALAREE HERNAN, *La imprudencia punible tras las reforma de 1983 y de la nueva Ley Orgánica del poder Judicial*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1986, pp. 686 y ss.

(67) *Ob. cit.*, nota 1 (II), pp. 105 y ss.

(68) RENGIER RUDOLF, *ob. cit.*, nota 2, pp. 133-134: «De acuerdo con nuestra opinión en los delitos calificados por el resultado hay un contenido de injusto o de culpa superior a las reglas del concurso ideal, en tanto que la culpa de muerte objetiva del tipo y la culpa subjetiva de muerte de la culpabilidad está por encima de la simple imprudencia, pero todavía bajo el dolo...»

cual es la que en armonía con el principio de culpabilidad, considerando su mayor contenido de injusto, será necesario tomar en cuenta para que la norma excepcional del delito calificado por el resultado pueda hacerse aplicable.

Ahora bien, la imprudencia, según el dato fáctico de si el autor ha previsto o no el resultado lesivo del bien jurídico, puede ser clasificada como consciente o inconsciente independientemente de la mayor o menor observancia del cuidado objetivo debido. La intensidad de la infracción al cuidado debido dará lugar a la clasificación de simple o temeraria, siendo la última una imprudencia con un mayor contenido de injusto que la simple.

No obstante, la culpa consciente puede dar lugar a una situación agravada en el límite con el dolo y que la doctrina penal por razones político criminales ha asimilado al dolo con el nombre de dolo eventual (69), pero que en su consideración material no es más que una culpa consciente, como han destacado Rodríguez Muñoz y Ferrer Sama (70) con un elemento subjetivo agravador del injusto (71). El dolo eventual es, conforme a lo expuesto, una culpa consciente agravada, una culpa con un mayor contenido de injusto.

En efecto, el dolo eventual participa de todos los elementos de la culpa consciente: el sujeto prevé la posible lesión del bien jurídico y no lo quiere. Sólo se plantea como hipótesis que ese resultado pueda producirse y no obstante actúa contando con dicho resultado. Si el sujeto hubiera tenido una actitud anímica diferente, en el sentido de que confiaba plenamente en que dicho resultado no se produciría, ya no se estaría hablando de dolo eventual, sino de culpa consciente. En esta actitud anímica está precisamente la diferencia entre la culpa consciente y el dolo eventual. Luego, el dolo eventual no es dolo sino que es una culpa consciente con un elemento anímico agravador del injusto. Es un injusto más grave que el de la culpa consciente, pero por supuesto tampoco es el del dolo. El dolo es voluntad querida conocida y realizada, la culpa consciente ni el dolo eventual lo son. De ahí que el marco penal del dolo eventual tampoco puede ser el del dolo directo, sería muy alto y sería preciso aplicarle el co-

(69) Sobre el dolo eventual véase GIMBERNAT ORDEIG. Enrique, *Acerca del dolo eventual*, en «Estudios de Derecho penal», Civitas, 2.<sup>a</sup> ed., 1981, pp. 171 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Política criminal y dolo eventual*, en «Control Social y Sistema Penal», PPU, 1987, pp. 233 y ss.

(70) Véase FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, Murcia, 1986, pp. 23 y 24; y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., *Notas al Tratado de Derecho penal de Mezger*, Madrid, pp. 168 y 169.

(71) Esta opinión no es unánime en la doctrina española. SUÁREZ MONTES *ob. cit.*, nota 7 p. 249, sostiene textualmente que «el dolo eventual no deja de ser dolo», planteamiento que está en la base de toda su argumentación descalificadora de las sentencias de 30 de marzo y de 3 de abril de 1985 (R. 2052 y 2065). A favor de esta postura, que por lo demás no es nueva en la doctrina española según se destaca en el texto, BUSTOS RAMÍREZ *ob. cit.*, nota 69 y HORMAZABAL MALAREE *ob. cit.*, nota 66.

rectivo de una atenuante. Tampoco puede ser el de la imprudencia, sería demasiado bajo, lo que haría preciso aplicar el correctivo de una agravante (72).

No hay inconveniente, en consecuencia, para sostener que las hipótesis de delito calificado por el resultado previstas en el Código Penal español son hipótesis de dolo eventual ya que el ulterior resultado habrá sido realizado al menos por culpa, como exige el artículo 1 párrafo 2 del Código Penal. Al mismo tiempo la pena superior del delito calificado por el resultado guardará la proporcionalidad que exige el pleno cumplimiento del principio de culpabilidad.

Por eso, según mi opinión, el planteamiento del Tribunal Supremo, en las sentencias de 30 de marzo y de 3 de abril de 1985 falla en sus fundamentos al llegar a la solución del dolo eventual soslayando el párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal que indudablemente afecta a los delitos calificados por el resultado. El resultado más grave ha de ser *imputable* subjetivamente al autor a título de dolo eventual, que como hemos expresado anteriormente es una especie agravada de imprudencia.

Ahora bien, mirada con detención la complejidad del delito calificado por el resultado puede apreciarse que la imprudencia que se vincula con el resultado más grave está implícita en la realización del delito doloso. De esta forma, la realización objetiva y subjetiva del delito base doloso adquiere una *doble relevancia* al ser al mismo tiempo portadora de la infracción objetiva del deber cuidado que habrá de conducir a la producción del resultado más grave (73).

Luego, desde un punto de vista metodológico tratándose del delito calificado por el resultado es preciso comprobar la concurrencia de todos los elementos del delito culposo (dolo eventual), sólo que la comprobación de la concurrencia de la conducta infractora del deber de cuidado debe hacerse en el ámbito de delito base doloso (74).

De este modo y continuando con esta línea de pensamiento en aproximación a la estructura específica de los delitos calificados por el resultado en el derecho español, habrá que comprobar también en el aspecto imprudente además de la infracción del deber, los elementos específicos del dolo eventual, —previsión efectiva del resultado y la realización de la conducta contando con ese resultado— (75), también la *tipicidad* del resultado conforme a los criterios de atribución que se engloban en la teoría de la imputación objetiva. Se trata, en otros términos de concretar la situación y el sentido del proceso real a fin de establecer su *atribuibilidad* a la situación típica lo que

---

(72) Ver *ob. cit.*, BUSTOS, J., nota 69 y HORMAZABAL, H., nota 66. Me refiero a resultado en un sentido valorativo de lesión a un bien jurídico.

(73) RENGIER RUDOLF, *ob. cit.*, nota 2, pp. 148 y ss.

(74) *Ibid.*, pp. 152 y ss.

(75) Según la teoría de la probabilidad.

implica la comprobación y valoración de todos sus elementos descriptivos, normativos y subjetivos desde la protección del bien jurídico concretada en el tipo penal.

En definitiva, en el ámbito de los delitos calificados por el resultado son aplicables los principios de la teoría general del delito imprudente y del dolo eventual con los condicionamientos que impone la doble relevancia dolosa-culposa del delito base y que en forma particular se manifiestan, según se verá más adelante, en la aplicación de los criterios de atribución del resultado real al tipo que se conocen bajo el nombre de imputación objetiva.

No obstante, esta constatación de la doble relevancia del delito base plantea un problema adicional y propio de los delitos calificados por el resultado que ya fue en su época tratado por Gimbernat Ordeig (76) y sobre el cual se ha pronunciado la jurisprudencia alemana (77). Se trata de si la constatación del delito base es suficiente y no hace necesario comprobar la infracción del deber de cuidado bastando simplemente con comprobar la previsibilidad del resultado.

Planteado desde otro punto de vista, este problema conduce a la cuestión de si en el ámbito de los delitos calificados por el resultado el sujeto puede en la realización de la conducta dolosa haber obrado con el cuidado debido o en el ámbito del riesgo permitido, lo que en definitiva habría de conducir a establecer la ausencia del aspecto imprudente por causa de atipicidad (78).

Trasladado este planteamiento a la hipótesis que he venido exponiendo de delito calificado por el resultado en el derecho español, en la medida que planteo una restricción y adecuación al principio de proporcionalidad sobre la base de un resultado sobrevenido imputable subjetivamente por dolo eventual, no basta con la previsibilidad sino que es necesario la previsión efectiva. Por tanto, *mutatis mutandi*, el problema se presenta de si basta con la previsión del resultado, no siendo necesaria la comprobación de la infracción objetiva del deber.

Lo cierto es que, por su propia naturaleza, el riesgo permitido no puede ser aceptado en el ámbito de los delitos calificados por el resultado. Debe tenerse en cuenta que es una causa de atipicidad de una conducta que surge de una valoración desde la propia relación social que permite la realización de conductas riesgosas para los bienes jurídicos y que precisamente por su capacidad de rendimiento social, el Derecho penal permanece indiferente frente a ellas (79).

---

(76) *Ob. cit.*, nota 3, pp. 172 y 174.

(77) Véase RENGIER RUDOLF, *ob. cit.*, nota 2, p. 151.

(78) Sobre el riesgo permitido como supuesto de ausencia de tipicidad en los delitos imprudentes GIMBERNAT ORDEIG *ob. cit.*, nota 50, p. 179; también HORMAZABAL MALAREE *ob. cit.*, nota 66, p. 693

(79) Así también GIMBERNAT ORDEIG, *ob. cit.*, nota 3, p. 174.

### c) Imputación objetiva en los delitos calificados por el resultado

Como se había destacado en párrafos precedentes, tratándose de los delitos calificados por el resultado y en general de los delitos de resultado, la atribución del hecho concreto al tipo implica la valoración de todos los elementos típicos, entre los que se comprenden aquellas circunstancias que dan significación a la acción típica y que desde la causalidad se designa como resultado en tanto que es una consecuencia o efecto de la acción. El problema a resolver es el de establecer si el hecho concreto puede ser pensado razonablemente como el que «el legislador tuvo presente al configurar los delitos» ya que sólo el que se ha realizado en base a esas circunstancias y ningún otro puede ser fuente de responsabilidad penal (80).

Hay que valorar en el hecho realizado, con referencia al tipo como totalidad comprendiendo e interrelacionando todos sus aspectos objetivos y subjetivos, su *atribuibilidad*. Se trata de precipitar en la tipicidad el principio de legalidad excluyendo del Derecho penal aquellos hechos que conforme a la razón no puedan ser comprendidos dentro de su ámbito de protección (81).

En esta línea de pensamiento se formuló la teoría de la causalidad adecuada al negar la tipicidad de los hechos en que el resultado esté fuera de lo razonablemente previsible, precisamente en relación con los delitos calificados por el resultado (82), en la perspectiva de limitar la exagerada amplitud que adquirirían estos delitos desde la teoría de la equivalencia de las condiciones. Conforme a esta teoría sería causa del resultado la que conforme a la experiencia en el caso concreto aparezca como adecuada a la experiencia en el caso concreto aparezca como adecuada (previsible) para producir el resultado típico (83).

---

(80) *Ob. cit.*, nota 3, p. 168, *supra IV b)*. Como hemos señalado en *Infra IV a)* el planteamiento no puede ser el de vinculación del resultado con una acción ya sea por criterios de causalidad natural o normativos. En este error de planteamiento incurre a mi entender la sentencia de 5 de abril de 1983 cuando señala en uno de sus considerandos «pero otra cosa distinta es que para el injusto típico se requiera además la concurrencia de una categoría puramente normativa: la imputación objetiva, es decir, que mediante criterios extraídos de la interpretación de la esencia y función del tipo injusto, se puede afirmar desde el punto de vista jurídico penal, que un resultado es objetivamente atribuible, imputable a una acción...» («La Ley», 1983, Tomo 3, pp. 277 y ss., con cometarios de SUSANA HUERTA TOCILDO, *La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial.*)

(81) CORDOBA RODA, Juan, en notas de Derecho español en Maurach, R. Tratado de Derecho penal, Barcelona, 1962, Tomo 1, p. 238, nota 23, plantea la necesidad de «la tipicidad del resultado causado», considerando, en consencuencia, atípicos los hechos en que el resultado se ha producido al final de un curso causal anormal.

(82) Se trataba entonces de los delitos calificados por el resultado «genuinos», esto es, de aquéllo en que el *versari in re illicita* se manifestaba con toda amplitud, bastando simplemente con un acto inicial ilícito para que el autor fuera responsable de todas sus consecuencias.

(83) *Ob. cit.*, nota 3, pp. 44 y 45.

Al mismo tiempo, el criterio de la previsibilidad objetiva permitiría establecer qué resultados son típicos, pues sólo lo serían aquéllos que fueran previsibles desde la acción ejecutada. Y a la inversa, los resultados imprevisibles permitirían excluir por inadecuadas las acciones de las cuales se derivaba ese resultado imprevisible (84).

Ahora bien, según se ha planteado precedentemente a nivel de tipicidad en los llamados delitos de resultado el problema general es, en la valoración del hecho concreto, el de la determinación de la acción típica que adquiere su significación en la medida que es llevada a término (85). Lo mismo sucede en los llamados delitos calificados por el resultado como forma específica de delito del resultado. En estos delitos la conducta base es doblemente relevante ya que dará lugar a un delito doloso y a uno imprudente. Hay, en consecuencia, una conducta dolosa y una conducta culposa que adquiere su significación y es constatada cuando es llevada a término.

Así, en la combinación aborto-muerte o lesiones del artículo 411 *in fine* del Código Penal, las maniobras abortivas tienen esa doble relevancia: la muerte del feto vinculada dolosamente al autor y la muerte o lesiones de la abortante vinculada culposamente al autor. En las maniobras abortivas está o debe estar también la conducta de matar o lesionar pues, en caso contrario no podríamos hablar ni siquiera de homicidio o de lesiones imprudentes ni menos de un delito calificado por el resultado.

Luego, el problema en el delito calificado por el resultado es el de constatar si esas lesiones o muerte que aparecen como elementos objetivos en el tipo penal, para seguir con el caso del artículo 411 *in fine* del Código Penal, son expresión de una conducta de matar o lesionar que ha sido llevada a término y que está implícita en la acción básica.

Es cierto que en el citado artículo 411, que en los artículos 353, 488 párrafo 5 y en el párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal se emplean voces como «a consecuencia», «resultado» o «sobreviniere» que de atenernos a su significación literal nos tendrían que obligar a un juicio de causalidad. Pero, a mi entender, esta interpretación literal condicionada por una técnica legislativa influenciada por un positivismo decimonónico determinista y universalista, tiene que ceder ante una realidad más abierta y más respetuosa con el ciudadano que se manifiesta normativamente a nivel constitucional con el reconocimiento y respecto a la dignidad del hombre y con el principio de legalidad.

El problema no es un problema causal del mundo de los sentidos, sino un problema de puro conocimiento que debe plantearse en cada caso real a partir de la pregunta de si puede ser pensada racionalmen-

(84) LARRAURI ELENA, *ob. cit.*, nota 59, p. 226.

(85) Véase *infra IV a*).

te la realización imprudente de una conducta de matar o lesionar implícita en la realización dolosa de otra conducta. Estamos frente a un proceso de valoración de carácter intelectual de una relación entre hombres, de una relación social y no ante un problema metal-mecánico que si puede ser resuelto con leyes de la física.

De este modo, lo que la doctrina ha venido planteando desde un punto de vista causalista como la necesidad de establecer una «especial relación» entre el delito base doloso y el resultado culposo, el «ulterior resultado» según el párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal, en los delitos calificados por el resultado es un problema de determinación de la infracción del deber de cuidado confundida con la acción dolosa en la conducta básica, que por ello se decía que era doblemente relevante. De lo que se trata, en consecuencia, no es el de establecer una relación a través de un juicio de causalidad con criterios naturalísticos o valorativos con el ulterior resultado más grave, sino de plantearse lisa y llanamente el problema como si única y exclusivamente de un delito culposo se tratara, de valorar la realización de una conducta imprudente. Las expresiones «resultare muerte» en el 353, «sobreviniere la muerte» en el párrafo 5 del artículo 488 del Código Penal suponen una acción de matar o lesionar que ha sido llevada a término, una forma de expresar la acción, y no la obligación de establecer una vinculación causal entre una acción de matar y un resultado como si fuera posible separarlos inteligiblemente (86).

No obstante, hay que distinguir de los supuestos anteriores los casos previstos en los artículos 488 párrafo 5, primera parte y 489 párrafo 2 del Código Penal. En el primero, la mayor pena se fundamenta en una puesta en peligro de la salud o de la moralidad del menor. En estos casos, la punición de la conducta se anticipa a la muerte o las lesiones, no siendo necesario para la intervención penal que la acción típica sea llevada a término. Basta con una acción de puesta en peligro del bien jurídico protegido que en el ámbito de la tipicidad habrá que entrar también a valorar para constatar la acción típica de puesta en peligro que estará implícita en la acción dolosa básica. En el juicio de *atribución* de la conducta concreta jugará el criterio de probabilidad de la lesión efectiva del bien jurídico para determinar la peligrosidad concreta de la acción y, por tanto, su tipicidad (87).

---

(86) RENGIER, R., *ob. cit.*, nota 2, p. 150, plantea la doble relevancia en el ámbito de la infracción objetiva del deber descrita como «la realización objetiva y subjetiva del tipo básico que demuestra que en este lugar el aspecto doloso y el culposo se entrecruzan». Para este autor, p. 149, del mismo modo que en el texto, señala que todas las cuestiones de imputación en los delitos calificados por el resultado son problemas de la teoría general de la imprudencia. Sin embargo, se plantea el problema del resultado como un problema «de relación en el fin de protección entre el delito base y el resultado», esto es, como un problema causal en definitiva. *Passim*.

(87) En la tipicidad se trata de constatar el disvalor de acción contenido en el

Luego, la determinación de la tipicidad en los llamados delitos de resultado en general no difiere de los de mera actividad. Siempre será un juicio valorativo de *atribución* en que adquiere especial significación el criterio del mundo nouménico Kantiano «poder ser pensado» (88). Se trata de constatar la realización de una acción típica imprudente que ha sido realizada en el marco de una conducta dotada de sentido (dolosa) punible (aborto, abandono de un menor), de una conducta frente a la cual el derecho penal no es neutral. El juicio de atribución de la acción lo es de una acción en su realidad concreta que ha de ser tomada, en consecuencia, conforme al sentido que le ha dado el autor y no como una irrealidad naturalística desencadenante de un proceso causal. Dicho de otra forma, en el proceso de atribución hay que tomar la totalidad del tipo en sus aspectos objetivos y subjetivos y no sólo una parte de él (89).

En este sentido los criterios de la llamada moderna teoría de imputación objetiva (90) son expresión concreta del criterio señalado anteriormente, entre los que cabe destacar por su riqueza y capacidad el del fin de protección de la norma elaborado por C. Roxin (91).

Este criterio que parte de la base de una conducta creadora de un riesgo permite excluir la tipicidad de conductas en que el resultado no es una plasmación del riesgo creado o si lo es, éste cae fuera del ámbito de protección de la norma. Es un criterio de racionalidad que puede ser reformulado según lo que se ha venido señalando de que el problema no es el de asignación de resultado, sino de constatación de una acción típica peligrosa, de un proceso comunicativo entre sujetos contenido en el tipo penal determinado por su sentido (92) y que permite resolver una serie de casos conflictivos en el ámbito de los llamados delitos de resultado.

Así, no se puede hablar de acción imprudente de homicidio si realizado un aborto muere la abortante por que se suicida, porque no sigue las instrucciones postoperatorias prescritas por el médico y sí las de una «curandera» que le provocan una infección, porque muere en un accidente circulatorio, porque el asesino aprovecha su debilidad para clavarle un puñal etc. Son todos casos en que la muerte proviene de otra fuente de peligro ajena al del provocado en la acción básica dolosa. El sujeto activo del aborto lisa y llanamente no ha matado

---

ámbito situacional del tipo. El problema del resultado dice relación con la lesión de un bien jurídico (lesión efectiva o puesta en peligro) y es un problema de antijuricidad material. Ver *Infra IV. a*.

(88) Véase nota 57.

(89) *Infra IV. a*

(90) Nos referimos a ella en esta oportunidad en cuanto continente de criterios de atribución al tipo, esto es, de criterios de atribución. Véase nota 12.

(91) ROXIN, C., *El fin de protección de la norma*, en «Problemas básicos del Derecho penal», Madrid, 1976. También BUSTOS, J., *ob. cit.*, nota 12; GIMBERNAT, E., *ob. cit.*, nota 3, pp. 135 y ss. y nota 50 y LARRAURI, E., *obs. cit.*, notas 42 y 59.

(92) De «Interacción peligrosa», como dice BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, nota 12, p. 128.



en estos casos. Son supuestos de ausencia de responsabilidad o que caen dentro del campo de la responsabilidad ajena. Están fuera del ámbito de lo que la norma puede prohibirle o mandarle al sujeto activo en el caso concreto.

## V. CONCLUSIONES

1. La exigencia implícita en el principio de culpabilidad de proporcionalidad entre injusto y pena conduce en armonía con el párrafo 2 del artículo 1 del Código Penal a considerar en los llamados delitos calificados por el resultado el «ulterior resultado» imputable subjetivamente al autor a título de dolo eventual.

2. En los llamados delitos de resultado no hay un resultado separable físicamente de la acción que obliga a resolver la tipicidad a través de un juicio de causalidad naturalística o normativa. De lo que se trata es de determinar la existencia de una acción típica a través de un juicio normativo de *atribución* en que hay que establecer en el supuesto concreto si la acción típica puede ser pensada racionalmente como realizada.

3. Entre los criterios que se engloban bajo la categoría «imputación objetiva» hay criterios de determinación de la tipicidad (de atribución) y de determinación de la antijuricidad material (de imputación objetiva propiamente tal).

4. La distinción delito de resultado-delito de mera actividad no tiene sentido en la medida que se plantea como criterio de distinción el de la existencia o no en el tipo de un problema de causalidad.

5. Si tiene sentido, a nivel de antijuricidad, en un Derecho penal de exclusiva protección de bienes jurídicos. Todos los delitos serían de resultado (valorativo) en la medida que tendrían que afectar a un bien jurídico en forma de lesión efectiva o de puesta en peligro.

6. Los delitos calificados por el resultado son tipos complejos que combinan en su forma propia una acción básica dolosa y una culposa (dolo eventual) y, por tanto, doblemente relevante. Lo que se llama resultado no es más que la realización de la conducta imprudente implícita en la conducta básica y, por tanto, constatación de la realización de esa conducta que ha sido imprudentemente llevada a término.

7. A partir de la Reforma de 1983 y de lo expuesto no cabe hablar de delitos calificados por el resultado, sino de delitos complejos continentales de una acción básica doblemente relevante (dolo-dolo eventual) de ulterior lesión efectiva o de puesta en peligro de un bien jurídico.

8. En todo caso, de *lege ferenda*, estas estructuras complejas deben ser derogadas y dejar la resolución de la punibilidad de estas conductas sometidas a las reglas del concurso ideal.



## Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en el Derecho penal (\*)

GÜNTER JAKOBS

Bonn

En el comentario de Lackner (1) se dice acerca de la causalidad: «La fórmula de la *conditio-sine-qua-non* tan sólo constituye un medio auxiliar metódico. Facilita la prueba de la conexión lógica... de la acción humana con el resultado, pero carece de un valor cognitivo inmediato en relación con la existencia de aquella vinculación». En lo tocante a la imputación objetiva y, de modo más específico, en lo referente a la cuestión de cuándo un resultado halla «precisamente su fundamento en la infracción del deber de cuidado», Lackner (2) señala que la relación falta «cuando también se hubiera producido el resultado observando el cuidado debido». Después de exponer que esta relación de riesgo no constituye un problema causal (y tras optar por la teoría del incremento del riesgo), Lackner, sin embargo concluye: «La problemática general aún no ha sido objeto de clarificación definitiva.» ¿Posee la fórmula hipotética, en el ámbito de la imputación objetiva, aquel «valor cognitivo» que se le niega en la causalidad o es, de nuevo, tan sólo un instrumento auxiliar metódico? Al comienzo del presente estudio, que pretende contribuir a reducir en algo la falta de claridad constatada por Lackner, se halla la distinción entre múltiples riesgos concurrentes y las condiciones de mera variación en el curso de un mismo riesgo (I). A continuación se aborda el tratamiento de riesgos concurrentes separables (II) y de riesgos no separables —en el momento de surtir efecto— (III); se

---

(\*) Traducción del artículo *Risikokonkurrenz-Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht (Festschrift für Karl Lackner*, Walter de Gruyter, Berlín, New York, 1987, pp. 53-75), realizada por Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ (Prof. de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid) y Manuel CANCIO MELIA (Universidad Autónoma de Madrid). Los traductores desean expresar su agradecimiento al profesor Enrique Bacigalupo por el interés que ha puesto para que esta traducción se llevase a cabo.

(1) Strafgesetzbuch, 16 Auflage, 1985, anot. III la previa al § 13.

(2) (Nota 1) § 15, anot. III 1b aa hasta cc.

demostrará que la fórmula hipotética, en este ámbito, no es más que un instrumento auxiliar metódico. A la configuración de este instrumento auxiliar se dedica la última parte (IV).

## I

1. Todo curso lesivo que no puede obviarse como *quantité negligible*, desorienta mientras no sea explicado (3). La explicación que el Derecho penal puede presentar tiene lugar mediante la imputación del curso lesivo. En ella, el comportamiento de un autor o partícipe (o de varios partícipes) se define como causa determinante del curso lesivo. También la exclusión de la imputación jurídico penal contribuye siempre, de manera positiva, a la explicación de un curso lesivo: ya que, de una u otra manera, todo curso lesivo debe ser explicado, la exclusión de un haz explicativo refuerza las probabilidades de intentarlo con éxito por otra vía.

Dado que es necesario hallar una explicación plausible a todo curso lesivo, ninguna afirmación relativa a la imputación jurídico penal que haya sido obtenida sin tomar en consideración los demás modos explicativos, será válida. Si se lleva a cabo la imputación jurídico penal ello siempre significa, al mismo tiempo, que ni estamos en presencia de un acontecimiento fortuito ni la víctima es responsable, al menos de manera exclusiva, del curso lesivo, etc. Si no se imputa, ello sólo puede ser correcto si entre los demás modos explicativos hay, al menos, uno aplicable. Las operaciones de delimitación de la imputación jurídico penal no se desarrollan, por tanto, en «tierra de nadie»; no constituyen una cuestión unilateral, interna de la imputación, sino que siempre constituyen, al mismo tiempo, variaciones recíprocas de los límites de otros modos explicativos. Lo que también es válido en la medida en que los modos explicativos se solapan. Un solapamiento debilita la fuerza explicativa de los modos concurrentes, y la desaparición del solapamiento sólo es posible si el modo subsistente es suficiente como explicación única.

2. No todos los detalles de un curso lesivo se hallan necesitados de explicación, sino tan sólo aquéllos en los que la tendencia lesiva (*Schadensneigung*) se fundamenta. Los otros detalles, las meras circunstancias acompañantes, no constituyen objeto idóneo de expectativas jurídico-penalmente garantizables. La delimitación entre las circunstan-

---

(3) Explicar significa, por tanto: reconciliar el curso con la orientación; esto se produce mediante la designación de un escogido conjunto de condiciones de un riesgo que sea compatible con uno de los dos modos de mediación entre el curso lesivo y la orientación (modo explicativo; mejor sería modo de reorientación) (por ejemplo: culpabilidad del autor, autoreponsabilidad, accidente a causa de la propia predisposición o de incapacidad ajena). (N. T. sobre el sentido del término «orientación» —*Orientierung*— en JAKOBS, cfr. su manual, *Strafrecht AT*, Walter de Gruyter, Berlín, New York, 1983, pp. 4-5 n. m. 4).

cias generadoras de la tendencia lesiva y las meras circunstancias acompañantes es tan incierta como indeterminado es el círculo de las mencionadas expectativas. En cualquier caso, en el valor causal de una circunstancia en relación con el resultado no está determinado que aquella circunstancia no pueda constituir una circunstancia acompañante. Al contrario, es posible que en el transcurso de un curso lesivo se modifiquen detalles del desarrollo sin que por ello la tendencia lesiva se vea influenciada. Cuando esto sucede, entonces el curso causal se ve modificado en el marco de un riesgo (4) que sigue siendo idéntico. En estos casos,

---

(4) Un riesgo es un conjunto de condiciones del resultado que pertenecen a un contexto explicativo; los límites del concepto, por tanto, se hallan determinados por su finalidad: la explicación de cursos lesivos (*vid. supra nota 3*). No faltan intentos de desvincular el riesgo de las condiciones con efecto causal, partiendo en mayor medida, de una consideración *ex ante*. El intento más conocido es la teoría del incremento del riesgo, a la que el autor ya ha hecho referencia en otras ocasiones; por último en: *Strafrecht AT*, 1983, 7/98 y ss., con referencias. La bibliografía especializada aparecida desde comienzos de 1983, tanto a favor como en contra (BINDOKAT, *JuS* 1985, pp. 32 y ss., ARTHUR KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, 1985, pp. 273 y ss., RANFT, *NJW* 1984, pp. 1425 y ss.; el mismo, *GA* 1985, pp. 341 y ss., respecto de KRÜPELMANN, véase esta nota. —respecto de PUPPE, véase la nota 17; véanse también las referencias en la nota 25) ha permitido precisar numerosos aspectos puntuales, pero no ha aportado nada fundamentalmente nuevo. Hasta el momento el último y más sutil intento es obra de KRÜPELMANN, (*Jescheck-Festschrift*, 1985, pp. 313 y ss., el mismo, *GA* 1984, pp. 491 y ss., 503 y ss.; el mismo ya en *Bockelmann-Festschrift*, 1979, pp. 443 y ss., 447 y ss.). De modo muy sintético: según KRÜPELMANN, *ex ante* debe determinarse el «deber» del autor y la «pretensión» de la víctima correspondiente a aquél (*Jescheck-Festschrift*, p. 318). La base fáctica de la prognosis de «peligrosidad» (el riesgo del cual el autor es responsable) y de la «propia situación de peligro» (*Gefährdetheit*) (la subsidiariedad —¿determinada cómo?— de los riesgos aportados por la propia víctima) deben ser de obligada prueba en el proceso (p. 322). Respecto de la «propia situación de peligro» esto implica que debe ser probado el estado del paciente (por ejemplo, si ante un juicio de pronóstico en su conjunto dudoso pertenece al grupo de los pacientes de riesgo o de aquéllos con buenas posibilidades) (pp. 322 y ss.). Una vez determinada la existencia del «deber» y la correspondiente «pretensión», no deben ser relevantes ni la magnitud de la posibilidad de salvamento («una posibilidad cuantificable debe ser suficiente», p. 333) ni el curso hipotético en caso de alternativas de comportamiento no realizadas (pp. 326 y ss., 329). Esto, en los casos de omisión de auxilio médico, de los que fundamentalmente se ocupa KRÜPELMANN, implica: de darse el «deber» y la «pretensión» (no siendo, por tanto, el estado tan grave que elimine toda esperanza) sólo se valoran aquellas complicaciones que de hecho han tenido lugar (sin considerar cursos hipotéticos), aunque si se computan los errores cometidos. Partiendo de estos presupuestos, KRÜPELMANN, trata, por lo tanto, el curso lesivo que se habría desarrollado de no darse un comportamiento erróneo como un *aliud* no realizado con respecto al curso real en el que sí concurrió el comportamiento disfuncional. Con este punto de partida resulta irrelevante que el curso, de no ser disfuncional el comportamiento, también hubiera conducido a la lesión: las hipótesis no explican la realidad. El método de KRÜPELMANN, sin embargo, no garantiza que el comportamiento disfuncional influya (más que en meras circunstancias acompañantes) en el riesgo que se realiza, esto es, que con dicho comportamiento se realice un riesgo distinto del que se realizaría sin él. Si en el proceso no logra probarse la existencia de un «estado» que asegure la producción o la no producción de la lesión, dicho estado será entonces un estado general en el que nada se conoce acerca de los detalles. Simplemente por esta razón (¡nada se sabe!) no se puede garantizar que el comportamiento disfuncional modifique algo más que circunstancias acompañantes. Además, no es posible determinar de manera no arbitraria los parámetros por los que se delimi-

se causa el resultado, pero no el riesgo del resultado. Ejemplo (5): si en el interior de una casa en llamas se cambia de posición, girándola, una pieza del mobiliario, este comportamiento condicionará el discurrir futuro de la destrucción y, por tanto, también el resultado. El hecho que primero se queme el lado izquierdo y que el fuego avance desde allí hacia el derecho, es decir, lo que en realidad sucede, y no a la inversa, depende del cambio de ubicación del objeto. El que la pieza del mobiliario también se hubiera quemado, sólo que de otra manera, de no haberse dado la vuelta constituye una mera hipótesis y, por tanto, no conforma una explicación de lo que en realidad ha sucedido. Este acontecer real, sin embargo, no está plenamente necesitado de explicación: cuál sea la vía, de entre las varias equivalentes, por la cual un riesgo idéntico discorra hasta el resultado, no constituye objeto idóneo de expectativa en el ámbito de las normas que deben estar dirigidas a evitar comportamientos arriesgados.

La exención de responsabilidad en casos de meras variaciones en el curso sólo puede ser fundamentada tomando en consideración el curso hipotético: la reponsabilidad decae en atención, solamente, a que sin la variación se hubiese desarrollado un curso equivalente del mismo riesgo. Dada la necesidad, ya mencionada al principio, de explicar todos los cursos lesivos, cuando se toman en cuenta cursos hipotéticos frecuentemente surge el siguiente dilema: el decurso real no es tenido en cuenta en la explicación, y el discurrir hipotético no puede ser considerado por ser irreal; la efectiva producción de la lesión (*Schadenseintritt*) ya no re-

---

ta dicho estado (por ejemplo, antes de una operación: estado general de la salud o estado del corazón, estado de los pulmones, etc.). Bien es cierto que, en contra, podría argumentarse diciendo que no es necesario determinar con criterios naturalistas la identidad de los riesgos en base al conjunto de condiciones con efecto causal, sino que también es posible, de ser adecuado, declarar como elemento identificador una específica situación de deberes. Esta objeción, sin embargo, a pesar de su viabilidad, no resulta compatible con un derecho penal que se configure en función de los delitos de resultado: estos obligan, por la misma definición del resultado, a un mínimo de naturalismo. KRÜPELMANN tiene en cuenta esto en el juicio de pronóstico relativo al resultado, pero no en lo referente a la imputación del resultado *producido*: la búsqueda de la relación entre la infracción del deber y el resultado producido entrañaría según KRÜPELMANN, una «confusión de categorías», p. 319; con respecto a esto, también PUPPE, ZStW 95, pp. 287 y ss.; 290. La constatación de que la infracción de la norma ha tenido consecuencias no crea, sin embargo, confusión alguna. En realidad, a KRÜPELMANN le interesa otra cuestión (pues de no ser así, KRÜPELMANN también debería calificar de confusión de categorías la relación entre infracción de la norma y *juicio de pronóstico* del resultado): contrapone la tentativa a la consumación. La lógica del injusto de un delito de resultado, sin embargo, *no* admite limitación alguna de la consideración *ex post*; sólo en cierta medida resulta compatible con la lógica del injusto de la acción. En términos ejemplificativos: quien incrementa lo que es poco probable hasta convertirlo en seguro, no es en la práctica responsable del resultado mientras no se demuestre la realización del peligro específico del incremento, pero quien sustituye un riesgo por otro pequeño, pero reconocible como distinto, es en la práctica siempre responsable —a causa de la cognoscibilidad de la realización— del resultado: el naturalismo del delito de resultado se contrapone a las valoraciones de la situación de deberes.

(5) Siguiendo a SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, 1972, pp. 88 y ss.

sulta, entonces, de ninguna manera explicable. Este dilema será analizado más detalladamente al tratar la concurrencia de riesgos distintos; *aquí*, sin embargo (en el caso de una variación en el curso) el dilema no se presenta, dado que la valoración se desarrolla *dentro* de un riesgo idéntico que en todo caso se realiza (con o sin variación). Si en el ejemplo, el incendio es constitutivo de un delito de incendio, entonces al incendiario también debe imputársele la destrucción de la pieza mobiliario, con independencia de que el curso haya sido o no modificado. Si el riesgo permanece idéntico, la consideración de hipótesis no elimina ninguna posibilidad de explicación (6). La siguiente exposición debe poner de manifiesto que sólo es adecuado considerar hipótesis en el marco *de un mismo* riesgo, pero ello es incorrecto cuando concurren *varios* riesgos.

## II

1. La explicación de este modelo, hasta ahora simple, para la explicación de cursos lesivos se torna en parte complicada cuando concurren varias posibilidades de explicación. Lo que puede ocurrir de distintas maneras. No necesitan de ulteriores explicaciones aquellos casos en los que varias personas son responsables de *un mismo* riesgo que se realiza: se trata de los supuestos habituales de participación de varias personas. Pero también la víctima puede ser corresponsable sin que por ello deba desaparecer la imputación al autor; la responsabilidad del autor y de la víctima pueden, por tanto, solaparse. Ejemplo: quien caminando por la franja central de una carretera nacional resulta lesionado a causa de la falta de atención de un automovilista, debe también atribuirse la lesión a sí mismo —sin perjuicio de la responsabilidad del conductor por lesiones imprudentes— dada la vulneración de los deberes de autoprotección (*Obliegenheiten zum Selbstschutz*).

Menos obvia resulta la imputación en aquella constelación de casos en los que concurren *varios* riesgos (de los que siempre, solamente uno puede realizarse; *vid., infra III*). En su acepción común, la fórmula hipotética conduce aquí a resultados defectuosos. Ejemplo: en medio de una intensa niebla el conductor de una motocicleta es golpeado por detrás por un vehículo, saliendo despedido por el aire y resultando lesionado a causa del impacto contra el suelo; la colisión, con las consecuencias descritas, le salvó de chocar fracciones de segundo después contra un obstáculo y fallecer inmediatamente (con mayor precisión: momentos antes de la efectiva producción de las lesiones causadas por la colisión). La

---

(6) La cualidad de circunstancia acompañante no existe de manera absoluta, sino siempre en un determinado contexto de riesgo. Si bien, en el ejemplo, el desplazamiento de la pieza de mobiliario constituye en el ámbito del delito de daños una circunstancia acompañante, sin embargo, en caso, por ejemplo, de un intento de obstaculización del salvamento de personas, llevado a cabo por los bomberos, puede constituir un escalón esencial del curso.

aplicación de la fórmula hipotética lleva a la extraña conclusión de que el riesgo de la colisión no se ha realizado, dado que, también sin colisión, a fin de cuentas la integridad corporal del motociclista no hubiera permanecido incólume. Sin embargo, tampoco el riesgo de colisionar contra el obstáculo —independientemente de que sin aquel riesgo todo habría ocurrido exactamente igual a como en realidad sucedió— brinda explicación alguna por la sencilla razón de que de facto aquella colisión no se ha producido. El resultado se torna completamente incomprensible cuando tanto el riesgo de la colisión ajena como el riesgo de una colisión propia eran evitables: en consecuencia, nadie sería responsable del curso lesivo, aunque todos se han comportado de manera incorrecta y a pesar de que un comportamiento correcto por parte de todos habría hecho desaparecer el resultado, no tratándose, por tanto, de un accidente inevitable. La razón de esta errónea conclusión es evidente: en el ámbito de la realización de riesgos —al igual que en el problema paralelo de la diferenciación entre condiciones efectivas y no efectivas (7)— no es relevante lo que ocurriría de faltar los factores de riesgos a examinar sino los efectos que éstos han tenido (8). Si se desconocen los efectos que han ocasionado, tampoco es posible contestar a la pregunta relativa a qué ocurriría de no existir éstos; de conocerse los efectos que han surtido, no es necesario hacerse la pregunta. Incluso en el caso de resolverse correctamente la cuestión acerca del curso hipotético, ello en nada contribuye a la solución, dado que la realidad no está condicionada por lo que ocurriría de ser distinto alguno de sus elementos. Por supuesto que partiendo del conocimiento de la configuración de un mundo hipotético y del conocimiento de cuáles son las variaciones de la realidad con las que se elabora la hipótesis, es posible deducir cuál es la configuración de la realidad, aunque en este procedimiento complicado y susceptible de inducir a error no se aprecia ventaja alguna.

La fórmula hipotética no siempre produce resultados defectuosos, sino tan sólo en aquellos casos en los que se halla presente un riesgo de reser-

---

(7) ENGLISH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 16; el mismo, *Vom Weltbild des Juristen*, 2. Auflage, 1965, p. 130 y núm. 288; el mismo, v. *Weber-Festschrift*, 1963, pp. 247 y ss., 261; LACKNER (nota 1), anot. III 1c aa, previa al § 13, con ulteriores referencias.

(8) También últimamente en esta línea, de modo particular, RANFT, NJW, 1984, pp. 1425 y ss., 1427 y ss.; KRÜPELMANN, *Jescheck-Festschrift*, 1985, pp. 326 y s., 329 y s. Por lo general se reconoce que mediante la toma en consideración de hipótesis no debe privarse al bien de la garantía normativa, al menos, en lo referente a injustos hipotéticos (reconocimiento que no resulta tan claro en el caso de una hipótesis infracción de los deberes de autotutela): BGH 30, pp. 228 y ss., 231; KAHRs, *Das Vermeidbarkeitsprinzip un die conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, 1968, pp. 75 y ss., 283; NIEWENHUIS, *Gefar und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht*, 1984, pp. 94 y ss.; OTTO, *Maurach-Festschrift*, 1972, pp. 91 y ss., 103; ROXIN, ZStW 74, pp. 411 y 435; SAMSON, (nota 5), pp. 125 y s., 141; PUPPE, JuS 1982, pp. 660 y ss., 664; *Leipziger Kommentar-Jescheck*, 10 Auflage, t. 1, 1984, n. m. 63 previa al § 13; *Systematischer Kommentar-Rudolphi*, 3. Auflage, t. 1, 1984, n. m. 60 previa al § 13; STRATENWERTH, *Strafrecht A. T.*, 3. Auflage, 1981, n. m. 227; con una solución probablemente abierta, ARTHUR KAUFMANN, (nota 4), p. 274.



va; la solución de los demás casos resulta, sin embargo, trivial. La amplia utilización de la fórmula hipotética hace sospechar si no desempeña, además, otra función que la de reproducir lo evidente en supuestos de hecho no complicados. Para confirmar esta sospecha se expondrá, sucintamente, cual es el alcance de esta fórmula. Si en un sistema se pueden controlar todos los factores de entrada (y, por tanto, también las eventuales condiciones de reserva) y todos los factores de salida, entonces es posible averiguar, mediante una variación de los factores de entrada y un control de los factores de salida cuál de los inputs es condición para cuál de los outputs. El resultado (en la simple configuración de una condición tanto necesaria como suficiente) es: siempre que y sólo cuando en el sistema S tuvo lugar el input «i» se produjo el output «o». Con ciertas cautelas que aquí carecen de mayor interés, de ello cabe deducir una relación que prácticamente ya no es susceptible de ser rebatida: en el sistema S, «i» condiciona de manera necesaria y suficiente a «o». El experimentador debe plantear la hipótesis bajo la forma de una suposición para que tan siquiera sea posible iniciar el experimento (por ejemplo: en el sistema S el input «i» podría condicionar un output determinable). El contenido real de la suposición es comprobado por el experimentador, configurando *la realidad* una vez con el factor «i» y otra vez sin el factor «i» y así sucesivamente. El experimentador aprende, por lo tanto, mediante la contraposición de alternativas, dato éste que, de modo exclusivo, debe constituir el objeto de referencia de las hipótesis jurídicas que se configuren en el ámbito de la concurrencia de condiciones. Para dejar claro cómo es posible aprehender la realización de ciertas condiciones o de un determinado riesgo, se formula una alternativa a lo realmente acaecido; esta alternativa, por supuesto, —al contrario de las variantes que utiliza el experimentador— nunca llega a realizarse y, por lo tanto, es formulada en el *casus irrealis*. La frase: «un riesgo se ha realizado si el resultado no se habría producido en caso de darse una situación sin los factores de riesgo», sólo puede, por ello (9) ser entendida del siguiente modo: «los factores de riesgo enunciados han condicionado el resultado; si se debe demostrar este dato de la experiencia, entonces, en el ámbito del mismo sistema deberán eliminarse, del input controlado en su conjunto, los factores determinados...» etc. Se trata, por lo tanto, de la cognoscibilidad por medio de la experiencia de las relaciones reales entre unas determinadas condiciones y un determinado resultado.

El núcleo básico de la información que puede ser obtenida mediante el uso de la fórmula hipotética no debe y probablemente no estribará en la mayoría de los casos en la aprehensión de la cognoscibilidad por medio de la experiencia de la realización afirmada, sino en la determinación de los factores que configuran el riesgo, y en

---

(9) Habiendo prescindido de la teoría basada en el balancé, es decir, en la diferencia en el desarrollo de los hechos; a este respecto *vid. infra* II 2.

la determinación del sistema de cuyo output se trate. De modo especial cuando los factores deben ser cuantificados (50 km. por hora en el lugar de 70 km. por hora), la determinación se lleva a cabo con una mayor facilidad mediante una contraposición de diferentes configuraciones del supuesto de hecho, que mediante una descripción aislada de la diferencia existente entre estas variaciones. En todo caso, no se trata de la *comprobación* de la realización de un riesgo, sino de la *designación* de un efecto ya comprobado.

La habitual formulación —también utilizada por Lackner (10)— de que en el ámbito de la realización del riesgo no se trata de un problema de causalidad, es correcta sólo en el sentido en que si se niega la realización del riesgo, no es necesario negar también el efecto causal de una acción para con el resultado, lo mismo que negar el efecto causal de una acción no implica vgr. negar el efecto causal de un espasmo o de la ubicación de un cuerpo humano. Pero de igual modo que la causalidad de una acción constituye una especificación de la circunstancia que una persona, de alguna manera, tuvo un efecto causal para con un resultado, también la realización del riesgo constituye una especificación de la causalidad: no son características cualesquiera de la acción antijurídica las que (entre otros factores) han condicionado el resultado, sino (entre otros factores) especialmente aquellas que fundamentan el juicio de antijuricidad. Es cierto que en caso de faltar la realización del riesgo falta también la relevancia jurídica de la causalidad existente; sin embargo, esta relevancia no puede ser aportada a un sistema de imputación sin variar la causalidad. *Si falta la realización del riesgo entonces también falta la causalidad relevante.*

2. Las explicaciones dadas hasta el momento descansan en la creencia de que el curso dirigido hacia el concreto resultado conforma la perturbación (*Störung*) necesitada de explicación. Posiblemente también los riesgos de reserva se hallen, a su vez, necesitados de explicación como tentativas o como puestas en peligro, si bien esto nada aporta a la explicación de un curso lesivo real. El sentido de una distinción entre riesgos efectivos y riesgos de reserva es, sin embargo, negada, señalándose que no es la realización de un riesgo lo que defrauda las expectativas, hallándose, por lo tanto, necesitada de explicación, sino ya la misma creación de una situación en la que un bien ya no puede ser salvado. En este sentido, por lo tanto, lo decisivo sería el saldo de las posibilidades de supervivencia de un bien jurídico (*Rechtsgutschancensaldo*) y este saldo no se vería empeorado por un riesgo que desplazase a otro riesgo que habría desplegado de manera inevitable sus efectos (11). Esta teoría, sin embargo, parece exponerse

(10) (Nota 1) § 15 anot. III 2b aa y bb.

(11) Esta teoría frecuentemente aparece formulada de forma más tácita que expresa. En el ámbito de la solución de concurrencias de riesgos toda operación en la que

al dilema ya resaltado que se plantea al tomar en consideración hipótesis. Ya que no cabe responder por hechos hipotéticos, dado que desde todo punto resulta imposible explicar mediante hipótesis la realidad, las posibilidades de explicación parecen diluirse: uno de los riesgos se excluye porque el otro está en reserva y éste desaparece dado que no se ha realizado. Por supuesto que la teoría basada en el saldo de posibilidades del bien jurídico aún no queda, por ello, desvirtuada. Según esta teoría, en modo alguno, se trataría de explicar el curso real dirigido al resultado, sino que sería la destrucción de la posibilidad de supervivencia del bien la que estaría necesitada de explicación; todo incremento del monto global de lesión se valora; todo lo que para ello es irrelevante no se toma en cuenta. En términos ejemplificativos: si un campo de trigo va a ser próximamente destruido por una tormenta que se avecina, resulta indiferente si un par de niños jugando en él, destruyen antes la cosecha.

El ejemplo, sin embargo, es reversible: si los niños destruyen la cosecha, resulta irrelevante si se avecina una tormenta de granizo. Tratándose de riesgos concurrentes sería, por lo tanto, necesario determinar cual es el riesgo anterior. La victoria en esta carrera de riesgos no puede hacerse depender del momento temporal de su génesis; ya que para todos los riesgos ésta —teóricamente— puede ser anticipada de modo discrecional. Subsisten tres posibilidades: bien cabe declarar anterior aquel riesgo que causa la destrucción del bien. Esta opción puede ser fundamentada de manera plausible —el riesgo que se realiza se anticipa a todos los demás en la medida en que aquéllos ya no pueden realizarse— pero abandona el saldo de posibilidades de supervivencia del bien y atiende de nuevo a cuál es el riesgo que se realiza en el resultado. También es factible considerar a todos los riesgos simultánea y cumulativamente relevantes; en este caso, sin embargo, tampoco será posible llegar a una solución sin tener en cuenta la realización del riesgo en el resultado porque la mera disminución de posibilidades —aunque exprese de manera correcta la infracción de la norma— no supone la realización de tipo alguno. Finalmente

---

se utilice la fórmula hipotética de manera tal que no constituya un mero medio heurístico de exposición del curso real, encuentra su base en esta teoría. La define expresamente ARTHUR KAUFMANN, *Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, pp. 200 y ss. 229 (vid., sin embargo, el mismo, nota 4, pp. 273 y ss.); también es el criterio fundamental para SAMSON (nota 5), para quien lo decisivo es el «acortamiento» (del bien jurídico), p. 97 (el «principio del acortamiento» se ve, sin embargo, modificado por mecanismos de seguridad dirigidos a conservar las garantías normativa del bien, pp. 125 y ss.; el mismo, *Peters-Festschrift*, 1974, pp. 121 y ss., 132 y ss.). Si lo que se persigue es una protección del bien jurídico en sentido naturalista, entonces este punto de partida resulta consecuente (JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 24 y ss.: «Erfolgsrelevanz»). Esta concepción, sin embargo, deduce de manera demasiado unilateral el significado del comportamiento del balance de los efectos, descuidando la configuración de la acción. —En lo referente al texto que sigue, cfr. además, RÖDIG, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969, pp. 110 y ss.; E. A. WOLFF, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, pp. 19 y ss.

es posible conceptuar a todos los riesgos como simultánea y conjuntamente irrelevantes, pero en este caso ya no sólo no sería posible explicar el curso lesivo sino tampoco el mal balance del saldo de posibilidades.

Cabe, sin embargo, utilizar la teoría del empeoramiento del saldo de posibilidades de manera que la crítica anteriormente formulada no haga mella en ella. Para ello es necesario liberarla del cometido de regular las relaciones entre todos los riesgos posibles para un bien, debiendo limitarse a fijar las relaciones entre los riesgos derivados de la infracción de normas y de los riesgos no influenciados mediante la observancia de la norma. La prioridad de los riesgos sería entonces fácilmente determinable: todo hecho que no sea ya influenciable mediante normas constituye la base —previa— sobre la cual —posteriormente— pueden desplegar sus efectos las normas. Si en el ejemplo mencionado los niños pisan la cosecha, este riesgo explicará su pérdida, pero no es contrario a la norma, a causa del riesgo de tormenta. Esta solución aún puede ser precisada: para que el bien conserve todas las garantías normativas potencialmente efectivas, todas las futuras infracciones de la norma se excluirán del saldo de posibilidades; un comportamiento antijurídico futuro (o una infracción del deber de cuidado por parte de la víctima) ya no impide entonces que el comportamiento arriesgado que se está llevando a cabo sea contrario a la norma. Por ello, en el ejemplo, los niños no podrían invocar en su descargo que un día después, seguramente otras personas habrían destruido la cosecha, aunque sí podrían invocar la circunstancia que un granizo posterior habría demostrado que de todas maneras ya no era posible salvarla.

*Una teoría en esta línea resulta viable, si bien con resultados poco plausibles en ciertos ámbitos dado el derecho vigente. Si la causación del resultado en una situación en la que, a la vista de otro riesgo, ya no cabe salvación no conforma injusto alguno, entonces —si no se quiere debilitar la protección del bien— la creación de una tal situación debe conformar un injusto pleno. Sin embargo, según el derecho vigente esta causación —en cualquier caso en la medida en que los riesgos concurrentes existan de manera independiente (12)— solamente es captable como injusto de tentativa (y, por lo tanto de ninguna manera en caso de imprudencia). De ahí que con este proceder se pierdan parcelas de imputación: la exoneración de aquél que en una situación ya irreversible causa un resultado, no se ve correspondi-*

---

(12) Si el comportamiento posterior es llevado a cabo para limitar el daño del peligro primario, es el peligro primario el que se realiza. Ejemplo: si un agricultor le produce con un arma de fuego la muerte a su ganado porque no le es posible salvarlo de un incendio, queriendo así evitarle sufrimiento, ello constituye una realización del peligro del incendio, dando lugar, por tanto, en la medida en que el autor se represente, al menos, como posible la muerte del ganado a causa del fuego, a un delito doloso de daños.

da por una agravación para aquél que es responsable de la situación. Ejemplo: si se envenena el pienso de un rebaño y a continuación también el agua y el rebaño perece a causa del envenenamiento del agua, se excluye toda responsabilidad por consumación (y en efecto, ello incluso si fuese un único autor el que hubiese generado ambos riesgos, en el caso que *después* del primer hecho decidió llevar a cabo el segundo, ya que si no existiría una *actio libera in causa*).

En sus resultados, por lo tanto, una teoría que defina el injusto como empeoramiento del balance de posibilidades, armoniza mal con un derecho penal que configure delitos de lesión de resultado (13). La teoría presenta otros inconvenientes. Grava al delito de resultado con más elementos accidentales de los que le son estructuralmente propios: aunque un riesgo se realice, falta la consumación si el balance en su conjunto no se ha visto empeorado (solución que no es causal sólo en aquellos casos en los cuales el autor ya conocía el riesgo anteriormente existente y tenía una razón plausible para actuar). Mayor peso tiene el que, según esta teoría, un comportamiento arriesgado (al margen de las situaciones justificadas) ya no se halla prohibido *per se*, sino sólo en aquellas situaciones en las que empeora el balance de posibilidades. Esto no sólo debilita la univocidad de la prohibición; sugiere, además, que todos los bienes pueden ser ordenados cuantitativamente de una manera razonable. En el caso de un bien intercambiable esto podría ser admisible, pero tratándose de un bien personalísimo el respeto hacia el bien probablemente se vería mermado si se pudiese destruir sin razón plausible alguna, simplemente por no ser ya posible salvarlo. Ejemplo: si inexorablemente un barco naufraga con su tripulación, puede resultar dudoso si los boquetes que sin motivo alguien produce en el caso del barco siguen constituyendo un delito de daños; el carácter personalísimo de la vida, sustraído a cuantificaciones, no permitirá, sin embargo, que surjan este tipo de dudas en cuanto al homicidio en caso de disparos a la cabeza de los miembros de la tripulación (14). Finalmente, esta teoría acarrea consigo, como un atavismo, su vinculación a un mismo bien. Ya que se pregunta por las posibilidades que un bien brinda a su titular, forma parte de una contestación plena la valoración del montante global de bienes del titular (y ni siquiera resulta claro que deba limitarse a esto; también podría hacerse un cálculo del daño o provecho global

---

(13) Estos delitos, por supuesto, no se justifican *per se*. Pero es posible hallar su justificación no sólo en la protección efectiva de bienes sino también en el hecho de convertir en tabúes comportamientos con determinadas consecuencias para un bien. Debe admitirse que esta última concepción puede aproximar el delito de resultado a los delitos de peligro abstracto (o, si el autor no conoce el riesgo hipotético, a la tentativa); esto deberá tener consecuencias en la medición de la pena: a este respecto, más detenidamente Jakobs, (nota 4), 7/92 y ss.

(14) De manera paralela se diferencia en el ámbito del § 34 del StGB entre bienes comparables y no comparables entre sí.

supraindividual). En términos ejemplificativos: si es posible destruir una cosa que de todas maneras esta pérdida, también debería entonces ser atípica la destrucción de una cosa asegurada, si de no ser así se perdiese una cosa más valiosa del mismo titular (además, ¿por qué sólo del mismo titular?) o incluso su vida o integridad corporal. El hecho que el derecho vigente sólo tenga en cuenta este tipo de conflictos en el ámbito de la justificación (consentimiento presunto como subtipo del estado de necesidad justificante), muestra de nuevo que esta teoría no es adecuada.

### III

1. Varios riesgos no pueden realizarse conjuntamente dado que un resultado no puede ser condicionado más de una vez (15). Por supuesto que de un riesgo pueden ser responsables varias personas, y cuando esto ocurre en forma de coautoría puede crearse la impresión de que se trata de varios riesgos. Esta impresión, sin embargo, engaña. Hablando en términos ejemplificativos (16): el que un automóvil al adelantar a un ciclista deba guardar una distancia de seguridad se debe a varias razones. Por un lado una conducción completamente rectilínea de la bicicleta resulta imposible, por lo que ya se hace necesario respetar una distancia mínima, para cuyo cálculo también debe tenerse en cuenta que de un ciclista en condiciones de peligro de muerte no puede esperarse un comportamiento de precisión milimétrica. Además, y de ello se trata ahora, conforme a la experiencia incluso leves negligencias ubicuas (y otras causas) pueden llevar a importantes cambios de dirección, de ahí que la distancia mínima deba complementarse con un margen de seguridad. A su vez, los ciclistas deben procurar circular de la manera más rectilínea, no invadiendo, en cualquier caso, el espacio aquí definido como margen de seguridad, ya que, por diversas razones, es posible que los automovilistas invadan este margen. Ambos complejos de condiciones —el automóvil y también el ciclista invaden el margen— constituyen sólo partes de un mismo riesgo: sin la respectiva otra parte no existe peligro alguno de resultado. Un mismo riesgo puede ser dividido en varias

---

(15) La postura divergente, cfr., Jacobs (nota 4), 7/84, parte de una definición demasiado limitada de los riesgos idénticos; utilizando una definición correcta, se trata de un riesgo fragmentado (de cuyas partes pueden ser responsables distintas personas) o de una responsabilidad múltiple por un riesgo. Cfr. el texto.

(16) Con base en el BGH 11, pp. 1 y ss.; para adoptar una decisión en concordancia con los principios que se desarrollarán en el texto, será determinante si en caso de mantenerse la distancia reglamentaria, la colisión hubiese sido evitable, mientras que resulta irrelevante si el ciclista hubiese aprovechado la posibilidad de evitación (en caso de evitabilidad, siempre habrá responsabilidad del conductor del camión): la motivación para ejercitar los deberes de autotutela debe presuponerse hasta que de hecho no suceda lo contrario, *vid. infra IV 2.*

partes, bien en base a una mayor claridad (dos tormentas que se aproximan desde direcciones distintas configuran un riesgo de tornado) o bien por tratarse —como es aquí el caso— de ámbitos de responsabilidad distintos; de esta manera, tanto el ciclista como el automovilista son respectivamente responsables de no invadir la zona del margen de seguridad.

También es posible que varias personas —sin cocausarlo— puedan ser responsables, respectivamente, de la totalidad del riesgo y ello, precisamente, cuando constituye el cometido de una persona conjurar los riesgos que han sido creados por otros. Ejemplo: un padre debe evitar o repeler los ataques antijurídicos dirigidos contra su hijo. También en el caso de riesgos naturales puede existir una persona responsable de evitar bien su creación o bien su realización, así vgr., en el caso que sirve de ejemplo, si es una fiera la que ataca. De nuevo no se trata de varios riesgos; más bien un único riesgo (la lesión mediante un ataque) es designado y explicado una vez de manera positiva (mediante un comportamiento antijurídico o fortuitamente) y otra vez de manera negativa (mediante la no evitación).

Especiales dificultades se suscitan si se hallan dadas múltiples condiciones de un riesgo, resultando imposible verificar, ya a nivel teórico, cuáles son las eficaces: se trata de aquellos casos en los que fuerzas físicas o psíquicas (17) unidireccionales o contrapuestas se entremezclan, dependiendo la causación del resultado únicamente de una

---

(17) Así, probablemente, en el supuesto de hecho de la sentencia del BGH 13, pp. 13 y ss.; a este respecto cfr. LACKNER, *Leipziger Kommentar*, 10. Auflage 18 Lieferung 1979, § 263 n. m. 117 con amplias referencias; PUPPE, ZStW 95, pp. 287 y ss., 298 y ss. Las pretendidas características específicas de la habitualmente denominada causalidad psíquica han conducido a que se haya propuesto la sustitución de la explicación causal por una «explicación» en base a probabilidades y ello, además, con unas consecuencias que trascienden el ámbito de la causalidad psíquica; PUPPE, pp. 287 y ss., 293 y ss., 299 y ss.; la justificación resulta dudosa. Puppe trata, en primer término, supuestos de inducción, de proposición u otros tipos de instigación (pp. 294 y ss.). Para ello, sin embargo, no es relevante que el autor se encuentre «determinado» por la propuesta y la acepte; al contrario, basta con que una eventual aceptación se encuentre también condicionada por la propuesta (en la misma línea Puppe). Con esto, sin embargo, no es posible resolver aquellos casos en los que el autor no posibilita (por ejemplo, reteniendo una información) u obstaculiza (por ejemplo, obstruyendo una fuente de información) procesos psíquicos ajenos. Si en estos casos existe un deber jurídico del receptor de hacer uso de la información es necesario, para así mantenerle a la víctima la garantía normativa, partir de una motivación adecuada a la norma por parte de éste (en este sentido también PUPPE, p. 296). Restan aquellos supuestos en los que quien debe recibir la información no se halla vinculado ni por deberes (tampoco por aquellos derivados del § 323 c del StGB) ni por los deberes de autotutela. Puede, sin embargo, ser susceptible de verse influenciado por otros motivos racionales (por tanto, un constatable déficit en la determinación, entendida en sentido científico-naturalista, no significa necesariamente que el discurrir tenga lugar de manera desorganizada); en la confianza cognitiva en este tipo de vinculaciones se basa la realización de comportamientos cotidianos. Si por el contrario resulta dudosa la disposición a ser influenciado, entonces no se ha expuesto razón alguna, hasta el momento, para hacer responsable al autor más que por una tentativa, si es que se pretende mantener la distinción entre tentativa y consumación.

cantidad mínima o máxima. Ejemplo: un peatón invade velozmente y sin precauciones una calzada muy transitada, resultando arrollado y lesionado por un coche que circula a una velocidad superior a la permitida. La aplicación (también) de la fórmula hipotética como regla de experiencia fracasa aquí, porque la cognoscibilidad por medio de la experiencia encuentra una barrera. Aceptemos que la siguiente regla de la experiencia (simplificada) fuese válida: los peatonos que de modo rápido y sin precauciones invaden una calzada también resultan arrollados por el automóvil que circula respetando las normas. Esto parece excluir la realización del riesgo «infracción del límite de velocidad por parte del automovilista», pero no constituye una solución adecuada, sino una enorme reducción de la problemática a tratar. Imaginemos que el conductor exige del peatón una indemnización por los daños ocasionados en la carrocería de su automóvil. Debería cuestionarse si existe una regla de la experiencia en el siguiente sentido: coches que conducen con tanta velocidad como en el caso presente, también arrollan a los peatones que invaden la calzada despacio y de modo precavido. Esto puede afirmarse sin contradicción con las premisas hasta ahora expuestas, de manera que también el riesgo de invadir velozmente y sin precauciones la calzada (\*) parece eliminarse. En la utilización aquí de la fórmula hipotética como regla de experiencia se presenta, por tanto, un dilema paralelo al que siempre se da en la fórmula hipotética en sentido habitual, de existir condiciones de reserva (*vid. supra I in fine, II 1*): a pesar del comportamiento incorrecto de todos y a pesar de la evitabilidad de la lesión de haberse comportado todos correctamente, no resulta posible describir las condiciones de realización del riesgo.

Si hicieramos uso de una regla de la experiencia acerca de lo que hubiera acaecido de haberse comportado *ambos* participantes de manera correcta, la conclusión parece ser evidente: el resultado en este caso no se hubiera producido, de ahí que ambos riesgos debieran haberse realizado conjuntamente. Esta solución, sin embargo, sería incorrecta; no se trata de dos riesgos sino tan sólo de uno: un vehículo y un peatón confluyen de tal modo que ya no son posibles reacciones evasivas. La justificación de la unión de ambos riesgos, «infracción del límite de velocidad» e «invasión descuidada de la calzada», en un riesgo general se halla, sin embargo, necesitado de explicación: los riesgos individuales no aparecen, en todo contexto, correctamente descritos; al contrario, la descripción sólo es correcta si por lo demás, las circunstancias no difieren de la situación adecuada a la norma. En el ejemplo: para aquellos peatones que invaden la calzada veloz-

---

(\*) Aunque en el texto alemán se dice que es el riesgo de infracción del límite de velocidad (*Geschwindigkeitrisiko*) el que en este caso queda excluido, obviamente se refiere aquí el autor, como el mismo ha reconocido, al riesgo de invadir velozmente y sin precauciones la calzada (N. T.).



mente y sin las precauciones debidas de forma tal que ya no exista posibilidad de salvación, la infracción del límite de velocidad por parte de un automóvil no aporta riesgo alguno sino, a lo sumo, una variación de las circunstancias acompañantes, y para los automóviles que de todas maneras circulan de forma incontrolable a causa de su velocidad, tiene validez lo análogo en el caso en que peatones invadan de manera veloz y sin precauciones la calzada. Una situación en la que la confluencia de vehículo y del peatón, sin posibilidad de esquivarse, sea a todas luces inevitable reduce alternativamente, a cada uno de los riesgos individuales mencionados a mera causa de variación de condiciones acompañantes. De ahí que, en el contexto del respectivo riesgo individual, ambos pierdan su fuerza explicativa. Como riesgo con fuerza explicativa subsiste el riesgo general configurado por ambos riesgos individuales: confluencia sin posibilidad de maniobra evasiva. Pero ¿quién responde por ello?

Antes de intentar dar una respuesta debe mostrarse, en base a un ulterior ejemplo, que la problemática puede suscitarse tanto sin la simultaneidad de los comportamientos generadores del riesgo como en caso de un comportamiento inevitable: al introducirse una carga en la cabina, el cable de un ascensor se rompe, desplomándose la cabina y lesionando a un hombre. Algunos cabos del cable estaban defectuosos; de ahí que solamente soportara una carga considerablemente inferior a la carga máxima autorizada. La carga introducida era, sin embargo, muy superior a la carga máxima autorizada. En relación con ambos defectos diferentes personas pudieron, en momentos distintos, haberse comportado sin el cuidado debido (dañando el cable en trabajos de mantenimiento; habiendo asesorado de manera incorrecta a los encargados de su manejo); bien para uno o bien para ambos, la tendencia lesiva pudo no ser cognoscible. Por lo tanto, puede tratarse la concurrencia de dos cursos evitables o de dos cursos inevitablemente accidentales o de un curso evitable junto con uno accidental. Bien es cierto que a primera vista, parece que la sobrecarga no desempeña papel alguno en la realización de la lesión; el eventualmente responsable de la carga podría argumentar que cuando se introdujo el peso en la cabina ésta, de acuerdo con la ley de la gravedad, tensó el cable, lo que sin embargo sólo sucedió hasta un nivel de peso inferior a la carga máxima autorizada (dado que en ese momento el cable se partió). La sobrecarga, por tanto, ha seguido siendo una condición de reserva. Sin embargo, esto configura un modo de explicación unilateral. En contra de esto, la persona eventualmente responsable del cable alegrará que a él se le reprocha haber disminuido un curso salvífico dañando algunos cabos del cable. Sin embargo, debido a la sobrecarga, este curso salvífico no hubiera tenido posibilidad alguna de éxito. Por lo tanto, la sobrecarga ofrece la explicación del percance y el daño al cable ha seguido constituyendo una condición de reserva. En abstracto: un plus de fuerza destructiva constitu-

ye el reverso de un minus de fuerza salvadora. Ambas argumentaciones son correctas en la medida en que cada uno de los riesgos, en el contexto del otro riesgo concurrente, solo modifica circunstancias acompañantes. Una superación del peso adecuado a la norma sólo es arriesgado si se alcanza la capacidad de carga adecuada a la norma y a la inversa. Pero ambas son incompletas en la medida en que se realiza el riesgo más general que ambos configuran: carga superior a la capacidad de carga efectiva.

En esta situación la experiencia no puede ayudar. El curso lesivo en caso de resultados «sobrecondicionados» es cognoscible por medio de la experiencia sólo de modo ambiguo. Si en un experimento relativo al ejemplo mencionado se incrementa la capacidad efectiva de carga hasta el nivel normativamente prescrito, entonces se obtiene el mismo resultado que cuando se disminuye la carga hasta el máximo autorizado.

Una decisión sólo puede deducirse atendiendo a la finalidad de la imputación jurídico penal. De acuerdo con ésta, la solución de no imputar a nadie se excluye en los supuestos de resultados «sobrecondicionados», ya que una tal solución privaría a los bienes de la garantía normativa respecto a aquellos riesgos que de todas maneras se hallan condicionados desde otro ámbito. En el ejemplo del ascensor que se precipita no respondería, en caso de una falta de cuidado, ni el responsable del cable ni el responsable del peso, siempre que la otra parte también se haya comportado negligentemente. Pero o tampoco la solución de hacer responsables a todos los participantes que se comportan imprudentemente se muestra practicable. Esto resulta claro en aquellas constelaciones de casos en las que estando ya el riesgo perfectamente condicionado (el cable está dañado de modo irreparable) se añade, a mayores, otra cantidad suficiente de condiciones (la cabina sobrecargada). En estas situaciones, una norma no puede seguir protegiendo bien alguno ni tampoco puede proteger ante un intercambio del riesgo un bien ya perdido, sino que tan sólo puede prohibir variaciones en el curso de un mismo riesgo —en los delitos de omisión imponerlas—. Aunque es posible conceptuar el segundo complejo de condiciones, de igual modo que el primero, como aquél que causa (18) en todo caso éste tan sólo reemplaza lo ya produci-

---

(18) La situación difiere en el caso de suministros de sustancias (veneno, etc.); en estos supuestos, es posible que se produzca una mezcla y consecuentemente una realización conjunta, pero la influencia de los distintos factores en el curso lesivo sigue siendo —al menos en el plano teórico— siempre individualizable. Por ejemplo: si por varias personas, de forma autónoma entre sí, se contamina de la misma manera el agua de una fuente, es probable que, en caso de enfermar aquellos que hayan bebido de ella, no sea posible determinar en la práctica cuál de los autores es responsable por los agentes bacteriológicos que de forma concreta causan la enfermedad; teóricamente, sin embargo, la asignación de responsabilidad es siempre clara. No se postula que esta consideración vincula a una sustancia o a un tipo de sustancia necesaria; no obstante, aunque no indiscutida es habitual: en favor de la causalidad de todos

do (\*). Cuando ya no resulta posible una diferenciación entre condiciones efectivas y no efectivas, tan sólo resta una ordenación cuantitativa, y en ésta el único criterio de ordenación adecuado a la materia lo constituye el paso de una cantidad no suficiente a una cantidad suficiente (19). De concurrir una cantidad suficiente, todo lo que a continuación se añade resulta irrelevante para la realización del riesgo. De acuerdo con esto, «sobrecondicionar» no es también equivalente a un condicionar en el sentido de la imputación objetiva o, en su formulación en los delitos de omisión como: la omisión de reducir, de una sobremedida a una medida que aún continúe siendo suficiente, un complejo de condiciones que ya a nivel teórico resultan inseparables, no puede fundamentar imputación objetiva alguna de la realización del resultado. En el ejemplo, implica lo siguiente: en un ascensor sobrecargado de modo perfecto (\*\*) no responde quien, a mayores, daña los ya defectuosos cables o —en la omisión— quién no los refuerza hasta el nivel debido que de todas maneras sería insuficiente; de modo correlativo acaece siendo perfectamente insuficientes los cables y siendo incrementado o no reducido el peso.

2. Queda por determinar cuando una cantidad de condición es perfecta. Ya que con la ayuda del mero análisis causal, los cortes efectuados en la red de las relaciones de génesis son arbitrarios, la solución debe de nuevo fundamentarse en la finalidad de la imputación jurídico-penal. Por lo tanto, afirmaciones con pleno sentido sólo pueden hacerse si un devenir es, al menos, imaginable de modo relevante a los efectos de la imputación, es decir, debe tratarse de un comportamiento evitable o de uno inevitable del tipo que pueda fundamentar una subsiguiente responsabilidad (ingerencia). El que, por ejemplo, en un salto suicida de una persona, desde una torre de 25 metros de altura a un suelo empedrado, sea el riesgo de la aceleración (que también con la mitad de altura hubiera conducido a una fractura craneal mortal) o el de la dureza del suelo (pero también un suelo de tierra blando, dada la altura, no hubiera impedido una lesión) el que explica la fractura craneal mortal, resulta una pregunta que jurídico penalmente no puede ser contestada con sentido.

Además, una solución atendiendo a la finalidad de la imputación significa que desde el momento en que el riesgo idéntico ya no es

---

los que administran sustancias, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Auflage, 1969, p. 9 II; TARNOWSKI, *Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs*, 1927, pp. 45 y ss. No se estudiará aquí la posibilidad de su sustitución (por ejemplo, por una concepción basada en la dirección del curso lesivo).

(\*) Se refiere el autor al reemplazo en la «designación del riesgo» que explica lo acontecido (N. T.).

(19) En lo tocante al desistimiento, ello entraña: quien reduce la cantidad global de condiciones en la cuantía de su aportación, ha paralizado su contribución al hecho, y ello aunque la cantidad residual siga siendo suficiente.

(\*\*) «Perfecto» tiene para JAKOBS el significado de «condición suficiente» (N. T.).

influenciable mediante la observancia de la norma, tampoco pueden existir deberes de evitación de ese riesgo (aunque sí deberes de evitación de peligros abstractos). Ejemplo: quien corta el cable, que es demasiado fino para soportar el peso de aquel que se cae o quien le da un empujón a quien ya se está precipitando, no responde por el curso lesivo venidero. Tratándose de riesgos que nunca son influenciados mediante la observancia de la norma, queda excluida toda responsabilidad jurídico-penal. En consencuencia, ningún arquitecto responde por el hundimiento, a causa de una sobrecarga extrema de nieve, de un tejado mal construido, sobrecarga que tampoco un tejado correctamente construido hubiera podido soportar. Comportamientos humanos inevitablemente arriesgados impiden, por las razones mencionadas, que se responda por el mismo bien si no surge una responsabilidad por ingerencia. Por ejemplo: quien a un vehículo estacionado, que debido a un defecto imprevisible en los frenos se desliza de repente por una calle, le da, a mayores, un empujón de aceleración, en ningún caso responde por el curso lesivo venidero si la persona obligada a controlarlo tampoco hubiera podido detener el vehículo.

Un riesgo puede no sólo ser perfecto —como en los casos hasta ahora mencionados— porque las fuerzas del hombre en la dominación de cursos arriesgados están limitados por la naturaleza, sino que es posible que su causante le asigne el significado de ser perfecto. Este es el caso cuando una persona hace salir, de manera inevitable, el riesgo de su círculo de organización sin organizar al mismo tiempo o sin haber organizado con anterioridad la revocación de dicho riesgo. Las peculiaridades, que no pueden desarrollarse aquí (20), pertenecen a la teoría de la terminación material de la tentativa. Con la salida de la organización se hace patente que el curso subsiguiente no debe ser tomado en cuenta. Si, por ejemplo, en el caso ya varias veces mencionado de un accidente con un ascensor de carga, el responsable del montaje de los cables de sujeción los monta defectuosamente y, subsiguientemente, autoriza el uso, el riesgo es perfecto aunque en cualquier momento pudiera y debiera cambiar de parecer deteniendo inmediatamente el uso; si, tras la autorización, el ascensor es sobrecargado, esto no constituye más que una variación de circunstancias acompañantes en el seno del riesgo ya perfecto (21). Si en

(20) Vid. JAKOBS, ZStW 97, pp. 751 y ss., 761 y ss.

(21) Esta solución también es válida en el ámbito de la causalidad que se manifiesta en la interrupción de cursos causales salvadores. Un curso es salvador sólo mientras su interrupción no se encuentre perfectamente condicionada. No resulta relevante que en algún momento, se paralice de hecho un impulso o algo análogo, considerado salvador, pero sí lo es si las condiciones del salvamento o las condiciones de la interrupción del salvamento se dan de manera perfecta. Ejemplo: quien —sin reservarse la revocación— tras un accidente de tráfico oculta de tal manera a un herido que el médico de la ambulancia no puede encontrarlo, crea un riesgo que no se realiza si de todas maneras el médico no podía hacer frente a la lesión (en el momento de los hechos, el curso ya no era salvífico), pero sí se realiza si después del ocultamiento el médico es retenido

última instancia, el primero desistiera (22), el «sobrecondicionamiento» se transmuta en «condicionamiento» en el sentido de la teoría de la imputación. Esto no constituye ninguna particularidad de las concurrencias de riesgos aquí manejadas; también quien genera *otro* riesgo como riesgo de *reserva* a un riesgo ya perfecto, se convierte en el causante del curso lesivo, en el caso en que desista el responsable del primer riesgo perfecto.

La aplicación de las mencionadas reglas frecuentemente fracasará en la práctica dada la imposibilidad de una prueba exacta, especialmente en materia de tráfico rodado donde se dan comportamientos de distintas personas prácticamente coetáneos. Ello tampoco constituye una peculiaridad de estas constelaciones de casos, sino que se presenta en toda concurrencia de riesgos.

---

antijurídicamente por un tercero (el tercero actúa cuando el curso ya ha dejado de ser salvador, por tanto, la pérdida de posibilidades de salvamento tan sólo ha sido «sobrecondicionada»). Cursos salvadores que deben ser impulsados por personas que no son garantes (en todo caso están obligadas en virtud de los §§ 323 c, y 138 del StGB) ocupan una posición equivalente a los cursos naturales: si el salvamento no va a ser culminado, entonces al curso tampoco podrá otorgársele el carácter de salvador en momento alguno anterior a su interrupción. Ejemplo: quien retiene a una persona dispuesta a prestar ayuda, aunque normativamente no obligada a ello, que de todas maneras hubiese olvidado sus propósitos de ayuda en el primer bar, no interrumpe un curso salvador (la situación difiere tratándose de garantes, antes de que estos hayan consumado la interrupción del salvamento)—. La interrupción perfecta, sólo explica el curso lesivo de no permenecer como riesgo de reserva, es decir, si en base a las condiciones de interrupción (a) el hecho de que se define como bloqueo de una posibilidad de salvamento o de modo similar, realmente tiene lugar (b) y en aquel momento el curso salvífico sigue siendo necesario para la conservación del bien (c) (aunque de hecho ya haya sido detenido de otra manera en los estados (a) (b) (c)). (a) si en el «agudo» ejemplo de ENGISCH (*Kausalität*, nota 7, p. 15) el autor aparta violentamente al verdugo y *uno actu* hace descender la hoja de la guillotina interrumpiendo de esta manera la ¡salvadora! circulación sanguínea de la víctima, es posible que dicha interrupción ya estuviese perfectamente condicionada por el verdugo (si éste no podía detener su movimiento corporal), pero este complejo de condiciones se ve privado de la cualidad de poder interrumpir un curso salvador debido al empujón subsiguiente (no porque lo interrumpa realmente el autor, sino porque el impulso del verdugo ¡falla!). Si una persona ha sido envenenada de tal manera que ello entraña un condicionamiento que determina un próximo fallo funcional de los riñones (¡la función renal como curso salvador!), pero a continuación, resulta muerto a golpes, el riesgo de la interrupción de la función renal no se realiza, y ello porque (b) el veneno tras el golpe no es transportado a los riñones o en todo caso porque (c) en el momento de la destrucción del órgano la función renal ya no puede llevar a cabo el salvamento del bien. Si en el ámbito de los cursos salvíficos no se constatase si se realiza el riesgo de la interrupción, en la mayoría de los casos relevantes, se estaría suprepticamente introduciendo en la práctica el criterio del saldo de posibilidades de supervivencia del bien jurídico: de modo particular cambios en los organismos siempre pueden concepcuarse como interrupciones de cursos salvadores (circulación sanguínea, metabolismo). Toda función orgánica amenazada por un riesgo sin que (s. c. debido a este. N. T.) se produjese la imputación: la función, al estar su interrupción de todas formas condicionada, ya no sería salvífica.

(22) Respecto de los presupuestos del desistimiento en caso de resultados «sobrecondicionados», cfr. *supra* la nota 19.

## IV

1. Debe aun explicitarse bajo qué presupuestos se elegirá la relación cognoscible por medio de la experiencia de una relación de riesgo para cuya concreción debe servir la hipótesis. Para probar si un movimiento corporal condiciona un resultado se sustituye en la hipótesis el movimiento corporal por la inactividad corporal (esto es así en el experimento ofrecido para la demostración de una relación real, *vid.*, *supra II 1*). En la prueba de la realización del riesgo debe procesarse de una manera más diferenciada. Si en la hipótesis se introdujese en lugar del movimiento corporal inactividad corporal —o en el delito de omisión en vez de inactividad corporal un determinado movimiento— se soslayaría, entonces, que habitualmente son imaginables un gran número de otros módulos de comportamiento que tampoco contradicen el ordenamiento jurídico y en los que frecuentemente movimiento corporal y omisión del dominio de la organización, esto es, comisión y omisión, están estrechamente entrelazados. La alternativa ajustada a derecho de una conducción excesivamente veloz en la entrada de una población con la consecuencia de un accidente, está constituida, en todo caso, por la omisión de ese comportamiento; en sentido positivo esto puede entrañar varias cosas (23): frenar a tiempo; dejar a tiempo de acelerar el vehículo; parar; permanecer inmóvil, etc.; incluso girar previamente, a pesar de estar prohibido, constituye un injusto, pero no aquel injusto de sobrepasar la velocidad dentro del casco urbano. Ahora bien, cabría averiguar —al menos teóricamente— cuál o qué comportamiento habría sido realizado, esto es, hipotéticamente, en caso de una motivación dominante en favor de respetar la norma, y si en la hipótesis el curso lesivo hubiera sido evitado. En el ejemplo citado, quizás un conductor veloz estuviera decidido, poco antes de la entrada en la población, a girar por una carretera de circunvalación; entonces, el accidente no se hubiera producido. Un procedimiento de este tipo puede procurar resultados útiles, pero obvia la finalidad de la norma que ha sido infringida: aunque las carreteras de circunvalación también sirven, en ocasiones, para facilitar la marcha rápida, y su construcción también tiene, entonces, la finalidad de evitar accidentes generados dentro de las poblaciones por automovilistas veloces, de todas maneras las limitaciones de velocidad de una población solamente sirven —mientras no se abuse de ellas— para reducir el peligro de una conducción rápida a un peligro de conducción moderada, pero no para eliminar por completo el peligro de conducción. De ahí que en la construcción de la hipótesis deba introducirse, sin consideración de alternativas de comportamiento próximas al autor, aquel comportamiento que, de

---

(23) Sobre el particular, PUPPE, (nota 8), pp. 660 y ss., 662 y s., la misma (nota 17), pp. 290 y s., NIEWENHUIS (nota 8), pp. 57 y ss. y *passim*.

modo exclusivo, elimina el peligro contrario al fin de la norma. Por tanto, en la hipótesis el comportamiento del autor se ve, en parte, modificado. Qué es exactamente lo que debe modificarse no puede ser descrito con carácter general sino que se deriva de la finalidad de la correspondiente norma. Por ejemplo: si a través de una norma no pretende evitarse la ubicación en un determinado lugar, sino el sentido de un movimiento en ese lugar (en calles unidireccionales, en carriles de circulación al lado derecho o izquierdo, etc.), entonces, en la hipótesis, no debe imaginarse al autor como ausente sino como estático o como moviéndose en otra dirección (24); si se trata de la cantidad de un elemento, entonces, en la hipótesis éste debe ser incrementado (ejerciendo una presión de 7 kg. sobre un pedal de freno en lugar de 4 kg. —delito de omisión— o mediante no desconexión de un sistema automático de freno —delito comisivo—) o disminuido hasta lo permitido (50 km. por hora en vez de 70 km. por hora, mediante una presión menor del acelerador —delito comisivo— o mediante frenado —delito omisivo—).

2. De ahí que no sea relevante si, en la situación concreta, el autor podía haber llevado a cabo un tal comportamiento, sino únicamente si ello le estaba permitido; pues constituye finalidad de las normas excluir de manera planificable los cursos lesivos. Las evitaciones fortuitas son tan irrelevantes como lo son, en el caso inverso, los accidentes fortuitos. La situación, debe, por lo tanto, estandarizarse (25). De este modo se priva a la víctima de una posibilidad de

---

(24) De otra opinión, BGH 10, pp. 369 y ss.

(25) La jurisprudencia con su fórmula: «La pregunta acerca de qué comportamiento... habría sido adecuado al tráfico debe... ser contestada con base en aquel comportamiento contrario al tráfico que pueda considerarse como la causa inmediata del accidente, mientras que por lo demás debe partirse del acontecer real de los hechos»; BGH 24, pp. 32 y ss., 34, 33, pp. 61 y ss., 63; no es capaz de excluir soluciones fortuitas. En el «discurrir real de los hechos» pueden ocultarse los más extraños cursos lesivos y salvadores, que resultan liberados debido a la conversión de comportamientos contrarios al tráfico en comportamientos adecuados al tráfico, como por ejemplo ocurrió en el supuesto de hecho de la sentencia del BGH 33, pp. 61 y ss.: aunque el conductor de un automóvil no hubiese circulado a una velocidad excesiva, la distancia necesaria para frenar tampoco hubiese sido suficiente, pero el efecto retardador de la frenada hubiese sido más eficaz, pudiendo la víctima abandonar el lugar del accidente —de manera fortuita, no aprovechando una posibilidad de salvamento planificable— cuando hubiese sido alcanzada por el autor; de la misma manera (modificando ligeramente la velocidad de la víctima o el punto de partida), es posible que en caso de velocidad excesiva, la víctima solamente hubiese sido rozada, resultando, sin embargo, atropellada de haberse observado la velocidad adecuada. Crítica acertadamente la sentencia PUPPE, JZ 1985, pp. 295 y ss.; EBERT, JR 1985, pp. 356 y ss.; STRENG, NJW 1985, pp. 2808 y ss. Por supuesto que la jurisprudencia no puede mantener su fórmula de «por lo demás... discurrir real de los hechos» en caso de concurrir comportamientos disvaliosos de terceras personas, pues de lo contrario se perdería la garantía normativa del bien; BGH 30, pp. 228 y ss.; al respecto *vid. supra nota 8*. Sin embargo, el por qué de un tratamiento disfuncional de la víctima (*op. cit.*, p. 231), no halla fundamento, resultando además de imposible fundamentación, partiendo incluso de la teoría de la imputación del BGH. Mantiene una posición acertadamente crítica RANFT (nota 4), pp. 1425 y ss., 1426. Respecto de la inutilidad del principio de la jurisprudencia

suerte: si una calle es tan estrecha que un camión ancho no podría adelantar observando la distancia reglamentaria (aunque no tan estrecha como para no contar, en ningún caso, con un camión), entonces, a la hora de efectuar la prueba de si se ha realizado el riesgo de un adelantamiento a una distancia demasiado corta, en la hipótesis, de todas maneras, se introduce un camión que adelanta observando la distancia reglamentaria. Por otro lado, a la víctima también se le libra de la mala suerte: tampoco se tiene en cuenta el hecho que de haberse realmente observado la distancia mínima reglamentaria, vgr. en realidad una rama de un árbol de la avenida hubiese tirado a una parte de cargamento del camión que hubiese alcanzado a la víctima, etc. (26).

Si se pretenden eliminar los resultados fortuitos también debe entonces estandarizarse, en la hipótesis, el comportamiento de la víctima. Un comportamiento llevado a cabo por parte de la víctima que hubiese conducido al salvamento, sólo se tomará en consideración si hubiera conducido al salvamento de manera planificada (27). En compensación tampoco se introducirá un comportamiento fortuitamente conducente a una lesión. Ejemplo: un vehículo circulando a velocidad superior a la permitida, pisa en una curva una mancha de aceite, pierde el control y lesiona a un ciclista; en la hipótesis de una velocidad adecuada a la norma se reproduce el mismo caso pero con una pérdida de control más lenta del vehículo (o en otra dirección); en esta situación tan sólo será relevante que la colisión, a causa de la baja velocidad del movimiento descontrolado (o a causa de la distinta dirección en la que se dirige el vehículo descontrolado, etc.), no se hubiera producido si el tiempo ganado o el cambio de dirección hubiesen abierto posibilidades de salvamento por lo general utilizables de manera planificada. En compensación, la víctima se ve exenta del riesgo de que la colisión, de haberse observado la velocidad debida, hubiese podido tener consecuencias fortuitas peores.

A causa de la necesidad de una estandarización para evitar decisiones fortuitas, la existencia de capacidades especiales o —lo que es más importante— de especiales incapacidades de la víctima, tan sólo desempeñarán un papel cuando tratándose de capacidades exista por parte de la víctima la obligación de aportar unas especiales pres-

---

según el cual debe considerarse en la hipótesis, desde el punto de vista temporal, «la producción de una concreta situación en el tráfico» (*loc. cit.*,) vid. PUPPE, (nota 8), pp. 662 y s.; NIEWENHUIS (nota 8), pp. 80 y ss.

(26) En caso de interrupción de cursos salvadores (vid. al respecto, *supra nota 21*) hay que tener en cuenta que quien lleva a cabo la interrupción, únicamente está vinculado con el curso lesivo por medio de la lesión del curso salvífico. Si de modo fortuito el curso no hubiese conducido al salvamento, falta la causación del resultado. Esto no debe superarse mediante estandarizaciones. Ejemplo: quien detiene una ambulancia que a causa de extrañas y desgraciadas circunstancias no hubiese alcanzado el lugar del accidente, no interrumpe curso salvífico alguno.

(27) De modo distinto en BGH 33, pp. 61 y ss.; vid. al respecto nota 25.



taciones (carreras profesionales de velocidad; cruzar despreocupado la calzada, confiando en la propia capacidad de carrera en caso de llegar un automóvil) o en el caso de incapacidades, obligación por parte del autor de tenerlas en cuenta —ante colegios y residencias de tercera edad— con otras palabras, cuando codeterminan el riesgo permitido. Por ejemplo, ante una residencia de ancianos es necesario conducir muy despacio dado que las personas mayores carecen de buena capacidad de visión y movilidad, de ahí que en la hipótesis de un comportamiento correcto por parte del automovilista (esto es en la hipótesis de una conducción especialmente lenta) a la víctima de un accidente de circulación (aunque no se trate de una persona mayor) solamente debe adjudicársele una capacidad limitada de salvarse (28). En el supuesto normal deben utilizarse capacidades normales: si la víctima, en el comportamiento hipotético ajustado a derecho del automovilista, solamente hubiera podido salvarse en virtud de una capacidad especial fortuitamente presente (esprinter profesional), ello no fundamenta realización alguna del riesgo, como a la inversa no impide ninguna realización el que una maniobra elusiva que habitualmente tiene éxito resulte inviable a causa de un calambre agudo.

Parece evidente que en el caso de capacidades especiales del autor que le permiten un comportamiento que de otra manera sería contrario a la norma, deba partirse del uso de las capacidades en la hipótesis. Especiales incapacidades sólo deben ser tenidas en cuenta cuando exista una posibilidad de comportarse con ellas dentro del riesgo permitido (29). Ejemplo básico: ningún automovilista puede argumentar que, a causa de la borrachera, incluso de haber observado la velocidad reglamentaria, no se hubiese encontrado en condición de evitar el accidente.

Tratándose de especiales capacidades del autor que no condicionan el riesgo permitido, esto es, de capacidades que *per se* rebasan lo debido (por ejemplo, un mecanismo especial para acortar la frenada de un vehículo) debe diferenciarse: si la *víctima es más responsable que el autor*, o a su mismo nivel, del curso lesivo, la especial

---

(28) Cuando se encuentra justificada la expectativa genérica de una «normalización del tráfico», sin que se haya comunicado o sea evidente la finalidad específica de la reducción de la velocidad permitida, debe modificarse la solución dado que el fin de la norma varía.

(29) Este es siempre el caso cuando no se sobrepasa el riesgo general de la vida. Quien, por ejemplo, conduce un automóvil con los neumáticos desgastados, a velocidad de paseo, por un camino poco transitado, no incrementará el riesgo general de la vida en tanto en cuanto no esté prohibido guiar un carro con unas ruedas en equivalente estado... Quien, sin embargo conduce un automóvil a velocidad de paseo estando muy ebrio, no respeta el riesgo general de la vida, si existe el peligro que mediante una reacción equivocada se realice el especial potencial de aceleración del automóvil. Vid. JAKOBS. Anexo a la ZStW 1974, pp. 6 y ss., 14 y s.; el mismo, (nota 4), 7/42 y ss.

capacidad no se considera en la hipótesis, ya que quien se autoexpone a un riesgo puede esperar una dominabilidad adecuada a las reglas del riesgo, pero de todo lo que de ello exceda es autorresponsable. Ejemplo: si un ebrio irrumpe tambaleándose en una autopista, y allí resulta arrollado por un vehículo que circula demasiado deprisa, para probar si el accidente tiene su causa en la excesiva velocidad no se introduce en la hipótesis el existente sistema auxiliar de reducción de frenada (30) (mientras que capacidades especiales de la víctima deben ser aquí introducidas). Si por el contrario el *autor es más responsable que la víctima*, imponiéndosele a ésta el riesgo, es responsabilidad del autor procurar los medios salvíficos; en la hipótesis, por tanto, debe introducirse lo que el autor puede alcanzar. Ejemplo: si un automovilista invade la acera y lesiona a un peatón, en la prueba para ver si ello se debe a su falta de diligencia, o a una velocidad excesiva, etc., debe conformarse la hipótesis, considerando todas sus capacidades especiales (mientras que aquí, las capacidades especiales de la víctima deben excluirse).

No es una coincidencia fortuita que el discurrir de la argumentación sea equivalente al de la fundamentación de una responsabilidad por ingerencia (y también al desarrollo de la solución de algunas constelaciones de casos de colisión de deberes): quien impone a otro riesgos especiales, debe evitar las consecuencias lesivas, o revocarlas a sus expensas, de igual modo que terceras personas pueden llevar a cabo la evitación o la revocación a costa suya (vgr. en el estado de necesidad defensivo o en la legítima defensa) (31). Cuál sea el comportamiento tanto del autor como de la víctima y también de terceros que debe ser introducido en la hipótesis es, por tanto, susceptible de contestarse de manera sucinta: aquel comportamiento del cual son garantes o del cual —en el caso de autolesión— les incumba (32). Por tanto, tratándose de una persona que ha reaccionado de forma errónea frente a un comportamiento también erróneo, claramente el comportamiento erróneo de la otra persona no debe, entonces, ser eliminado mediante hipótesis. Ejemplo: si un padre durante una agresión ilegítima prolongada en el tiempo, por parte de un tercero, sólo lleva a cabo un dudoso intento salvífico, para probar si otro comportamiento hubiese protegido mejor al hijo, en la hipótesis debe ser introducido el ataque en la forma en la que realmente tuvo lugar.

---

(30) Si realmente en una situación sin responsabilidad preferente del autor, se omite el uso de una capacidad especial, la responsabilidad se fundamentará en el § 323c del StGB.

(31) Vid. JAKOBS (nota 4), 15/12, 29/14, 29 y ss.

(32) Respecto de la solución divergente —en el cumplimiento de los deberes de autotutela— de la jurisprudencia, vid. *supra* nota 25; con respecto a las distintas soluciones doctrinales véase *supra* nota 8.

## CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

### **A. PROPOSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 6 DE DICIEMBRE DE 1988**

**(Instrucción n.º 1/89, de 27 de febrero)**

A) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha pronunciado sentencia el 6 de diciembre de 1988 en asunto planteado por la Comisión Europea de Derechos Humanos y por el Gobierno español. Su origen fueron tres demandas presentadas contra España por condenados en el «asunto Bultó», en las que solicitaron, entre otras cosas, que se declarara la existencia de una violación, cometida por España, del artículo 6, párrafo 1 del Convenio Europeo de los Derechos humanos y libertades públicas de 4-11-1950, al no haberse beneficiado de un proceso justo ante un Tribunal independiente e imparcial en el extremo relativo a que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída justa y públicamente por un Tribunal... que decidirá sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella». El Gobierno español, por su parte, solicita del Tribunal «que examine el procedimiento en virtud del cual fueron condenados los demandantes, en su conjunto o separadamente, cada uno de los actos que en él figuran, y declare que las disposiciones del artículo (6, párrafos 1 y 2 del Convenio Europeo no habían sido violadas en este caso y que, consiguientemente, los hechos origen del litigio no revelaban por parte de España violación alguna de las obligaciones que le incumben en los términos del Convenio».

Sobre la alegada violación del artículo 6.1, en la sentencia se establece la siguiente conclusión: «Teniendo en cuenta el traslado en la composición del Tribunal inmediatamente antes de la apertura del juicio oral, la brevedad de éste, y, sobre todo, la circunstancia de que pruebas muy importantes no fueron presentadas y discutidas de manera adecuada durante la vida, en presencia de los acusados y bajo el control del público, el Tribunal concluye que el procedimiento en causa, considerado en su conjunto, no ha respondido a las exigencias de un proceso justo y público». Y en el fallo se «declara por diez votos contra ocho que ha habido violación del artículo 6, párrafo 1».

A este fallo han contribuido especialmente la conclusión irregular —para la estricta mayoría de los componentes del Tribunal— de determinadas conductas y actos procesales durante la celebración del juicio y en momentos previos al mismo, que exponemos en síntesis.

La demanda de los condenados se había instruido jurídicamente sobre varios puntos que no fueron atendidos por el Tribunal Europeo. Más existen algunas cuestiones que fueron tratadas con mayor o menor intensidad. Entre otras, las

siguientes: que los objetos intervenidos durante el proceso no podían tener el carácter de piezas de convicción, ya que no constaba formalmente la remisión por la Policía al Juez Instructor, ni su presencia ante el Tribunal para ser examinadas en el acto del juicio; que no fueron advertidos previamente a la sustitución de miembros del Tribunal con lo que se impedía la posibilidad de instar la recusación; que el Ministerio Fiscal había solicitado como prueba documental la lectura de la totalidad de los folios del sumario sin individualizar y precisar los que fundaban los hechos imputados, lo que, evidentemente, dificultaba la labor de la defensa; y que el Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral tuvo «por reproducida» aquella prueba documental, lo que implica sustraer del control público la práctica de una gran parte de las pruebas.

En la fundamentación jurídica de la sentencia son de destacar los argumentos de los empleados bajo la rúbrica de «Sobre el derecho a un proceso justo», que tienen clara proyección sobre la conclusión y el fallo.

1. Fue alegado, en primer término, el traslado tardío al lugar del juicio solo unas seis horas antes del comienzo de las sesiones tras un largo viaje. Se declara a esta puntualización que a pesar de que los imputados estaban asistidos por sus defensores, que tuvieron ocasión de formular su protesta, este hecho, por sí mismo lamentable, debilitó sin duda alguna su posición en el momento crucial en que precisaban de todas sus fuerzas para defenderse, y especialmente para afrontar su interrogatorio durante el juicio oral.

2. Alegado que el mismo día de la celebración del juicio se cambió la composición del Tribunal sin notificación previa, se declara que tal hecho de dar lugar a investigar si ese cambio ha tenido consecuencias en el carácter justo del procedimiento y particularmente en el juicio oral. Los defensores de los demandantes podían temer que el nuevo Presidente conociera de forma imperfecta un asunto de gran complejidad, y en el que el sumario, de extrema importancia para el resultado de la causa, era muy voluminoso; no hubo un exámen completo de las pruebas durante el juicio y la deliberación tenía que producirse inmediatamente después del juicio o más tardar al día siguiente.

3. En sus conclusiones provisionales respectivas el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaron la lectura de la totalidad del sumario y la defensa solo la de ciertas partes del mismo. Durante la vista las partes consintieron en prescindir de tal lectura. El empleo de la fórmula «por reproducida» tuvo como consecuencia sustraer del control público la práctica de una gran parte de las pruebas. El Gobierno resalta que nada impedía a los defensores de los demandantes exigir la lectura de ciertas partes o de la totalidad del sumario en el juicio oral, y al no haberlo hecho renunciaron a tal derecho. Según la jurisprudencia constante del Tribunal, la renuncia al ejercicio de un derecho garantizado por el Convenio —siempre y cuando sea lícita— debe hacerse de manera inequívoca; si el empleo de la fórmula «por reproducida» demostraba que la defensa aceptaba prescindir de la lectura pública de las actuaciones sumariales, no se puede deducir de ello que consintiera en no impugnarlas, especialmente cuando la acusación se basaba en ellas y de modo particular en las declaraciones de ciertos testigos. Por medio de la ya citada fórmula, todas las actuaciones del sumario fueron introducidas en el procedimiento en el acto de la vista.

4. Respecto de las armas y a los otros objetos o documentos descubiertos en las viviendas de los demandantes, no fueron presentadas durante el juicio oral

aunque la acusación las señaló como pruebas. Por tanto la defensa no pudo debatir de manera plenamente eficaz su autenticidad y pertinencia.

B) La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, en líneas generales, clara y precisa. Importa destacar la que se refiere a la actividad específica que corresponde al Ministerio Fiscal en dos puntos concretos inobservados en el proceso cuya denuncia dio lugar a la sentencia de 6 de diciembre de 1988. En el futuro y en cumplimiento de la presente instrucción —que lo será al mismo tiempo del contenido de la sentencia— las irregularidades anotadas deben subsanarse. Básicamente nos situamos en algunos requisitos de la proposición y práctica de la prueba documental y a la necesidad de que los efectos e instrumentos se hallan a disposición del Tribunal en el acto de la celebración del juicio oral.

Es rechazable la fórmula, no por muy extendida en la práctica menos absolutamente improcedente, de que al articular la prueba documental en los escritos de calificación provisional o de acusación, se proponga la lectura de la totalidad o de buena parte de los folios que integran el sumario de modo genérico o sin especificación alguna. Del propio modo debe proscribirse el hecho de que una vez concluida la práctica correcta de otros tipos de prueba, respecto a la documental se manifieste, sin más, que se tenga por reproducida. Uno y otro supuesto son susceptibles de generar indefensión, dado que las demás partes no conocerán con exactitud que documentos constituyen la verdadera causa que justifique penalmente los hechos materiales imputados. Y de otra parte tal actitud sustrae al conocimiento público los hechos sobre los que se construye la definitiva acusación.

Por ello, y a fin de que los presupuestos esenciales de un proceso justo y público estén completos, se tendrán en cuenta para la prueba documental las siguientes previsiones:

1. Proposición concreta de la prueba documental sin invocación genérica a las diligencias del sumario. Traducido a la práctica, el Ministerio fiscal al proponer en el escrito de calificación provisional o en el de acusación la prueba documental, especificará detalladamente cada uno de los folios del sumario o de las diligencias previas imprescindibles para la fundamentación jurídica de los particulares hechos imputados. En consecuencia serán eliminadas las fórmulas abstractas o genéricas cualesquiera sea su forma de expresión, tales como «todos los folios del sumario», «todos los folios de las actuaciones» o «todos los folios del sumario útiles».

2. En particular, deberán proponerse específicamente aquellas pruebas sumariales en las que, por no haber participado el imputado, estuvo privado de la oportunidad de impugnar, para que de esta manera puedan ser sometidas a crítica en el juicio oral.

3. Eludir en lo posible durante el acto del juicio la también abstracta expresión de dar por reproducida la prueba documental. Esto sin embargo, exige alguna matización. Se interesará siempre la lectura de los folios de las actuaciones que se juzguen esenciales o sirvan de fundamento para la adecuada y definitiva configuración jurídica de los hechos penales. Puede darse por reproducido el resto de la prueba documental articulada, siempre que conste la conformidad expresada de la defensa, que deberá hacerse constar en el acta del juicio oral.

En su misión de velar porque la función jurisdiccional se ejerza eficazmente denunciando cualquier tipo de irregularidad procesal que pueda incidir negativa-

mente sobre la necesidad de un juicio público y justo, son también deberes del Ministerio Fiscal:

1. Cuidar que sean notificados a las partes los cambios que puedan producirse entre los componentes del Tribunal con la suficiente antelación al comienzo de las sesiones del juicio oral a fin de que, en su caso, puedan ejercitar su derecho de recusación.

2. Procurar que se cumplan las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre exámen de las piezas de convicción y su material puesta a disposición del Tribunal en el acto de celebrarse el juicio oral. Uno de los fines del acto de intervención durante el proceso penal de los efectos e instrumentos provinientes del delito, es el probatorio, lo que presupone que han de permanecer naturalmente durante su sustanciación a disposición del Juez o Tribunal. Y ello está previsto de modo expreso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente en las siguientes normas. Si a la conclusión del sumario deben remitirse al Tribunal (arts. 622 y 626) a fin de que puedan ser examinadas por el Ministerio Fiscal y las partes al tiempo de la instrucción (art. 629) y de la calificación (art. 634), ya durante el juicio oral serán colocadas en el local en que se celebre (art. 688) para que puedan ser reconocidos por los testigos (art. 712) y examinadas por el propio Tribunal (art. 726). Atendidas estas disposiciones el Tribunal Supremo ha podido declarar de las sesiones del juicio oral es absolutamente preceptiva aún cuando las partes no lo soliciten como medio de prueba, y si las partes han solicitado en sus conclusiones la presencia de las piezas, bien como prueba directa que deba examinar el Tribunal sentenciador, bien como complemento de otras pruebas personales para cuyo normal desenvolvimiento se precise su exhibición, estas adquieren el rango de verdaderas pruebas, y si las Audiencias las admiten y no disponen y ordenan su traída a la vista durante las sesiones del juicio oral, o ante su ausencia no acuerdan tras breve interrupción que sean trasladadas ante el Tribunal o no suspenden las sesiones del juicio oral previa petición de parte, tal negativa es impugnabile por el cauce del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (sentencias de 1-2-1983 y 23-3-1984).

En virtud de esta doctrina, que se conforma con el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los Fiscales exigirán en sus escritos de calificación la presencia —si no fuere absolutamente imposible por razón de su peso o volumen— de las piezas de convicción en el local del Tribunal al tiempo del comienzo de las sesiones de juicio oral. Y si no lo estuvieren habrá de tenerse en cuenta si las partes lo han pedido expresamente como medio de prueba a fin de si procede o no suspender el acto del juicio oral.

**SOBRE LAS NORMAS TRANSITORIAS PARA LA APLICACION  
DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO DE LA LEY ORGANICA 7/1988,  
DE 28 DE DICIEMBRE**

**(Instrucción n.º 2/89, de 2 de marzo)**

Es principio del derecho transitorio en materia procesal el que tratándose de una actividad que se desarrolla en el tiempo, la entrada en vigor de una nueva Ley obliga a la aplicación a los actos procesales que se realizan bajo su vigencia, quedando consumados los ya realizados bajo la Ley anterior, que no deben ser reproducidos conforme a las normas de la Ley nueva, que no estaba vigente al producirse aquellos. Esa doctrina se matiza considerando que por actos procesales se entienden todos los comprendidos en una fase procesal, de modo que iniciada ésta bajo la vigencia de una Ley, debe culminarse conforme a ella, produciéndose en las fases sucesivas la acomodación al nuevo proceso.

La anterior doctrina debe tenerse presente para interpretar las normas de acomodación de los procesos en trámite conforme a la legislación derogada (L.O. 10/80 y arts. 789 a 803 LECr), al nuevo procedimiento abreviado establecido por la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre.

Como reglas para resolver las cuestiones de derecho transitorio deben tener en cuenta los señores Fiscales, tanto las disposiciones de la citada Ley Orgánica 7/88 y las disposiciones adicionales de la Ley 38/88 de demarcación y planta judicial, como las establecidas por los Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial del día 3 de febrero último, cuyo contenido conocen ya los señores Fiscales.

Como reglas deducibles de tales normas, podremos señalar:

1.<sup>a</sup> A partir del 1 de marzo todos los procedimientos que se incoen por delitos comprendidos en el artículo 799 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se instruirán como diligencias previas.

2.<sup>a</sup> A partir de la misma fecha, todos los sumarios ordinarios, los de urgencia, las diligencias preparatorias y los juicios orales de la Ley Orgánica 10/80 que se estén instruyendo por delitos de los que conforme al artículo 779 citado deban conocerse en el procedimiento abreviado, se transformarán en diligencias previas de tal procedimiento. Los autos de procesamiento que se hayan dictado en los sumarios que se transformen, se modificarán tan sólo en el sentido de no considerarse procesado a quien lo esté, pero manteniendo y ratificando las medidas cautelares personales y reales adoptadas (prisionés, fianzas, embargos, etc.).

3.<sup>a</sup> Hasta el día 15 de septiembre, en que entren en vigor los Juzgados de lo penal, los actuales Juzgados de instrucción afectados por la disposición adicio-

nal primera de la Ley 38/88 que deban cesar en sus funciones como Juzgados de instrucción, serán únicamente los que expresamente se citan en el extremo 2.º del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial antes citado.

4.ª En tanto no entren en funciones los Juzgados de lo penal, harán sus funciones los Juzgados de instrucción de la demarcación, conforme a las normas de reparto que tengan establecidas actualmente, para evitar la coincidencia en un mismo Organismo de la instrucción y fallo de la causa.

5.ª En los procedimientos en trámite en los Juzgados de instrucción, la fase de calificación se realizará en el propio Juzgado, conforme a lo dispuesto en el Capítulo II del nuevo Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

6.ª Las Audiencias Provinciales conocerán todos los asuntos en trámite ante los Juzgados de instrucción o ante ellas que fueran de su competencia conforme a las normas derogadas, en tanto no entren en funcionamiento los Juzgados de lo penal, tal como dispone la disposición transitoria 3.ª de la Ley Orgánica 7/88 y el punto 3.º del Acuerdo del Consejo citado.

7.ª En los procedimientos en trámite en las Audiencias Provinciales, éstas continuarán conociendo de los mismos, conforme a la disposición transitoria 3.ª de la Ley Orgánica 7/88. Cuando entren en vigor el 15 de septiembre los Juzgados de lo penal, las Audiencias conservarán la competencia para el enjuiciamiento y fallo de todos los asuntos ante ellas pendientes, entendiéndose por tales todos los que hayan acusado asiento en los libros de la Secretaría (art. 53.4 de la Ley 38/88 y punto 3.º del Acuerdo del Consejo).

8.ª La acomodación que las Audiencias provinciales hagan al nuevo procedimiento se entenderá respecto a las fases iniciadas bajo la vigencia de la nueva Ley. Las ya iniciadas bajo las normas derogadas seguirán rigiéndose por éstas. En consecuencia se entenderá que debe seguir enjuiciándose por las normas del procedimiento ordinario (aunque por su pena debieran, en principio acomodarse al abreviado) o de urgencia las causas pendientes ante la Audiencia que hubieren entrado en la fase de calificación, considerándose que han entrado en dicha fase desde que se acuerde su iniciación con la providencia de pase para calificación (o instrucción y calificación, en el procedimiento de urgencia ante la Audiencia) al Ministerio Fiscal (Disposición transitoria 5.ª de la L.O. 7/88 y punto 4.º del Acuerdo del Consejo).

Los señores Fiscales tomarán las disposiciones precisas para acomodar el régimen interno de las Fiscalías a las prescripciones del nuevo procedimiento, de acuerdo con lo que en las Justas de Fiscalía se resuelva y las Instrucciones que pueda impartir esta Fiscalía General del Estado y, por su regulación, la Inspección Fiscal.



(Instrucción n.º 4/89, de 12 de julio)

La inminente entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal aconseja, sin perjuicio de que esta Fiscalía General del Estado pueda impartir una Circular en la que con más detenimiento se analicen las cuestiones que para la actuación del Ministerio Fiscal pueda plantear la interpretación y aplicación de la reforma, el llamar la atención inmediata de los señores Fiscales sobre el contenido de las Disposiciones Adicionales Cuarta y Quinta y al Disposición Transitoria Segunda de aquella Ley, en cuanto su cumplimiento obliga a una actuación específica del Ministerio Fiscal.

*Primero:* La Disposición Adicional Cuarta dispone que «cuando mediante 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».

En consecuencia los señores Fiscales, en defensa de los derechos de los ciudadanos, deberán cuidar de que el derecho de comparecencia a «todos los implicados en los mismos hechos que *consideren perjudicados*» que se establece en esa disposición adicional sea reconocido en el procedimiento, apoyando cualquier petición de comparecencia y adoptando en los eventuales recursos que puedan producirse una posición favorable al ejercicio de su derecho y a la petición de tutela judicial de quien se estime perjudicado por el hecho que de origen al procedimiento penal —sea por delito, sea por falta— en que la comparecencia se interese.

*Segundo:* En todas aquellas faltas enumeradas en la Disposición Transitoria Quinta, párrafos primero y segundo (las hasta ahora previstas en los artículos 576, 2.º y 3.º; 577, 3.º, 4.º, 7.º y 8.º; 584, 7.º; 572, 1.º y 578 del CP), que continuarán vigentes con el carácter de infracciones administrativas, Los señores Fiscales, al interesar el archivo de las actuaciones por falta de tipicidad penal de los derechos, pedirán a la vez expresamente la remisión de un testimonio a la Autoridad administrativa competente por razón de la materia, a los efectos de la sanción gubernativa de los hechos.

Igual decisión adoptarán los señores Fiscales respecto a las faltas previstas en el párrafo 3.º de la citada Disposición Adicional Quinta (las de los arts. 568 y 570, 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del CP), que pasan a ser castigadas en los términos del procedimiento sancionador de los artículos 133 y 137 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

*Tercero:* Por último, y lo más importante, la Disposición Transitoria Segunda dispone que «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».

Los señores Fiscales instarán y vigilarán con todo celo el cumplimiento de esta Disposición Transitoria. A tal fin, habrá que distinguir:

a) Supuestos en los que el autor no sea conocido, en los que el Fiscal interesará el sobreseimiento provisional del número 2.º del artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o el archivo, también provisional, del juicio de faltas, en tanto no pueda determinarse el eventual autor de los hechos.

b) Supuesto en que los hechos no puedan ser tipificados como delito o falta, en cuyo caso procede igualmente interesar el sobreseimiento libre del número 2.º del artículo 637 o el provisional del número 1.º del artículo 641, así como, en su caso, el archivo del juicio de faltas.

c) Supuestos en que los hechos, teniendo autor conocido o determinable fueren inicialmente calificados como constitutivos de un delito o de falta, que hayan dejado de ser tal, por lo que proceda solicitar el sobreseimiento libre o retirar la acusación ya formulada. En tal caso, los señores Fiscales, junto con la petición correspondiente al aspecto penal del procedimiento, interesarán expresamente la continuación del proceso hasta su terminación por sentencia a los solos efectos del pronunciamiento sobre las responsabilidades civiles, salvo que éstas hayan sido renunciadas o el perjudicado se haya reservado su ejercicio en la vía civil correspondiente.

Cuando la iniciativa del sobreseimiento o archivo parta del Juez, el Fiscal, antes de poner el «Visto» correspondiente, comprobará no hallarse ante un supuesto en que, en los términos de la Disposición Transitoria citada, procede continuar el proceso hasta su normal terminación, a efectos de pronunciamiento sobre responsabilidades civiles, en cuyo caso, desistirá de la resolución judicial, interponiendo el correspondiente recurso.

*Cuarto:* Los señores Fiscales, al cumplir con su deber de velar por el cumplimiento de las ejecutorias, cuidarán con especial celo de que los pronunciamientos sobre responsabilidades civiles y costas, que se declaren al amparo del párrafo 3.º de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 3/1989, se ejecuten con rapidez y efectividad, a fin de que los derechos de los perjudicados se vean satisfechos. A tal fin, en los libros o fichas de ejecutorias que en las Fiscalías se lleven, se establecerá transitoriamente una sección o apartado específico que contemple el supuesto previsto en aquella Disposición Transitoria.

Los señores Fiscales acusarán recibo de esta Instrucción y cuidarán con el mayor celo de su cumplimiento.

## **EL MINISTERIO FISCAL Y LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

**(Instrucción n.º 5/89, de 17 de julio)**

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y la Ley 38/88 de Demarcación y Planta han diseñado y perfilado el modelo de organización judicial en nuestro país, que servirá para hacer frente al reto del próximo siglo, rompiendo el enorme déficit acumulado durante decenios por una organización judicial estructurada más en función de la presencia de que la eficacia; distribuida con criterios geográficos imperfectos y desequilibrado o infradotada en cuanto al número de sus titulares y sus órganos decisorios, con la consiguiente insuficiencia de los medios personales y económicos puestos a su servicio e inadecuación de las normas de procedimiento por las que se rige.

Si la configuración de los órganos judiciales ha sido diseñada plenamente, no ocurre lo mismo con el Ministerio Fiscal.

La Constitución Española de 1978, ha supuesto un cambio cualitativo en la configuración del Ministerio Fiscal y consecuencia de ello fue la necesidad de aprobar un nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que tuvo lugar mediante la Ley 50/81.

La disposición final primera del Estatuto, facultaba al Gobierno para que dictase, en el plazo de un año, un nuevo Reglamento que desarrollase el Estatuto, y en la disposición final segunda declaraba en vigor, entre tanto no se publicase el nuevo Reglamento, el de 1969, en cuanto no se opusiera a lo dispuesto en el Estatuto. El Real Decreto de 22 de diciembre de 1982, suspende el plazo para dictar el Reglamento señalando otro que comenzará a contarse de nuevo desde el día en que tenga lugar la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Desde la fecha de entrada en vigor del Estatuto de 1981, se han citado otras normas como son, el Real Decreto 473/83, sobre constitución y funcionamiento del Consejo Fiscal, el Real Decreto de 9 de febrero de 1983 que regula las categorías la integración de los Fiscales de Distrito y los concursos de provisión de vacantes; y la Ley 5/88, por la que se crea la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas y en la que se introducen diversas modificaciones en el texto del Estatuto, tendentes a adecuar la estructura de la institución a la organización judicial diseñada por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985.

Podríamos plantearnos si se debe modificar en su totalidad el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, ya que sus preceptos pueden estar algo desfasados, hay normas en el mismo que requieren una aclaración legislativa. Téngase en

cuenta, también, la creciente intervención del Ministerio Fiscal en todos los órdenes del Derecho, así la Ley 21/87 de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil en materia de Adopción, o la Ley Orgánica 7/88 de los Juzgados de los Penal y en la que se modifican diversos preceptos de las Leyes que refuerzan la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal.

Lo cierto es, que se modifique o no, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, responsabilidad que corresponde a las Cortes Generales, sin embargo, no es posible seguir funcionando con el Reglamento Orgánico aprobado por Decreto 473/69, de 27 de febrero, norma preconstitucional, que no contempla la realidad del Ministerio Fiscal hoy, y es en muchos supuestos opuesto al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, lo que no crea problemas dado su rango reglamentario, pero sí origina lagunas, que deben ir siendo cubiertas por medio de Circulares e Instrucciones, como ya se hizo con la Instrucción número 1/87, que contemplaba la regulación de las Juntas de Fiscalía, las retiradas de acusación, los extractos, los visados, los informes y expedientes personales, y como se intenta hacer con esta Instrucción que quiere dar unas pautas sobre el funcionamiento de las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y otros problemas urgentes.

Precisamente, una de las insuficiencias normativas que se vienen señalando, afecta a la regulación de las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y al real alcance de las facultades de sus Jefes y su relación con las Fiscalías de las Audiencias Provinciales del territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma. Ello no podía ser de otra manera por cuanto, aprobado nuestro Estatuto Orgánico antes de que existiera un diseño legal de lo que iban a ser los Tribunales Superiores de Justicia, no podía aquél entrar en un detalle que en el futuro chocara con lo que al respecto dispusiera la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la sazón sólo en Proyecto. Ello no quiere decir, sin embargo, que en la legalidad vigente, tanto la estatutaria del Ministerio Fiscal, como la Orgánica del Poder Judicial no existan bases suficientes para llegar, a través de una interpretación sistemática y acomodada a la realidad social de nuestro tiempo, a unas conclusiones precisas en orden a cual sea la posición de las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia en el organigrama jerárquico del Ministerio Fiscal.

Esa interpretación conduce a entender que los Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de Justicia constituyen un escalón intermedio entre los Fiscales Jefes de las Audiencias Provinciales y el Fiscal General del Estado, naturalmente, sin merma de las potestades y prerrogativas de éste como Jefe Superior del Ministerio Fiscal y representante del mismo en todo el territorio español (art. 22.2 EOMF), y dentro de las facultades y limitaciones que en desarrollo de los principios de unidad y dependencia establece el Capítulo II del Título II del Estatuto.

A esta conclusión se llega a través del análisis de las siguientes normas:

1.<sup>a</sup> El artículo 70 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio, del Poder Judicial, cuando dispone que «el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma culminará la organización judicial en el ámbito territorial de aquella, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo». Ese carácter de órgano que culmina la organización judicial del territorio de la Comunidad Autónoma, aparece reforzado con las facultades de gobierno sobre todos los órganos y personal judicial del territorio que en el Título III, Capítulo I y los articu-

los 161 y 162 hacen residir en la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia y su Presidente.

Es obvio que, apareciendo constituido el organigrama del Ministerio Fiscal con carácter paralelo al de la organización judicial, aquella construcción piramidal debe trasladarse a la propia relación entre las Fiscalías adscritas a los respectivos órganos jurisdiccionales, viniendo, en consecuencia, a culminar las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia la organización del Ministerio Fiscal el ámbito territorial del mismo, sin perjuicio de las facultades y competencias de la Fiscalía General del Estado.

2.<sup>a</sup> Lo anterior parece venir confirmado por la redacción del artículo 12. Uno del Estatuto Orgánico, en cuanto parece establecer una enumeración de los Organos del Ministerio Fiscal en orden decreciente de categoría y jerarquía, situándose las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia inmediatamente antes de las Audiencias Provinciales y en el puesto que en la organización derogada ocupaban las Audiencias Territoriales, cuyo carácter de superioridad jerárquica sobre las Provinciales ha sido tradicional e indiscutido. Conviene, respecto a esto último recordar que, conforme a la Disposición Transitoria Séptima del Estatuto.—introducida por la Ley 5/1988, de 24 de marzo— las Fiscalías de las Audiencias Territoriales subsistían tan sólo en tanto no desaparecieren dichas Audiencias Territoriales al crearse los Tribunales Superiores de Justicia.

3.<sup>a</sup> En el artículo 22. Tres del Estatuto Orgánico al referirse a los Fiscales de cada órgano dispone que actuarán bajo la dependencia de «sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado», existencia de superiores interpuestos entre el Fiscal General del Estado y los Fiscales Jefes de Provincial, que aparece confirmada en el artículo 27. Uno en el que, al regularse el mecanismo a seguir en caso de una posible discrepancia por razones de legalidad respecto a la orden recibida de su Fiscal Jefe, se contempla la posibilidad de que tal orden proceda de un superior jerárquico, distinto al jefe de la Fiscalía y del Fiscal General del Estado (ver inciso último). Todo ello implica el reconocimiento de superiores jerárquicos intermedios entre los Fiscales Jefes de Provincial y la Fiscalía General del Estado, que no pueden ser otros que los antiguos Jefes de Fiscalías Territoriales y los actuales de los Tribunales Superiores de Justicia.

4.<sup>a</sup> El artículo 88 del Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal de 24 de marzo de 1969 —vigente en aquéllo que se oponga al Estatuto, según lo dispuesto en la Disposición Final Segunda del mismo— reconoce expresamente el carácter de los Fiscales de las Audiencias Territoriales como Jefes del Ministerio Fiscal de sus respectivos territorios, carácter que debe entenderse asumen los Fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia que hoy han sustituido a aquéllos.

5.<sup>a</sup> El mismo hecho de no constituirse Fiscalías de Audiencias Provinciales en las Provincias en que tiene su sede el Tribunal Superior y en las que existe al margen de éste, tal Audiencia Provincial, indica que el Fiscal del Tribunal Superior asume —como antes el de la Audiencia Territorial— todas las funciones del Ministerio Fiscal en el territorio, en virtud de aquella Jefatura que sobre los integrantes del mismo en todo el ámbito territorial ostenta.

6.<sup>a</sup> Se deben, por último, asumir también las conveniencias de una racional organización del Ministerio Fiscal en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Los aspectos concretos de la política criminal y las peculiaridades del componente social de cada territorio han de ser apreciados «in situ» y con una visión global

de cuales deben ser las condiciones de la actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito de la Comunidad. El planteamiento y dirección de esa específica actuación, concurrente con la genérica del Ministerio Fiscal, sólo puede asumirse con términos de eficacia desde una dirección unitaria, congruente con una visión global de los elementos a tener en cuenta, y sólo el Fiscal del Tribunal Superior de Justicia está en condiciones de poseer todos aquellos datos que permitan diseñar una actuación unitaria del Ministerio Fiscal en el ámbito y para las cuestiones que sean específicas de la correspondiente Comunidad Autónoma.

Lo anterior aconseja también centralizar en los Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de Justicia las Memorias que anualmente deben elevar los Fiscales Jefes Provinciales de su territorio, así como el que la Memoria redactada por el Fiscal del Tribunal Superior aborde los problemas de todo el ámbito de su Comunidad.

Llegadas a estas conclusiones, innecesario es decir que los Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de Justicia pueden y deben ejercer sobre los miembros del Ministerio Fiscal de su territorio, las facultades funcionales y orgánicas que el Capítulo II del Título II del Estatuto Orgánico, y en especial sus artículos 23, 24, párrafo 3.º y 26 inciso último, otorga a los Fiscales Jefes, entre ellas las de la delegación y designación de un miembro del Ministerio Fiscal de los que de él dependen, para actuar en asuntos determinados ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales en los que esté legitimado. Conviene recordar al respecto y para su ampliación analógica, las facultades de delegación que en el orden civil el artículo 103.2 del Reglamento citado concedía a los Fiscales de Audiencia Territorial respecto a la actuación del Ministerio Fiscal en los Juzgados de Primera Instancia de su territorio.

En consecuencia y nombrados los Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de Justicia, por Real Decreto 400/1989, de 2 de junio, es necesario precisar por medio de esta Instrucción, cual es la competencia que corresponde a tales Fiscales. Por ello, y en tanto no se publique la norma reglamentaria, habrá que entender:

*Primero:* De conformidad con la disposición adicional segunda del Real Decreto 675/89, los Tenientes Fiscales y los Fiscales de las extinguidas Fiscalías de las Audiencias Territoriales, así como los de las Audiencias Provinciales de Santander, Logroño y Murcia han pasado a desempeñar automáticamente sus cargos en las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia.

*Segundo:* Corresponde a las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas intervenir en todos aquellos asuntos de carácter civil, penal, contencioso-administrativo, social, de vigilancia penitenciaria; de menores y de cualquier otro que las disposiciones vigentes atribuyen al Ministerio Fiscal y en el ámbito territorial de éste, así como de *los restantes órganos judiciales existentes en la provincia en que radique la Fiscalía.*

No obstante, los Fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia podrán delegar en los Fiscales de las Audiencias Provinciales de su territorio, las funciones que les corresponda ante las Salas del Tribunal Superior de Justicia que, conforme al artículo 68 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tengan su sede en la capital de la provincia a que corresponda dicha Fiscalía Provincial.

Como criterio a seguir, los excelentísimos señores Fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia, deberán tener en cuenta que la fluidez del trámite y el mejor servicio aconsejan que esa delegación sea la norma general, sin perjuicio

de reservarse aquellos asuntos que por su trascendencia estimen oportuno sean asmidos por la propia Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia.

*Tercero:* Corresponde a las Fiscalías de las Audiencias Provinciales intervenir en todos aquellos asuntos de carácter civil, penal, contencioso-administrativo, social, de vigilancia penitenciaria, de menores y de cualquiera otros de que conozcan los órganos jurisdiccionales de la Provincia, así como en los que sean competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo o de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que extiendan su jurisdicción sólo a la provincia en que radique la Fiscalía, siempre que el Fiscal del Tribunal Superior de Justicia haya hecho delegación en el de la Provincial de sus funciones ante tales órganos. En las Salas previstas en el artículo 78 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 2 de la Ley 381/88, de Demarcación y Planta Judicial, que extienden su jurisdicción a varias provincias, pero no al ámbito de todo el territorio del Tribunal Superior de Justicia, intervendrán en los asuntos de que conozcan las mismas, la Fiscalía en que radique su Sede, siempre que tenga la delegación para ello del Fiscal del Tribunal Superior de Justicia.

*Cuarto:* 1. Para mantener la unidad y dependencia del Ministerio Fiscal y contribuir a la formación por parte del Fiscal General del Estado de criterios unitarios de actuación, que permitan abordar las peculiaridades de los problemas que se plantean en las Fiscalías, así como para hacer llegar al Gobierno, por intermedio de aquel, las observaciones que estimen oportuno hacer, los titulares de las Fiscalías de ámbito provincial y los de los Tribunales Superiores de Justicia, elevarán anualmente a la Fiscalía General del Estado, antes del 31 de marzo de cada año, una Memoria expresiva de los temas que se establezcan en el número siguiente. A tal efecto, interesarán los Fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia de los Fiscales de las Audiencias Provinciales de su territorio, que les remitan con la debida antelación la realizada por ellos, para elaborar la Memoria de la Comunidad Autónoma respectiva.

2. Las Memorias comprenderán una parte expositiva y otra estadística, cuyo contenido será fijado mediante Instrucción por el Fiscal General del Estado.

Sin embargo, y aparte de las ampliaciones que puedan establecerse en esas Instrucciones las Memorias tratarán, como contenido mínimo los siguientes capítulos:

a) La actividad del Ministerio Fiscal, con especial atención a los problemas que se hayan presentado y los asuntos graves y de menor complejidad de que se haya debido ocupar la Fiscalía.

b) En las Fiscalías de la Audiencia Nacional, Fiscalía para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, la evolución de la criminalidad en su ámbito territorial, así como las medidas adoptadas o que se estimen de conveniente adopción para la prevención de los delitos.

c) El funcionamiento de los Juzgados y Tribunales ante los que la Fiscalía actue, con análisis, en su caso, de los problemas organizativos que planteen.

d) Las reformas que se estimen más convenientes introducir en las leyes sustantivas, procesales y orgánicas para la mayor eficacia de la justicia.

*Quinto:* El recurso para la unificación de doctrina, previsto en la base trigésimoquinta, de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 12 de abril de 1989, precisa de las siguientes consideraciones:

Este recurso de casación que sustituye al recurso en interés de Ley —con la singularidad de que ha de producir efectos sobre situaciones jurídicas creadas en virtud de la sentencia recurrida— se regulará en el Texto articulado de la futura Ley de Procedimiento Laboral, que habrá de aprobarse en el plazo de un año conforme dispone el artículo 1 de la Ley de Bases.

En tanto se publique ese Texto articulado, si ciertamente no parece oportuno —al desconocerse las formalidades que han de regir ese recurso— impartir instrucciones a las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia, si se estima procedente recordar algunas de las cuestiones relacionadas con el recurso de interés de Ley.

*Medio tempore* —hasta la vigencia de aquel— ha de entenderse que el recurso en interés de Ley, contemplado en los artículos 185 a 187 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, sigue subsistiendo, no obstante haber desaparecido el Tribunal Central con fecha 23 de mayo de 1989. Es cierto que el artículo 185 lo prevé sólo contra las sentencias dictadas por el Tribunal Central, pero no lo es menos que tales sentencias eran pronunciadas en el recurso de suplicación, del que hoy conocen ya las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, de ahí que el único sistema de control jurisprudencial, hasta que entre en vigor el recurso para la unificación de doctrina, lo constituye el recurso en interés de Ley, y es, si bien, transitoriamente, el medio hábil para enjuiciar si la doctrina que emane de las Salas de lo Social es dañina o errónea.

Respecto del recurso de interés de Ley, la Fiscalía General del Estado considera necesario cursar las siguientes instrucciones especialmente dirigidas a los Fiscales de los Tribunales Superiores de Justicia y a los de las Audiencias Provinciales en cuya sede exista Sala de lo Social.

1. Deberán interesar que todas las sentencias dictadas en recursos de suplicación por las Salas de lo Social, se le notifiquen, debiendo quedar constancia en la copia de la sentencia de la fecha de notificación. No parece obstáculo el hecho de que el artículo 185 de la Ley de Procedimiento Laboral, establezca que la notificación se haya de efectuar a la Fiscalía del Tribunal Supremo, pues el precepto esta pensado en la previsión de que la sentencia recurrida se dictase por el Tribunal Central, hoy suprimido, y que al poseer competencia nacional, estaba en relación con la Fiscalía del Tribunal Supremo, como órgano natural e inmediato de comunación.

En la actualidad las Salas de lo Social encuentran en la correspondiente Fiscalía, la legal representación del Ministerio Fiscal.

2. Deberán analizar con detenimiento las sentencias dictadas en suplicación por dichas Salas, y si en su contenido apreciaren doctrina dañosa o errónea, a la luz de los criterios plasmados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o de la Sala Sexta del Tribunal Supremo, deberán remitirlas, bien directamente, o a través de las Fiscalías del Tribunal Superior de Justicia, acompañando escrito con los razonamientos pertinentes, a la Fiscalía General del Estado y ello en el más breve plazo posible, habida cuenta de que el límite para interponer el recurso es de tres meses desde la notificación de la sentencia por aplicación del artículo 186 de la Ley de Procedimiento Laboral.

3. El hecho de que con anterioridad a la sentencia de suplicación, cuya doctrina se entienda dañosa o errónea, se hayan dictado una o varias sentencias del Tribunal Supremo, proclamando la doctrina acertada, no constituye obstáculo



para interponer recurso de interés de Ley, pese a que durante algunos años la Sala Cuarta del Tribunal Supremo estimase no ser necesario dicho recurso cuando ella ya se había pronunciado sobre el tema, sentado definitivo criterio.

4. Todas las sentencias dictadas por la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia que se notifiquen a las Fiscalías, deberán ser archivadas en sus oficinas, para el supuesto de que parte interesada se dirigiese a la Fiscalía General del Estado en solicitud de interposición de recurso de interés de Ley, y con objeto de poder recabarlas a dichas Fiscalías para su estudio. Si la parte interesada presentase su solicitud directamente ante la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, el Fiscal deberá remitir el escrito y la copia de la sentencia impugnada con expresión de la fecha de notificación, a la Fiscalía General del Estado.

Si las sentencias que dicten las Salas de lo Social en los recursos de suplicación, no recogiesen la transcripción de los hechos probados de la sentencia de instancia, el Fiscal deberá interesar se le entreguen simultáneamente a la notificación de la sentencia dictada en suplicación, una certificación de la de instancia, para así obtener un completo conocimiento en orden a la valoración de la doctrina de la Sala.

Encarezco a V.E./V.I. el cumplimiento de la presente instrucción, de la que deberá acusar recibo, así como comunicarla a los señores Fiscales que de V.E./V.I. dependan.



# SECCION DE JURISPRUDENCIA

## Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por  
SANTIAGO MIR PUIG  
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

### ALGUNOS ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA INDUCCION (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Díaz Palos)

FRANCISCO BALDO LAVILLA  
Becario de investigación. Universidad de Barcelona (1)

#### I

1. La procesada, Carmen, propietaria en Rota de un bar de alterne, rompió sus relaciones amorosas con José, taxista, persona con la que convivía maritalmente desde hacía cuatro años. Poco después, conoció José a una tal Amadora, yéndose a vivir con ella. Pasado cierto tiempo, la procesada intentó reanudar en reiteradas ocasiones sus relaciones con José, resultando sus empeños infructuosos. Ante la firme actitud de éste, y sintiendo celos de la mujer que había motivado la ruptura, le surgió la idea de «darle algún escarmiento para que se marchara de dicha ciudad de Rota, y, de esta manera, juntarse nuevamente con el taxista». Mas como la procesada no se atrevía a hacerlo personalmente, entró en contacto con Juan, al que conocía por convivir con una de las camareras del bar, pidiéndole que «pegara a la tal Amadora para así asustarla y que se marchara de la localidad». El procesado aceptó tal proposición, sin que conste que lo hi-

---

(1) Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; ARSP: Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie; CPC: Cuadernos de Política Criminal; DRiZ: Deutsche Richterzeitung; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; JA: Juristische Arbeitsblätter; JR: Juristische Rundschau; JuS: Juristische Schulung; JZ: Juristenzeitung; LK: Leipziger Kommentar; MDR: Monatsschrift für deutsches Recht; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; Sch/Sch: Schönke/Schröder; SK: Systematischer Kommentar; Riv. it. dir. proc. pen.: Rivista italiana di diritto e procedura penale; ZAKDR: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

ciera por móviles económicos. Y así, sobre las 0,15 horas, ocultó el rostro, penetró en la vivienda donde habitaban Amadora y José, cuando ésta se iba a acostar; encontrándola en el dormitorio, empezó a golpearla en la cara y en la cabeza, al tiempo que profería amenazas contra ella y le decía que se marchara de Rota, continuando después con golpes por el resto del cuerpo. Al finalizar tal actividad violenta, el procesado pensó en aprovechar la ocasión para *tener contacto carnal con la agredida*, por lo que la obligó a que se desnudara y echara en la cama, maniatándola, si bien, al manifestar Amadora que tenía la menstruación, la puso boca abajo y, contra su voluntad, le introdujo el pene por la cavidad anal. Finalmente, antes de abandonar la vivienda, *le arrojó a la cara de forma rápida y repentina un líquido de tipo ácido*, lo que le produjo graves heridas y quemaduras de las que curó a los 200 días, durante los cuales necesitó asistencia facultativa y estuvo impedida para sus ocupaciones habituales 90 días, quedándole como secuela un ectropión de párpado superior e inferior del ojo izquierdo, una pérdida de la agudeza visual de dicho ojo no inferior al 10 % y una cicatriz queloidea en hombro y pie derechos. No consta que el procesado, que había sido condenado con anterioridad por varios delitos contra la propiedad, se apoderada de dinero alguno.

2. La Audiencia de instancia condenó los hechos probados arriba transcritos como sigue. Al procesado Juan como autor de un delito de lesiones graves y de abusos deshonestos a las penas de 10 años y 1 día de prisión mayor por el primer delito y de 4 años, 2 meses y 1 día por el segundo delito, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena. A la procesada Carmen como autora de un delito de lesiones graves a la pena de 2 años de prisión menor con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena. Y a ambos, a indemnizar civilmente a la perjudicada, de forma conjunta y solidaria (por mitades), en una suma de 1.500.000 ptas. El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por los procesados Carmen y Juan.

## II

1. Con una profundidad que desde un principio debe ser aquí resaltada, la presente sentencia del Tribunal Supremo (2) aborda una de las cuestiones que, en referencia a la figura de la inducción, ha

---

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de 24-6-87 (A. 4998, pp. 4788-4790), publicada también en: «La Ley» 14-6-87 y en «Jurisprudencia seleccionada de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». Año 1987, «Boletín de Información del CGPJ», 2 época, año VIII, núm. extraordinario, Madrid, 1988.

ocupado a los juristas desde antiguo (3): la del tratamiento jurídico-penal del «exceso» del inducido. Como es bien sabido, esta problemática se manifiesta en aquellos supuestos en los cuales se produce una «divergencia» entre el hecho al que se instigó y el efectivamente realizado por el autor principal. El presente comentario tiene por objeto el realizar, a propósito de esta sentencia del Tribunal Supremo, una serie de reflexiones sobre alguna de las constelaciones de casos que afectan a la mencionada cuestión. Mas, para ello, analizaremos con carácter *previo* el presupuesto conceptual básico de la inducción: la «provocación» de la «resolución». Así como de uno de sus problemas específicos: la cuestión de la «modificación», por influjo del inductor, de la resolución tomada originalmente por el autor. Puesto que ciertamente, sólo se puede atribuir al inductor *aquella* realización del autor que se «corresponde» tanto subjetiva como objetivamente con la resolución provocada (únicamente en este caso no existirá «exceso» en sentido amplio), constituye un paso previo *necesario* el determinar *este* «referente» con el cual se ha de corresponder la ejecución. Será entonces cuando podremos cuestionar si lo realizado por el autor se puede o no atribuir al inductor. Será entonces cuando podremos afirmar la «congruencia» o «divergencia» entre la representación del inductor y la ejecución del inducido.

2. Son éstos algunos de los puntos que se manifiestan problemáticos durante el «iter» de la figura de la inducción a delicto. En efecto, si analizamos *linealmente* todo el decurso de la inducción consumada, podemos observar que se pueden distinguir, fundamentalmente, dos fases. En la primera, el inductor «provoca» en el inducido por medios psíquicos la «resolución» de cometer un hecho concreto. Y, en la segunda, el autor principal ejecuta un hecho antijurídico en «correspondencia» con dicha resolución. Este doble presupuesto objetivo ha recibido el calificativo de «doble resultado» de la inducción (4),

---

(3) Ya la propia sentencia hace referencia a los mismos en su Fundamento de Derecho primero (A. 4998, p. 4788). Sobre los antecedentes en Derecho romano vid.: MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899, pp. 98 ss.; WEIDENKOPF, *Anstiftung oder Urheberschaft? Eine Betrachtung de lege ferenda*, tesis, Freiburg, 1930, pp. 2-4; sobre los prácticos italianos vid.: WEIDENKOPF, pp. 4-8; ENGELMANN, *Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italische Recht des Mittelalters*, en «Festschrift» (FS) für Binding, II, 1911, pp. 394 ss.; PUPPE, *Der objektive Tatbestand der Anstiftung*, GA 1984, notas 49 y 57.

(4) En estos términos, ampliamente, LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, 1972, pp. 22-24, distingue entre el resultado intermedio de la inducción (resolución), el resultado de la inducción (tentativa o consumación del hecho principal) y resultado final (lesión del bien jurídico); asimismo, entre otros, de forma especialmente clara: FRANK, *Das Strafrecht für das deutsche Reich*, 18. ed. (1931), § 48, II (p. 119); SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. ed. (1984), 10/117 (p. 313); ROXIN, en LK-StGB, 10. ed., § 26, ns. 2 y 8; en España: MIR PUIG, *Derecho penal*. Parte general, 2 ed., 1985, p. 343; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código penal*, Tomo I (1972), p. 847; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, tomo II, 1. ed. (1947), p. 50; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en Derecho penal*, 1982, p. 214;

debiéndose complementar necesariamente en el plano subjetivo por el llamado «doble dolo» (5). Veamos de forma esquemática estas dos fases.

En la primera, el inductor debe provocar en el inducido (6) la resolución de cometer un hecho antijurídico. Constituye un presupuesto conceptual básico de la inducción, el que el hecho principal provocado posea un grado mínimo de concreción que permita «individualizarlo». No es ciertamente necesario que el inductor defina el hecho completamente en todos sus *detalles*. El inductor, como sujeto que interviene en hecho *ajeno*, deja la caracterización concreta del mismo en manos del autor principal, único que tienen «dominio del hecho» (7). Así, en principio, la determinación de detalles concretos de la ejecución como el tiempo, lugar y modalidades de la ejecución, así como la víctima concreta, cuando no poseen relevancia, se dejan al inducido (8). Mas a pesar de que no es necesario que el hecho llegue hasta un tal máximo de concreción, sí, en cambio, existe unanimidad en que debe alcanzar un mínimo exigible. Ni basta con que se instigue a la realización de comportamientos punibles indeterminados (no se puede inducir a infringir «en blanco» el CP), ni incluso a la realización de comportamientos únicamente concretizados por su caracterización legal (p. ej., a cometer, en general, hurtos sin más) (9). En estos casos, no se puede afirmar la relación concreta necesaria entre la conducta del inductor y el hecho principal que permite considerar al inductor como equiparable punitivamente al autor (10). El grado de concreción exigible, se encuentra más bien entre ambos extremos. Así, se puede afirmar que existirá responsabilidad por induc-

---

GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, DP, PG, reimpresión 1. ed. (1987), pp. 519 y ss.; en Italia: SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, Riv. it. dir. proc. pen. 1983 (nuova serie, anno XXVI), p. 1127.

(5) Como es sabido, éste posee dos objetos de referencia: tanto la propia conducta de inducción causante de la resolución como el hecho principal en sus componentes objetivos y subjetivos: vid., por todos, MIR PUIG (nota 4), p. 346; ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 14.

(6) El destinatario debe ser un sujeto «concreto»: por todos, MIR PUIG (nota 4), p. 345 o un círculo de destinatarios individualizable: por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 853, y SCHMIDHÄUSER (nota 4), 10/112 (p. 311).

(7) De no ser así, podría entrar en juego la autoría «mediata» o la coautoría con dominio «funcional», dejando de ser un supuesto de participación en hecho «ajeno» para considerarse de realización de hecho «propio».

(8) Vid., FRANK (nota 4), p. 123; MEZGER, *Tratado de Derecho Penal* (trad. y notas de Rodríguez Muñoz), 1 ed. (1935), p. 330; BAUMANN WEBER, *Strafrecht* (StR), Allgemeiner Teil (AT), p. 563; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, StR, AT 1, 6 ed. (1984), p. 304; ROXIN, en LK-StGB, § 26, ns. 3 y 22; JESCHECK, *Lehrbuch (Lb) des Strafrechts*, AT, 4 ed. (1988), p. 623; MONTENBRUCK, *Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat*, ZStW 84 (1972), p. 323; MIR PUIG (nota 4), p. 344.

(9) Vid., por todos, ROXIN, *Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit der Tat in der Vorstellung des Anstifters* (nota a BGHSt 34, 63), JZ 1976, pp. 908-909.

(10) JAKOBS, StR, AT, 1 ed. (1983), p. 554, en estos supuestos de insuficiente determinación del hecho sostiene, en Alemania, la aplicabilidad del § 111. Quizá cabría hacer lo propio en España, a través de nuestro artículo 4,3.

ción sólo cuando se provoque la resolución de cometer un hecho «concreto-individualizable», cuando se fijen los *rasgos esenciales* que «configuran» el injusto del hecho (11). Esta mínima configuración *debe* permitir reconocer posteriormente la ejecución del autor *como* la realización de la resolución provocada por el inductor. Por supuesto, serán elementos esenciales en esta configuración fáctica aquéllos que desde un punto de vista normativo hacen específicas unas figuras delictivas de otras. No importando, en cambio, que se designe o no *jurídicamente* de forma correcta el hecho provocado (12).

Así, existe unanimidad en que de conseguir el inductor provocar una total resolución en el destinatario, se perfeccionará la primera fase de la inducción. De lo contrario, no —estructuralmente, constituirá *tentativa fracasada* (13) de inducción (el autor es un «non facturus») (14)—. Igualmente, existe unanimidad en que si no se provoca la resolución, pero se «refuerza» la originalmente tomada por el autor, concurrirá *complicidad psíquica*. Ahora bien, ¿qué criterios nos pueden ofrecer la *medida* de la resolución? ¿Cuándo podremos afirmar que el destinatario ya estaba previamente resuelto a cometer

---

(11) En un sentido análogo, cfr.: STRATENWERTH, *StrR*, AT I, 3 ed. (1981), n. 886-888 (p. 247); JAKOBS (nota 10), pp. 553-554; WESSELS, *StrR.*, AT, 16 ed (1986), p. 156; SAMSON, en *SK-StGB AT*, § 26, n. 7; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 301; en cambio, ROXIN, en *LK-StGB*, § 26, n. 9 y § 30, n. 24, y el mismo, *Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung* (§ 30 StGB), JA 1979, pp. 169-172, sostiene un criterio más «abstracto», afirmando que es suficiente con que además del tipo de referencia se fije la «dimensión esencial del injusto», la cual debe constatarse por una interpretación de la conducta del inductor en el contexto de la situación. Posteriormente, este autor ha señalado que esta dimensión se determina tanto por la medida del daño como por la forma de comisión: el mismo (nota 9), pp. 908-909. Ello conduce a que se incluyan bajo el concepto de inducción supuestos como los siguientes. Por ejemplo, el animar a un tercero a que se «costee su sustento por medio de hurtos», siempre que conste la dimensión del montante: el mismo, en *LK-StGB*, § 26, n. 9; o por ejemplo, que se le proponga a un tercero que si necesita dinero debería «“hacerse” un banco o una gasolinera», siempre que conste que el instigador tenía intención de que esto sucediera (dolo de inducción): el mismo (nota 9), pp. 908-909 (sobre esta concepción, vid., en contra, HERZBERG, *Anstiftung zur unbestimmten Haupttat*, BGHS 34, 63, JuS 1987, p. 617 y pp. 617-622). Nuestra jurisprudencia (STS 22-12-1934) exige una representación de los «elementos esenciales del delito», citada según RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 853; el mismo (nota 4), p. 857, exige que estén determinadas las características esenciales; igualmente, RUIZ ANTÓN (nota 4), p. 220.

(12) Vid., MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 301.

(13) Sobre el concepto de «inducción fracasada», vid., MIR PUIG (nota 4), p. 346, inclinandose por su sanción como «proposición». En cambio, otro sector doctrinal defiende la sanción como «provocación», vid., por todos, QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, Tomo I, 1958, p. 394. Y otro sector doctrinal defiende la impunidad: COBO-VIVES, *Derecho Penal*, Parte general, 2, ed. (1987), pp. 499-524. Por otra parte, la opinión predominante exige en estos casos que la intervención haya alcanzado al menos un estadio en el que pudiera ser conocida por el autor; otros, en cambio, exigen que haya sido efectivamente conocida. Cfr. sobre ello D. MEYER, *Nochmals: Der mißverständliche Bestechungsversuch*, JuS 1970, p. 530.

(14) Cfr. HALL, *Über die Teilnahme an Mord und Totschlag. Eine hypothetische Untersuchung*, Festschrift (FS) für Eb. Schmidt, p. 360.

ese mismo hecho? ¿Qué tratamiento jurídico merecen los supuestos en los que el inducido es un «omnimodo vel simul aequo factururus»? (15) (p. ej., un miembro de una banda de malhechores resuelve acabar con la vida de uno de sus enemigos, encargándole el asunto a uno de sus compañeros, sin saber, que éste, ya estaba decidido a liquidar al enemigo común). ¿Y si, pese a que el destinatario estaba resuelto a cometer un hecho determinado, la intervención del instigador de dirige precisamente a la «modificación» de la resolución original? (p. ej., a un sujeto se le propone que colabore en el apoderamiento y con fuerza en las cosas de unos objetos de valor; a pesar de declinar éste la oferta aconseja él a su vez a su proponente que ejecute el hecho violentamente). Como podemos observar, la cuestión de la delimitación conceptual de la figura no está exenta en su primer estadio de complicaciones. Ello no obstante, señalemos ya que éstas se mueven en un espacio común, cual es, como se verá, el del *grado de definición que cabe exigir a la «identidad» de la resolución*.

En una segunda fase, se requiere que el autor principal ejecute un hecho antijurídico en «correspondencia» con dicha resolución. Ciertamente, puesto que la mera producción de una tal resolución no es suficiente para que se dé una inducción «completa» («principio de accesoriadad»), o bien deberá haber producido el inductor la lesión del bien jurídico mediatamente a través del autor —inducción a delito consumado (el autor es un «aeque factururus et aequo faciens») (16)— o bien, por lo menos, deberá haberse dado inicio a la realización de actos ejecutivos —inducción a tentativa de delito (el autor es un «aeque factururus sed minus faciens») (17)—. Ahora bien, ¿qué tratamiento jurídico debe darse a aquellos casos en los que el autor ejecuta un hecho que «cuantitativa» o «cualitativamente» diverge del hecho al que fue inducido? (18) (p. ej., un sujeto instiga a un tercero a que retenga durante un corto lapso de tiempo a uno de sus enemigos; sin embargo, el inducido aumenta considerablemente la privación de libertad de la víctima). Como podemos observar, tampoco este segundo estadio, está exento de complicaciones. Y, no obstante, también aquí podemos encontrar un espacio común en el que se mueve esta problemática, cual es el de *grado de «correspondencia» que tanto «objetiva» como «subjetivamente» debe existir entre la representación del inductor y el hecho ejecutado por el autor*.

Constatados pues los dos puntos centrales de la cuestión, a saber: identidad de la resolución y congruencia de la misma con la ejecución, analicemos tanto uno como otro.

(15) HALL (nota 14), p. 359.

(16) HALL (nota 14), p. 358.

(17) HALL (nota 14), p. 359.

(18) En especial, los de exceso del inducido, los de participación en un delito cualificado por el resultado y los de aberratio ictus y error in objecto del inducido.



## III-1

1. Como ya se ha indicado en la «provocación» de la «resolución» de cometer un hecho antijurídico encuentra distinción de la *inducción* de la *complicidad psíquica*, en la cual la influencia psíquica (elemento común) se limita a reforzar la resolución del autor, sin que, sin embargo, la «provoque» (elemento distintivo). No obstante, partiendo de esta simple nota, en muchos casos, la constatación de este punto diferenciador no es ni mucho menos obvia (19). Por ello se ha hecho necesario el desarrollar con mayor profundidad los criterios de delimitación entre ambas figuras.

2. Así, considerando que ambas parten de un elemento común —influencia psíquica— y teniendo en cuenta la *equiparación punitiva* de la inducción a la autoría ontológica (20), la doctrina ha buscado una primera distinción en la *restricción* cualitativa de los *medios* a través de los cuales la conducta (21) del inductor influye en el inducido. La mayor o menor entidad de la misma conducirá, obviamente, a una comprensión más o menos estricta de la figura. Las opiniones van, *desde* la aceptación de cualquier medio de influencia «intelectual» que pueda activar una resolución (22), *pasando* por variantes más exigentes que presuponen por lo menos la existencia de un «contacto espiritual» (23) a través del que se pretende excluir la adecuación de la mera creación de una mera situación provocadora (24),

---

(19) Y no sólo en estos casos. Como señala HRUSCHKA, *Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe*, JR 1983, p. 178, en ocasiones, el que alguien sea juzgado como coautor, autor mediato, inductor o cómplice psíquico puede ser simplemente una cuestión de azar.

(20) Tanto en España, como en Alemania y en Italia.

(21) En caso de que el medio de inducción utilizado constituya un delito autónomo entrará éste en *concurso ideal*, como acertadamente señala BAUMANN, *Täterschaft und Teilnahme*, JZ 1963, p. 125.

(22) Así, DREHER-TRÖNDLE, StGB, 44 ed. (1988), § 26, n. 3 (p. 168); WIDMAIER, *Der mißverständliche Bestechungsversuch*, JuS 1970, pp. 241-2; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 53; SAMSON, en SK-StGB AT, 4 ed. (1986), § 26, n. 5; LACKNER, StGB, 17, ed. (1987), § 26, n. 2 (p. 169); BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 329.

(23) Exigen influencia «psíquica»: SCH/SCH-CRAMER, 23 ed. (1988), § 26, n. 7 (p. 391); STRATENWERTH (nota 11), n. 881 (p. 246); igualmente, la doctrina dominante española: cfr., por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), pp. 846 y 849 ss.; a ello añade MIR PUIG (nota 4), p. 344, en un plano normativo, que el influjo debe poseer una intensidad «adecuada» para fundar la «imputación objetiva»; exigen influencia «espiritual»: WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed. (1969), p. 116; JESCHECK (nota 8), p. 622; ROXIN en LK-StGB, § 26, n. 12; JAKOBS (nota 10), pp. 551-552; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 301; RUIZ ANTÓN (nota 4), p. 217; exige una «proposición de comportamiento»: SCHMIDHÄUSER (nota 4), 10/110-111 y 10/113 (pp. 310-311); en la línea de estas corrientes restrictivas: RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, PG (1988), p. 810.

(24) En efecto, se discute intensamente si estas situaciones deben ser abarcadas por el concepto de inducción (p. ej.: incitar a que el marido celoso vuelva a casa antes de lo previsto donde encontrará a su mujer con el amante...). Están en contra de afirmar la responsabilidad por inducción en estos casos basándose en una interpreta-

hasta las que a ello añaden, el que este contacto espiritual permita comprender al destinatario que conduce finalmente al hecho (25).

Lo cierto es que debe partirse de una comprensión del concepto de inducción que respete tanto las realidades «psíquico-comunicativas» como «normativas» de la figura (26). Las *normativas* obligan a sostener un concepto de inducción que cumpla, por un lado, con que desde un punto de vista «valorativo-punitivo» la inducción se equipara a la autoría, sin que sea, en sus características, reconducible a la misma. Ello implica que deberá quedar excluida cualquier concepción de la inducción que se interfiera con ella, debiéndose delimitar claramente sobre todo de la autoría mediata (27) y de la coautoría (28). Y obliga, por otro lado, a que la inducción «deje» espacio a la complejidad psíquica. Las *psíquico-comunicativas* exigen que se adopte un modelo que respete las realidades de la comunicación cotidiana. En ella, el influjo motivador se incorpora en un mensaje comunicativo apto para ocasionar psíquicamente la prevalencia de la voluntad del sujeto en favor del delito (formación de la voluntad). Ello necesariamente debe tener lugar en un contexto comunicativo. Respetando el «medio» a través del cual debe transmitirse la inducción y, sobre todo, valorando la equiparación punitiva de la inducción con la autoría, debe adoptarse un modelo en la línea de las corrientes restrictivas. Así, este «influjo psíquico» que provoca la resolución, debe entenderse como un influjo «comunicativo» «configurador» de una resolución ajena (29).

---

ción restrictiva de los medios de influencia psíquicos: CRAMER, ROXIN, MAURACH-GÖSEL-ZIPF, JESCHECK, SCHMIDHÄUSER, STRATENWERTH (todos, nota 23), ROGALL, *Die verschiedenen Formen des veranlassens fremder Straftaten*, GA 1979, p. 12; OTTO, *Anstiftung und Beihilfe*, JuS 1982, p. 560; igual en los resultados, PUPPE (nota 3), p. 114, pues si bien niega que la vía de la restricción de los medios sea adecuada, desde su modelo particular tampoco acepta el que exista inducción al exigir un «pacto de injusto»; D. MEYER (nota 13), p. 530, excluye el que baste la mera creación de situaciones provocantes, pues para él la inducción exige una cooperación colusiva entre los comunicantes (acepta también los actos concluyentes). Para él, el argumento de la postura contraria consistente en afirmar que de esta forma escaparía al Derecho penal las formas más refinadas de inducción (vid. los autores citados *in fine*) no es fundamentado, puesto que el StGB no conoce un instituto penal de incitación de hechos punibles (p. 530-531). En contra de las restricciones: SAMSON, SK-StGB AT, § 27, n. 5, entiende que las vías restrictivas no tienen razón de ser, afirmando que la particularidad de estos casos radica en que son supuestos de «riesgo permitido»; DREHER-TRÖNDLE, LACKNER, HERZBERG, WIDMAIER (todos, nota 22).

(25) Cfr. D. MEYER (nota 13), p. 529; OTTO (nota 24), p. 560, mostrándose partidario de las posturas restrictivas, exige un comportamiento que incida influyendo «directamente» en la voluntad del inducido.

(26) Así lo ha puesto de manifiesto ROXIN, *Über der Tatentschluß*, en «*Gedächtnisschrift für Horst Schröder*», 1978, pp. 154, 159 y 163.

(27) Indican, entre otros, acertadamente estos límites: ESER, *Juristischer Studienbuch*, Strafrecht, II, 3 ed (1980), p. 186; JAKOBS (nota 10), p. 552.

(28) Así, JESCHECK (nota 8), pp. 621-622.

(29) Ello se corresponde con el artículo 14.2 del Código penal que habla de «inducir (configurar una resolución ajena) directamente».

3. La cuestión de la clase de *relación* entre conducta instigadora y resolución que presupone la mencionada «provocación» (30) (¿Una relación causal según las leyes físicas, psíquicas, de incremento del riesgo?), es contestada, generalmente, afirmando que entre el influjo psíquico del inductor y la resolución delictiva tomada por el autor del hecho principal debe existir una necesaria relación de «causalidad», añadiendo algunos que es suficiente la «co-causalidad» (31) (32), u otros que, como es norma general en los delitos de resultado, ello debe complementarse con la relación de «imputación objetiva» (33). Quizá porque la cuestión es extremadamente complicada (34), la doctrina pasa por encima de ella como sobre ascuas, como ha puesto

---

(30) Al contrario que en la participación con contribución *fáctica*, son muy pocos los que se ocupan *ampliamente* de este problema en la inducción o en la complicidad psíquica.

(31) Habitualmente se exige que la intervención del inductor haya sido causal, basando asimismo la co-causalidad; cfr., sobre ello DALLINGER, *Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, MDR, 1970, p. 730; SCHULZ, *Anstiftung oder Beihilfe*, JZ 1986, p. 933; JAKOBS (nota 10), p. 552; ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 2; LETZGUS (nota 4), p. 32, habla de relación de causalidad sin hacer mención a qué naturaleza tiene ésta; SCH/SCH-CRAMER, § 26, n. 4, de que el influjo del inductor no tiene necesariamente que haber sido la única causa; STRATENWERTH (nota 11), n. 882 (p. 246), indica que el influjo del inductor debe haber sido una condición necesaria de la resolución, aunque no siempre la única; MIR PUIG (nota 4), p. 343, exige que la actuación del inductor sea «condicio sine qua non» de la resolución; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), señala que el TS (STS 4-10-68) no exige que la conducta del instigador sea la determinante «exclusiva» de la resolución; RODRÍGUEZ DEVESA (nota 23), p. 810, indica que la relación es de motivación y no una genuina relación de causalidad; la sentencia del Tribunal Supremo 30-12-1980, A. 5073, p. 4095 (caso Atocha), exige un «casualidad psíquicamente adecuada».

(32) En relación con la complicidad psíquica, especialmente, vid.: SAMSON, en SK-StGB AT, § 27, ns. 5-7; el mismo, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, 1972, pp. 189 ss.; STRATENWERTH (nota 11), n. 899 (p. 249-250); ROXIN, en LK-StGB, § 27, ns. 10-13; señala que debe concurrir una relación de causalidad entre el influjo psíquico y el resultado (n. 10). Esta, afirma, se da sin demasiados problemas en los llamados «consejos técnicos» que se traducen en una modificación de la ejecución (n. 11). Sin embargo, plantea más dificultades cuando sólo consiste en un «reforzamiento» de la resolución. En la medida de que ese reforzamiento conduce a una «intensificación» de la acción típica es ciertamente también aquí la causalidad inequívoca. Por ejemplo, cuando durante una agresión los gritos alentadores de los circundantes traen como consecuencia que el autor se emplee con más ímpetu o duración sobre la víctima, concurre un caso claro de complicidad psíquica. No se deberá exigir siempre, sin embargo, una modificación de la «imagen del hecho externo», sino que se podrá afirmar también la causalidad allí donde el influjo psíquico únicamente «estabilice» la resolución de forma probable, a través de apartar reparos o suministrar nuevos motivos. Puesto que en estos casos la resolución ha sido conformada en su realidad psíquica concreta y potencia en forma de riesgo incrementado. La cooperación es *mediatamente* para el resultado causal en tanto (co-)causa la resolución: *causa causae est causa causati* (n. 13).

(33) Expresamente, MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 300; MIR PUIG (nota 4), p. 344.

(34) PUPPE (nota 34), pp. 103 y ss., hace referencias a la doctrina de la interrupción del nexo causal. Esta doctrina, representada sobre todo por los hegelianos, discutía la posibilidad de una causación de la resolución apelando a la libertad de voluntad del decidente. Vid., igualmente, p. ej., las referencias al problema en MEZGER (nota 8), p. 326, nota 12 (negando la teoría de la ruptura del nexo de causalidad, con ulterior-

de manifiesto recientemente *Puppe* (35). Esta autora se opone a la línea clásica (36), objetando que las restricciones de la figura basadas en una limitación cualitativa de los medios son inadecuadas. Y ante todo, afirmando que la relación entre conducta de inducción y dolo del autor, en la cual se basa la imputación, no puede ser: ni la causalidad, ni el incremento del riesgo (37), sino que más bien se sitúa en el ámbito de la causalidad «psíquica» (38). Sostiene que la influencia psíquica de un tercero es experimentada por el inducido como el «despertar» un motivo de actuar que aceptamos como razón de nuestra resolución, no como una ley causal que nos constriñe a actuar, sino como una especie de causa «eficaz» (39). Puesto que esta relación, afirma la autora, es incluso más débil que la de la complicidad con el resultado, requiere la equiparación punitiva del inductor al autor el agregar elementos adicionales a la figura de la inducción análogos a los que se han desarrollado para equiparar la coautoría a la autoría. Esta exigencia reside en un plan global del hecho (una comunidad del plan global entre autor e inductor), a cuya ejecución se compromete el autor frente al inductor. El inductor no sólo debe

---

res referencias bibliográficas) y LETZGUS (nota 4), p. 34 en nota 64 [señalando que antiguamente se negó esta relación de causalidad por la exaltación de la libertad de voluntad del destinatario (citando a BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 391, nota 2)].

(35) PUPPE (nota 3), indica que normalmente en este ámbito la dirección clásica utiliza la expresión «provocación» de la resolución («Hervorrufen des Tatentschlusses») sin aclarar si con ello se alude a una relación de causalidad, a una relación de causalidad presupuesta de la imputación objetiva o a otro tipo de relación. Para ella, sólo los defensores de la no limitación de los medios hablan expresamente de causación de la resolución. Ciertamente, es correcta la primera apreciación, sobre todo en su espíritu, sin embargo, en cuanto a la segunda; cfr., *supra* notas 29-32.

(36) Entiéndase por ella, aquella que sostiene que la «inducción» presupone conceptualmente en su primera fase el provocar una resolución ajena.

(37) Esta teoría presenta, según PUPPE (nota 3), p. 106, la ventaja de que no excluye la libertad de resolución del autor principal, pero presenta dificultades en gran medida puesto que los pronósticos de probabilidad de producción de un resultado sólo poseen una cierta objetividad cuando son incluidos todos los factores relevantes [PUPPE, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit*, ZStW 95 (1983), pp. 286-7], de lo contrario, se puede llegar a pronósticos contradictorios. En estos casos, están tan unidos al factor «personal» del sujeto que son irreproducibles, lo cual produce dificultades para formular reglas de experiencia sobre la probabilidad del comportamiento futuro; en definitiva, que éste es incalculable.

(38) PUPPE (nota 3), p. 108. Para la autora no sólo es honrado y sincero, sino también fructífero el renunciar al modelo de la causalidad en la inducción e intentar desarrollar una específica relación de provocación psíquica de la mano de la experiencia directa. La legitimación de este método resulta de la propia Ley (parágrafo 26 del StGB) que no habla de «causación» de la resolución, sino de «determinación» al hecho. Además señala que la argumentación de BERNSMANN (cfr. BERNSMANN, *Zum Verhältnis von wissenschaftstheorie und Recht. Überlegungen zur sog. «psychischen kausalität» im Strafrecht*, ARSP 68 (1982), pp. 536-555), que propone una descripción de la causación psíquica que se puede reconducir a un silogismo aristotélico, es por lo menos una argumentación circular (PUPPE [nota 3], nota 34).

(39) PUPPE (nota 3), p. 122.

procurar alguna motización al autor, sino el motivo de cumplir el «pacto de injusto» acordado con él mismo (40).

Desde luego, las indicaciones de *Puppe*, en materia de causalidad «psíquica» merecen consideración. Ahora bien, el que *deban* ser salvadas con su modelo del «pacto de injusto» (41) parece como mínimo discutible. Este modelo, posee fuerza de convicción en cuanto «imagen», sobre todo si pensamos en el supuesto prototípico de inducción (asesino a sueldo) —que no es sin embargo el único—, más no en su *fundamento* ni en sus *consecuencias*. Ciertamente, en la línea clásica, es problemática la constatación de la causalidad psíquica entre conducta de inducción-resolución-ejecución (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico). Ahora bien, el complementarla basándonos en un tal pacto no representa ventaja alguna. En efecto, *o bien*, soslayando los problemas de causalidad, afirmamos que un tal pacto fundamenta la responsabilidad del inductor con independencia de cualquier otro factor —ello conduce a una infracción del fundamento objetivo del injusto de la inducción (sería un concepto formal), lo cual no parece que se corresponda con tal concepción—, *o bien*, surgiendo de nuevo también en este sistema los problemas. En efecto, supongamos que se llega a un tal pacto con un «omnimodo facturatus». Según su teoría, existirá aquí responsabilidad por inducción, con independencia de si el sujeto estaba o no resuelto con anterioridad, siempre que se llegue a un pacto que durante la ejecución  *motive o co-motive* en virtud del compromiso asumido. Lo cual nos conducirá *de nuevo* a tener que constatar la tan problemática causalidad psíquica, no como antes entre influencia psíquica-resolución-ejecución, sino ahora entre pacto-motivo-ejecución (42). Pero es que además es-

(40) PUPPE (nota 3), *passim*.

(41) Este modelo del «pacto de injusto» («Unrechtspakt»), al que la autora encuentra antecedentes en los prácticos italianos, parece la conjunción de una de las derivaciones de D. MEYER (vid., *infra in fine*) más el principio de «imputación recíproca» (ya D. MEYER, *Das Erfordernis der Kollusion bei der Anstiftung*, tesis, Hamburgo, 1973, pp. 98-99, exigía para la inducción una cooperación en perjuicio de tercero que *podía* presentar una especie de «contacto de injusto» («Unrechtsvertrag»).

(42) Veámoslo con un ejemplo. «A» hace saber a su novio que como consecuencia de sus relaciones ha quedado embarazada y que está firmemente decidida a abortar, mostrando éste su conformidad y acordando y planificando ambos el hecho. Según la doctrina absolutamente dominante, en este caso existiría complicidad psíquica en tanto la realización material del hecho por la mujer de común acuerdo con el novio hubiera «reforzado» la resolución de la novia. En cambio según su teoría existe inducción, pues no importa la existencia previa de una resolución sino la existencia de un pacto que motive o con motive durante la ejecución (!!) ¿Dónde está el carácter restringido de este modelo que acerca la inducción a la coautoría? ¿En hacer responder en casos de complicidad psíquica por inducción? Como no se desprende del texto la entidad de tal motivación, podría oponer la autora que no basta con que la existencia del acuerdo refuerce la resolución durante la ejecución, sino que es necesario que el cumplimiento del pacto sea el único motivo de actuar, sea «el» motivo. Ello implica demostrar que la existencia del pacto con independencia de la anterior resolución es «la» *causa psíquica* de la ejecución (ella evita estos términos utilizando siempre la palabra «motivar»). De nuevo aparecen pues los problemas de causalidad.

ta exigencia de «motivación» durante la ejecución no es demasiado expresiva del necesario fundamento objetivo de la punición de la inducción. No se basa ésta en que se proporcionen motivos de ejecución, sino en que a través de ello se incrementa «mediatamente» el peligro objetivo para un bien jurídico. Esto no se respeta por la concepción de *Puppe*, pues trata igual al que influye psíquicamente en un sujeto resuelto (objeto inidóneo) que al que consigue originar una resolución criminal en un tercero. A todo ello hay que añadir, asimismo, que este modelo presentaría dificultades en nuestro *Derecho vigente* (43) y que genera *consecuencias intrasistemáticas* en materia de desviaciones (44) poco aceptables, pues amplía en demasía, en la forma en que es entendido por su creadora, el ámbito de lo atribuible al inductor. Así pues, como plantea más problemas de los que soluciona, el modelo del pacto de injusto debe ser aquí rechazado, sin que ello signifique negar que en algunos supuestos de inducción pueda darse una cierta «coordinación» entre inductor e inducido.

Desde luego, esta relación es mucho más *problemática* (45) que la relación de causalidad regida por leyes físicas pues aquí no se da una intervención en el mundo exterior «sujeto-objeto», sino «sujeto-sujeto». Sin embargo, de momento, no queda otro camino que seguir soportando el peso de esta dudosa y poco constable causalidad «psíquica» (46). Algo completamente distinto es el que en la valorización por el Derecho de estas relaciones, no deba éste buscar, en lo posible, criterios de objetivización. Algunos serán «extrajurídicos», aunque ciertamente puedan afectar a la imputación. Ello derivará de que necesariamente cualquier forma de influencia psíquica «intersubjetiva» estará naturalmente mediatizada por el uso de medios comunicativos, lo cual impondrá ciertos límites «normativo-lingüísticos» (47). Y, otros, esencialmente *jurídicos*. Así, deberá complementarse esta problemática relación con la exigencia normativa de que la conducta del inductor cree un «riesgo» típico «mediato» de lesión de un bien jurídico-

---

(43) En efecto, en nuestro Derecho conduciría a sancionar todos los casos de conspiración en los cuales uno de los conspirantes ejecutase posteriormente el hecho como supuestos de inducción.

(44) Así, en materia de exceso, participación en delitos cualificados por el resultado, error in objeto y aberratio ictus... Si a este modelo que exige objetivamente un «pacto de injusto» le sumamos el que la autora defiende la solución del dolo «genérico» (en materia de desviaciones), resulta que se ve ampliada en demasía la responsabilidad (cfr. sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *Aberratio ictus e imputacion objetiva*, ADPCP 1984, pp. 352 y ss.).

(45) Sin embargo, el Derecho no puede soslayar el tener que habérselas con relaciones de este tipo (otra cosa es que no sea necesario delimitarlas normativamente), como ocurre por ejemplo en el delito de estafa: «cometen estafa los que... utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición...», o, por ejemplo, en el delito de amenazas, la autoría mediata...

(46) En este punto serán de utilidad las *reglas y leyes psíquicas* conocidas por la experiencia cotidiana y por la Ciencia.

(47) Vid., también *infra*. IV, 6.

penal, que se haga «virtual» por la asunción y ejecución «congruente» de la resolución por el destinatario (inducción completa) (48). Todo ello, además de proporcionar un marco objetivo con el cual se deberá «corresponder» la conducta posterior del autor (49), es, asimismo, consecuencia necesaria del fundamento de la punibilidad de la participación. No se nos escapa lo problemático que resultará el hacer «calculables» y «objetivizables» los *pronósticos de probabilidad*, al estar, en esta materia, mediatizados por el «factor humano», pero le será más útil al Derecho una cierta calculabilidad que el vacío. Así pues, aun reconociendo que esta relación es problemática, la cuestión seguirá siendo, ¿ha provocado el inductor la resolución del inducido?

4. Veamos, pues, *cuándo* podremos afirmar que un sujeto se ha formado la «resolución» de cometer un hecho. También aquí se evitan habitualmente planteamientos generales. Lo normal es que en este punto los autores se limiten a dar algunas reglas prácticas o máximas formales de resolución de ciertos «topoi», que aunque bien puedan ser ciertas no son de forma general suficientemente justificadas. Así, se afirma, por un lado, que no puede inducir (producir la resolución delictiva) al «*omnimodo facturus*», puesto que como éste, por definición, ya está previa y definitivamente resuelto a la comisión del hecho, constituye un objeto idóneo (50). Y, que por el contrario, son objetos idóneos, que cabe la responsabilidad por inducción, en los supuestos siguientes: A) En aquellos en los que el sujeto manifiesta una *predisposición* o propensión a cometer delitos de cierta clase o una *tendencia* o inclinación a la realización de hechos determinados (51), siempre, para algunos, que se le induzca a un hecho «concreto» (52) o, para otros, que se cause en el no resuelto a un hecho concreto una resolución «firme» (53) o «definitiva» (54) o, para otros,

(48) Que el riesgo objetivo para el bien jurídico sólo sea virtual con su asunción por el destinatario es la razón de que sólo se castigue la inducción completa.

(49) Vid., *infra* IV.

(50) Vid., p. ej., MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 302; MIR PUIG (nota 4), p. 343; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (nota 13), p. 524; RUIZ ANTÓN (nota 4), pp. 214-215; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 848; RODRÍGUEZ DEVESA (nota 23), p. 811; GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), p. 522; SEMINARA (nota 4), p. 1128 y nota 19. En estos casos concurrirá o tentativa de inducción o complicidad psíquica en caso de que se refuerce la resolución; así, ESER (nota 27), p. 187; STRATENWERTH (nota 11), p. 246; JESCHECK (nota 8), pp. 623-624; ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 2; WELZEL (nota 23), p. 116; JAKOBS (nota 10), p. 552; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 302-303; BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 559; FRANK (nota 4), p. 119; WESSELS (nota 11), p. 159 y pp. 161-162; CRAMER, en Sch/Sch, § 26, n. 5 (p. 390); LETZGUS (nota 4), p. 32.

(51) RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 848, indica que la STS 4-10-34 considera irrelevante que «el ánimo del ejecutor del delito se halle predispuesto a lo que se conierta o sea en absoluto ajeno a ello».

(52) En este sentido, p. ej., SAMSON, en SK-StGB AT, § 26 n. 3.

(53) Así, ROXIN en LK-StGB, § 26, n. 2; mucho más ampliamente sobre esta problemática en (nota 26), pp. 145-166.

(54) En este sentido, DALLINGER, *Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, MDR 1972, p. 569.

que «se deba» al influjo de la resolución tomada (55), puesto que la influencia del inductor debe haber sido necesaria, mas no siempre la única condición de la resolución (56). B) En aquéllos en los que el sujeto se encuentra en una situación de *vacilación* o titubeo, siempre que se le dé el «último impulso» (57) a la resolución, o que se le produzca una resolución «firme» (58). C) en aquéllos en los que el inducido hace depender la realización del hecho de una *satisfacción* económica, incluso en el caso de que sea él mismo el que se ofrezca, siempre que ésta se produzca (59).

Roxin ha intentado últimamente dar un *criterio general* que sirva para resolver todos los casos en los que es dudosa la existencia o no de una resolución, y que a la vez sirva para delimitar la complicidad psíquica de la inducción. Así, entiende, que existe una resolución allí donde los motivos que empujan al delito son preponderantes a las representaciones inhibitorias, allí donde la voluntad de realización ha conseguido la *preponderancia* (60). Esta comprensión del concepto de resolución es para su creador, no sólo exigida desde un punto de vista normativo, sino también la más sustentable en la aplicación práctica porque se corresponde con las realidades psíquicas y con el contexto general del lenguaje. Sin embargo, también frente a ello, y frente a la línea clásica, formula Puppe diversas objeciones. Estas se centran básicamente en señalar que además de ser dudoso y difícilmente perceptible el qué deba entenderse por una tal resolución, ésta no tendría validez alguna hasta el inicio de la ejecución, instante en el cual encontraría su momento *constituyente* (61). Por el contrario,

(55) Así, STRATENWERTH (nota 11), p. 246.

(56) Así, STRATENWERTH (nota 11), p. 246. MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 302.

(57) Así, DALLINGER, *Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, MDR 1957, p. 395, habla de que se dé el «último impulso» a que se tome la resolución (p. 395); en cambio, si se refuerza la resolución existente, pero no completamente firme, apartando los últimos reparos o inhibiciones concurrirá una mera complicidad psíquica (p. 396); MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 302, habla de que se le produzca «el último impulso a la formación y realización de la resolución»; ESER (nota 27), p. 186, habla del «último y decisivo impulso».

(58) Así, ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 2.

(59) Así, CRAMER, en SCH/SCH, StGB, § 26, n. 5 (p. 390).

(60) ROXIN (nota 26), p. 159. De él se deriva que si se determina a alguien que *ha tomado en consideración* la posibilidad de cometer un hecho, pero que aún tiene vacilaciones ponderantes en contra, existe inducción; en caso contrario, complicidad psíquica (p. 161). De esta manera resuelve los casos conocidos como de «*reforzamiento de la resolución*». Si el sujeto dice: «no me puedo decidir», existe inducción si alguien procura la preponderancia de las tendencias favorables al delito en la psique del autor a través de su sugestión; si en cambio dice: «estoy 90 % decidido», entonces complicidad psíquica (pp. 160-161). Los casos en los que la *necesidad y factibilidad del hecho* dependen de *condiciones externas* se resuelven análogamente, esto es, si el autor estaba preponderantemente decidido a la comisión del hecho en caso de que se produjeran esas circunstancias, entonces existe resolución (p. 166); sobre esta cuestión, en el ámbito de la tentativa, vid., ampliándose, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, 1986, pp. 95 ss., sobre todo pp. 110-112.

(61) PUPPE (nota 3), pp. 117-118, señalando que como muestra la teoría de la tentativa y del dolo la resolución sólo se constituye con el inicio de los actos ejecutivos.



a su modo de ver, desde su modelo que fundamenta la responsabilidad en un «pacto de injusto», esta problemática, cuando no se elimina, se reduce considerablemente. Siendo así que todo influjo psíquico orientado a modificar el plan del autor que no suponga un «convenio» con el mismo, deberá tratarse como complicidad psíquica (62), *careciendo* de importancia el que el autor, antes del pacto, *hubiera o no tomado la resolución* de cometer el hecho (63). Ciertamente, no hay nada que objetar a que la resolución sólo alcance su momento constituyente con el inicio de la fase ejecutiva, mas ello no implica que no se haya provocado con anterioridad una resolución, sino que únicamente obligará a que se exija que la resolución ejecutada (la que se «constituye») sea la *misma* que aquella que provocó el inductor (64). De no ser así, no se podrá atribuir el hecho al inductor por falta de relación de causalidad (psíquica). Por otra parte, entendemos que el influjo en la inducción «fundamenta» su injusto antes de la realización de los actos ejecutivos aunque éstos sean necesarios para su «punibilidad» (principio de accesoriadad) (65). Ciertamente, la «tentativa acabada» de inducción se alcanza con la provocación de la resolución, a partir de ese momento es irrelevante el que el sujeto siga o no queriendo la realización del hecho, como lo demuestra el que un posible «desistimiento voluntario» debería ser necesariamente «activo».

Deberá, pues, seguir siendo válido el criterio según el cual la complicidad psíquica y la inducción se distinguen básicamente por la provocación de una resolución, siendo de utilidad, para constatar la concurrencia o no de la misma, el criterio de la «preponderancia» de *Roxin*, al que entendemos se le puede encontrar un antecedente en

---

(62) PUPPE (nota 3), p. 116.

(63) PUPPE (nota 3), p. 119. Añadiendo que lo único decisivo es que en el momento de la ejecución el motivo conduzca a la resolución de cumplir el convenio con el inductor. No existe inducción, sino complicidad psíquica, mientras no concurra un compromiso derivado del pacto de injusto que motive o con motive en el momento de la ejecución (p. 118).

(64) Esta exigencia es la que excluye la consideración de la inducción en supuestos como los llamados de «cambio de dolo»: se le provoca una resolución al autor principal, pero éste durante la ejecución toma una nueva resolución, de la que «trae causa» el peligro creado. O, igualmente, la de aquellos supuestos en los que también se provoca una resolución, pero antes de la ejecución del hecho el autor se forma autónomamente una nueva. Este último supuesto es denominado por LETZGUS (nota 4), p. 34, inducción «ineficaz» quedando para él excluida la relación de causalidad entre el «resultado intermedio» (resolución) y el «resultado de la inducción» (hecho principal).

(65) Es durante la fase de provocación de la resolución cuando el sujeto, además de influir dolosamente en el inducido, debe «prever» los rasgos esenciales que configuran el hecho futuro (doble dolo). No afirmamos pues que el hecho principal no deba ser abarcado por el dolo a modo de «condición objetiva de punibilidad» (cfr. sobre ello, QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal, Parte general*, 1986, p. 546), al contrario, durante toda la fase de «tentativa inacabada» ello deberá ser así, sino que entendemos que una vez alcanzada la fase de «tentativa acabada» ello ya será irrelevante por constituir únicamente un dolo «subsequens».

*Dallinger* (66). Así, respetando los presupuestos y límites que ya hemos señalado, consideramos válido lo siguiente: A) El influjo psíquico al propenso, dubitativo, o al que hace depender el hecho de factores externos condicionantes, se valorará como *complicidad psíquica* si el autor ya se había formado «preponderantemente» la resolución de cometer el hecho, autónoma o espontáneamente, consistiendo la influencia en «completar» el hecho, en apartar las últimas dudas o reparos, etc... (67). Por el contrario, se valorará como inducción, si el influjo decanta la resolución (procura la preponderancia), si configura comunicativamente una resolución ajena. B) El sujeto que se ha formado la resolución de cometer un hecho concreto —«omnimodo facturus»—, no puede ser inducido. En estos casos, conceptualmente, concurrirá *tentativa inidónea* de inducción o, en su caso, *complicidad psíquica* si el influjo «intensifica» o «estabiliza» la resolución sin modificarla (vid. *infra* III-2).

### III-2

1. Así, pues, debe seguir siendo válida la *máxima* que afirma que el «omnimodo facturus», puesto que ya está resuelto al hecho concreto, no puede ser inducido. Como resulta de todo lo hasta ahora desarrollado, existirá inducción cuando se provoque de la forma descrita una resolución en el destinatario. Sin embargo, como hemos visto, no puede ser ésta entendida como producción de la resolución de cometer un hecho determinado en todos sus detalles, puesto que el límite normativo que impone la necesidad de que exista la complicidad psíquica exige que se pueda «completar» un plan abierto o «modificar» en el mismo ciertos detalles, siempre que éstos no afecten a la «identidad» de la resolución (68). Ahora bien, ¿cuándo podremos afirmar que no se ha alterado la identidad de la resolución? ¿Con qué *medida* valoraremos cualquier ulterior influjo en el autor que conduzca a una *modificación de hecho* al que originalmente se refería esa resolución?. Y, según ella, ¿qué *tratamiento jurídico* merecerá la modificación en cada caso?

2. La cuestión de en qué medida la modificación de la resolución altera su «identidad» admite un tratamiento fenomenológico y/o nor-

(66) En efecto, vid. *supra* nota 57.

(67) En cambio no son suficientes simples aceptaciones o manifestaciones de solidaridad que no influyen ni en la intensidad ni en la firmeza de una resolución ya tomada: ROXIN, en LK-StGB, § 27, n. 11.

(68) Si se parte de que el influjo psíquico en la inducción debe producir un hecho individualizado en todos sus detalles, no existirá espacio alguno en el que el influjo psíquico constitutivo de complicidad psíquica pueda aportar algo al hecho futuro. En este sentido, vid. SCHULZ (nota 31), p. 934.

mativo (69). Ello dependerá de la mayor o menor importancia que se atribuya para la determinación de la resolución a los factores relevantes para la subsunción. Aunque ambos puntos de partida han sido sostenidos, el segundo ha sido el que ha encontrado mayor eco en la doctrina. Esta presenta dos direcciones básicas. Una busca los límites de la identidad considerando como un todo unitario a la resolución resultante de la modificación: comprensión «sintética» de la resolución. Otra, en cambio, parte del principio opuesto, entendiendo que en la resolución provocada se puede distinguir dos partes, la preexistente al influjo del inductor atribuible al autor —resolución original— y la conformada por su influencia: comprensión «analítica» de la resolución (70).

3. La primera de las direcciones predominantemente normativas, esto es, aquélla que busca la respuesta a la cuestión de la identidad en criterios orientados a *diferencias de injusto cualitativas*, partiendo de una *concepción «sintética» de la resolución* modificada, sostiene que en estos casos se deberá responder por inducción respecto al *hecho completo* más grave originado por la modificación (71). Ello se justifica, en una primera formulación, en que en estos supuestos se provoca una «relevante elevación del injusto del hecho» (*fórmula de*

---

(69) No es ésta la postura de PUPPE, que como hechos visto considera aparente tanto la figura del «omnimodo facturus» como la problemática de la modificación de la resolución, pues, desde su modelo particular, la línea dogmática que parte de la «provocación de la resolución» en la conceptualización de la inducción, es inadecuada. Para la autora cualquier tipo de influjo psíquico que no suponga un «convenio» con el autor deberá considerarse complicidad psíquica, «con ello se liquida ya en parte el harto discutido problema del consejero que aconseja o desaconseja una forma calificada de ejecución del hecho» (nota 3), p. 116; cfr., asimismo, *supra*. Sin embargo, no siempre ha sustentado esta opinión; precisamente en trabajos anteriores había sostenido una solución para los supuestos de «modificación», que podría encuadrarse en las que posteriormente estudiaremos bajo la denominación de «comprensiones analíticas», para evitar las «manipulaciones» de la relación de causalidad que pueden derivar de las «comprensiones sintéticas», *la autora*, en *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, ZStW 92 (1980), pp. 885-887, sobre todo, p. 887 y notas 37 y 38.

(70) Indican la posibilidad de estas dos corrientes: LACKNER, StGB, § 26, n. 2 (p. 170), y, SCHULZ (nota 31), p. 935. Sin embargo, este último autor partiendo de un modelo de inducción basado en la concurrencia o no de «dominio del plan» (en la fase preparatoria), a su juicio, todo depende de quién crea o ha creado la «unidad de sentido delictiva». En caso de que haya sido el autor, entonces al que modifica la resolución únicamente se le podrá considerar cómplice psíquico. Por el contrario, si ha sido el inductor, entonces en los casos de modificación se responderá por inducción (este autor considera «omnimodo facturus» a aquél que posee la unidad de sentido delictiva) (p. 938). Sin embargo, este criterio puramente fenomenológico es sometido por el autor a tales restricciones normativas, que conducen la problemática, a mi modo de ver, de nuevo a los cauces tradicionales cfr., sobre ello, p. 939.

(71) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 302; STREE, *Bestimmung eines Tatentschlusses zur Tatänderung*, Ernst Heinitz-FS, p. 293; OTTO (nota 24), p. 561; BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 559; orientándose ampliamente en Stree, ROXIN, en LK. § 26, n. 6; el mismo, *Entscheidungssammlung für junge Juristen*. Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2 ed., 1984, p. 234 (caso 79: nota a la BGHSt 19, 339-342); RUIZ ANTÓN (nota 4), p. 216, aunque señala que no se pueden ofrecer soluciones globales, parece que se decanta por esta postura.

*Maurach*) (72). A esta fórmula se le ha objetado que no explica suficientemente por qué debe responder el sujeto por el hecho completo cuando sólo le es atribuible una parte del mismo. Y que no permite la clasificación valorativa de los diferentes supuestos posibles (73). Así, señala *Stree*, puede suceder que un incremento de injusto de «quantum» escasamente relevante genere la presencia de una cualificación típica (p. ej., el aconsejar que se retrase unas horas la liberación de un detenido ilegalmente), en cuyo caso, pese a la cualificación legal, no se podría hablar de una «relevante» elevación de injusto. Por ello, entiende él que la justificación de la responsabilidad por inducción por el hecho completo se encuentra más bien en que la *presencia de la circunstancia cualificante* imprime al nuevo hecho un *carácter especial de injusto* («acuña» específicamente el injusto del hecho). Ello excluye que se pueda afirmar una relación de identidad parcial entre el hecho resultante de la modificación y el original. Lo mismo ocurrirá, cuando la modificación haga entrar en juego un tipo autónomo. En ambos casos, a causa de la modificación, el nuevo hecho experimentará una profunda «transformación», que impedirá que podamos ver, p. ej., al robo como la suma de hurto y coacciones. Así pues, para *Stree*, lo decisivo será únicamente que la modificación provoque la presencia de una *cualificación legal* —sin importar que el hecho cualificado esté en una relación de inclusión con el hecho original— (74). Siempre que esto sea así, existirá inducción (p. ej., si se aconseja al que está resuelto a apoderarse de unos objetos valiosos, bien que utilice fuerza en las cosas, bien que cometa el hecho coactiva o violentamente, se responderá en esta línea por inducción a hurto con fuerza en las cosas o a robo respectivamente).

4. Por el contrario, entiende otro sector doctrinal (75) que en la resolución modificada se pueden distinguir normativamente dos par-

(72) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8). p. 302; a ella se remiten los fundamentos de derecho de la en esta materia más comentada sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGHSt 19, 339-342): el caso Stuhlbein: A, O, S se propusieron sustraer dinero de la casa de una tendera, M, de 80 años. Como A ya había sido anteriormente condenado por un hurto grave, no quería participar en el hecho, pero sí en el botín. O y S contaban con que se notara su presencia durante el registro de la sala de estar. Dada esa eventualidad, pensaban derribar a M para escapar sin ser reconocidos. A les propuso que debían portar un palo y golpear en la cabeza a M para dejarla inconsciente. Los autores se dejaron determinar y ejecutaron así el hecho. La señora M resultó muerta a causa del golpe recibido en la cabeza con la pata de una silla. El caso presenta dos tipos de problemas: 1) la cuestión de la modificación de la resolución; 2) la participación en delitos cualificados por el resultado. El Tribunal condenó a A apelando a la «fórmula de Maurach» por inducción a robo con resultado muerte. ESER (nota 26), pp. 185 y ss., defiende en cambio un concurso ideal entre complicidad psíquica al robo e inducción a lesiones con empleo de medios peligrosos. También comentan la sentencia, p. ej., CRAMER, *nota a la* BGHSt 19, 339, JZ 1965, pp. 31 ss., y ROXIN (nota 70), p. 234.

(73) STREE (nota 71), p. 280.

(74) (Nota 71), pp. 285-292, sobre todo, p. 293.

(75) En este sentido, CRAMER (nota 72), pp. 31-32, con limitaciones en los casos de bienes jurídicos altamente personales; el mismo, en Sch/Sch, § 26, n. 6 (pp. 390-391),

tes: por un lado, aquella preexistente al influjo del instigador y, por otro, la conformada por los elementos por él introducidos («*principio de la división analítica*») (76). Desde este punto de vista, se objeta esencialmente a la anterior dirección que, en un plano *lógico*, la ampliación de la resolución no puede *equivaler* a su causación. Por ello, la relación existente entre el hecho original y el modificado deberá considerarse de «*plus*» («*identidad*» parcial) y no de «*aliud*». Ciertamente, no se niega que en los casos de modificación típica se produzca un incremento en el contenido de injusto del hecho, como muestra la diferente valoración punitiva legal. Mas para esta dirección, ello no explica por qué el que *amplía* una resolución debe responder por el hecho *completo como inductor* (cuestión distinta es si debe responder como cómplice psíquico). En realidad, desde este punto de vista, las soluciones de la dirección contraria sólo se podrían sostener si se constatare que en los supuestos debatidos se provoca la resolución «*global*» (77). Por ello, entienden, las variantes que parten del punto de vista contrario se esfuerzan en demostrar que entre el hecho original y el resultante de la modificación no existe ni siquiera una relación de identidad parcial, afirmando que en los casos de relación de modificación típica no se produce una simple elevación del injusto, sino una profunda modificación del mismo (78). Por el contrario, las soluciones analíticas, partiendo de la división de la resolución, entienden que lo decisivo para resolver la cuestión de la identidad parcial no es la *medida*, sino la *configuración del injusto* (79). Que la gravedad del injusto no es decisiva para resolver esta cuestión se desprende del propio concepto de inducción. En efecto, el que se exhorte a cometer hechos de una cierta gravedad, no es aún inducción por falta de determinación del hecho, puesto que la inducción exige como presupuesto la configuración del mismo. Así, este sector entiende mayoritariamente que en aquellos casos en los que existe una *relación de inclusión* entre el hecho original y el resultante de la modificación,

---

para los casos de relación delito básico-cualificación; JESCHECK (nota 8), p. 624, al menos, para los casos de delito básico-delito cualificado; BEMMANN, *Die Umstimmung des Tatentschlossenen zu einer schwereren oder leichteren Begehungsweise*, en Wilhelm Gallas-FS, p. 280 y *passim*, para los casos de delito básico-delito cualificado y delitos compuestos; GRÜNWALD, *Der folgenschwere Rat*, JuS 1965, p. 313 y sobre todo nota 32, únicamente para los casos de delito básico-delito cualificado, aun con limitaciones; SAMSON, en SK-StGB AT, § 26, n. 4, con modificaciones; LETZGUS, *Vorstufen* (nota 4), p. 33; STRATENWERTH (nota 11), n. 884 (p. 246); WELZEL (nota 23), p. 116, para los casos de delito básico-delito cualificado o delito autónomo; ESER (nota 27), p. 187, con la particularidad de que sólo se responderá por complicidad psíquica respecto al tipo básico; diferenciadamente, JAKOBS (nota 10), pp. 552-553; PUPPE, *Der Erfolg* (nota 69), pp. 886-887 y notas 37 y 38, sin embargo, actualmente de otra opinión (nota 3), p. 116, sobre ello, vid., *supra* nota 69. MIR PUIG (nota 4), p. 344, nota 42.

(76) Utilizando estos términos, LACKNER, StGB, § 26, n. 2 (p. 170); SCHULZ (nota 31), p. 935.

(77) CRAMER (nota 72), p. 31; BEMMANN (nota 75), p. 275.

(78) Cfr., STREE *supra* en texto.

(79) Así, BEMMANN (nota 75), p. 278.

al instigador únicamente se le podrá hacer responsable *como inductor* por el «plus» que le es atribuible, siempre claro está que sea *aprehensible de forma independiente* por algún tipo de la parte especial. Por lo que respecta, por el contrario, al hecho completo responderá como cómplice psíquico, en cuanto su influjo haya reforzado la resolución original (80). De esta forma, en el ejemplo arriba indicado, el que aconseja una ejecución coactiva al resuelto a apoderarse de unos objetos valiosos, responderá por inducción al delito de coacciones en unidad de hecho con complicidad psíquica a un delito de hurto.

No obstante, aceptando el punto de partida lógico del enfoque analítico, no todos los autores que lo desarrollan le dan un alcance análogo. Así, *Bemmann* entiende que en estos casos existe identidad parcial tanto en los delitos en relación de *modificación típica* como en los *delitos compuestos* (81). En cambio, otros autores sostienen concepciones diversas. Así, *Cramer*, que a los argumentos lógicos del punto de vista analítico, añade consideraciones derivadas de efectuar paralelismos con el exceso del autor (82), entiende que esta solución no debe aplicarse en los casos de infracciones de bienes jurídicos *altamente personales*, puesto que en ellos normalmente se producen desviaciones esenciales (83). *Samson* defiende que la modificación tampoco conducirá a un aliud en caso de que la *medida de lesión del bien jurídico permanezca inalterada* (84). Y *Grünwald* introduce restricciones de tipo *cuantitativo* que conducen en la práctica a un tratamiento jurídico de los casos en cuestión casi análogo al de la postura contraria, dado que sólo acepta que concorra identidad parcial en aquellos supuestos en los que la cualificación se presenta «*junto*» a la lesión del bien jurídico típico (p. ej., la circunstancia de porte de armas), mas no en los que se produce un delito *autónomo* (85) (robo

(80) Salvo ESER (nota 27), p. 187, que en estos casos sostiene la responsabilidad por inducción respecto a la cualificación en concurso ideal con complicidad psíquica respecto al hecho al que estaba resuelto el autor, es decir, al tipo básico, y no al «hecho completo» como defienden el resto de autores. La opinión de la doctrina dominante es la que debe prevalecer pues en la complicidad psíquica, al no requerir provocación de la resolución, basta con reforzar el plan global.

(81) (Nota 75), pp. 278-279.

(82) Así, CRAMER (nota 72), p. 32: realiza paralelismos argumentativos con los casos de exceso del inducido. Una desviación del autor que se considera inessential para la responsabilidad del inductor, p. ej., el uso de gasolina en vez de petróleo en un delito de incendio (no existe exceso del inducido), sólo podrá conducir en el caso inverso a una responsabilidad por complicidad psíquica. En contra, de esta distinción entre los supuestos que afectan a bienes jurídicos altamente personales y los que no: STREE (nota 71), p. 281-282 y nota 15, considerando que descansa más en consideraciones de sentimiento que racionales; asimismo, GRÜNWARD (nota 75), p. 315 en nota 33.

(83) Cfr. (nota 72), pp. 278-279.

(84) SAMSON, en SK-StGB AT, § 26, n. 4.

(85) Así, según GRÜNWARD (nota 75), p. 313: el robo no es una forma agravada de hurto, sino un delito cualitativamente distinto, puesto que no se puede considerar que el núcleo del robo sea un apoderamiento de cosa ajena al que se le introducen circunstancias cualificantes, ni que el hecho de que se pueda dividir en partes implique que el contenido del mismo equivalga a la suma de las mismas.

en vez de hurto), ni en los casos en los que la presencia de la circunstancia cualificante ocasione una *ampliación* o *intensificación de la lesión* del bien jurídico (86).

5. A mi juicio, en estas constelaciones de casos en las que se dan relaciones de «inclusión», debe considerarse válido lo siguiente: Es fundamentalmente correcto el partir de una comprensión «analítica» de la resolución modificada. Ciertamente, en un plano lógico, no se puede considerar equivalente el complementar una resolución previa con el provocar una la resolución —como exige la responsabilidad por inducción— (87). Ello se compatibiliza perfectamente con los resultados obtenidos en la distinción conceptual de inducción y complicidad psíquica. Sin embargo, tampoco puede perderse de vista el *límite inmanente* de este planteamiento. Pues, en efecto, éste será válido *mientras* la modificación pueda considerarse como configuración «complementadora» de la resolución original (que subsiste). Ya que en este caso podrá seguir afirmándose que la resolución que genera la ejecución sigue «perteneciendo» al autor (88). Por el contrario, puede suceder que la modificación del inductor provoque una

---

(86) En estos casos se responderá según GRÜNWARD (nota 75), p. 315 en nota 32, por inducción.

(87) Con ello, además, se evitarán manipulaciones de la relación de causalidad. La comprensión sintética de la resolución modificada («fusión» de la resolución original y de la modificación), conlleva el que se *diluya* el presupuesto esencial de la inducción, esto es, el que para que se responda como inductor se debe haber provocado necesariamente la resolución de cometer el hecho *total*. No basta el que se haya contribuido cocausalmente a su adopción mientras no se pueda considerar que este influjo no «configure» «comunicativamente» una resolución global en el autor. Ello además se compatibiliza mucho mejor con el fundamento de la punición de la inducción y con la equiparación punitiva a la coautoría. Al inductor se le castiga igual que al autor por determinar psíquicamente la «configuración» del *mismo* injusto que ejecuta el autor, no por «complementarlo»; para ello ya tenemos la complicidad psíquica.

(88) Imaginemos que un sujeto le propone a otro que está resuelto al apoderamiento de un objeto que emplee medios intimidatorios. Según la comprensión «sintética» de la resolución, aquí se genera una nueva resolución (aliud). De consumar el autor principal tal delito respondería por inducción a robo. Pero imaginemos de nuevo que finalmente el autor, pese a haber aceptado la proposición, no emplea los medios intimidatorios durante la ejecución por no ser necesarios. Según la doctrina absolutamente dominante, incluidos los autores que defienden esta postura, en estos casos en los que se realiza menos de lo que la resolución provocada abarcaba, se responde sólo por lo efectivamente realizado (en este caso por el hurto), vid. *infra* IV, 5. Puesto que esta línea afirma que se provoca con la modificación una resolución «global» «nueva», no podría negar aquí que el proponente respondiera por lo efectivamente ejecutado, ya que esto también le «pertenece» (por el hurto, puesto que según esta teoría se provoca con la modificación tanto lo que se propone como lo que ha habido decidido el autor), es decir, *por aquello a lo que ya estaba decidido el autor* (?). En cambio, la comprensión «analítica» entiendo que llegaría aquí a resultados correctos. De consumar el autor tal delito, respondería el proponente como inductor a coacciones en unidad de hecho con complicidad psíquica respecto al robo. Pero como en este caso el autor no ejecuta el «plus» propuesto aprehensible autónomamente, respondería únicamente por complicidad psíquica respecto al hecho efectivamente ejecutado (1), estructuralmente en concurso con la tentativa de inducción respecto al complemento en caso de que sea punible.

«transfiguración» de la resolución original (se desfiguran los rasgos esenciales que configuran el injusto del hecho). En este caso, se deberá afirmar que la resolución que genera la ejecución es atribuirle por completo al inductor. Por ello, ya no podremos dividir analíticamente la resolución modificada. Estaremos ante una *nueva* resolución. En la medida en que esto sea así, no podrán plantearse reparos a la responsabilidad por inducción respecto al hecho completo. Naturalmente, en esta línea, la cuestión consistirá en delimitar cuándo la modificación configura complementando y cuándo transfigura la resolución original. Para ello, no podrán ser de utilidad criterios que se fundamenten básicamente en el contenido (gravedad) del injusto —como la fórmula de Maurach—. Ni es inducción el instar a la ejecución de hechos de determinada gravedad. Ni queda ésta excluida en casos en los que la gravedad («peso») del injusto resultante permanece inalterada (p. ej., violación/homicidio). Tampoco, deberá partirse *únicamente* de los criterios que establece el legislador en la sistematización de la parte especial. Estos se deberán tener en cuenta de forma necesaria, pero no de forma exclusiva. Pues, en efecto, con frecuencia, responden más a exigencias tanto de técnica legislativa como de fenomenología delictiva que a las relaciones internas entre los distintos delitos (como muestra la teoría del concurso). Por ello, no se puede aceptar que *siempre* que se produzca una cualificación, necesariamente se responda por inducción (89). Por el contrario, la delimitación deberá encontrarse en las distintas concretas «configuraciones» de injusto de los distintos delitos y en sus relaciones internas. Por ello, considero válido lo siguiente: A) Si la modificación incide en circunstancias que no afectan a la subsunción, existirá complicidad psíquica en cuanto el influjo refuerce la resolución de cometer el hecho (90). En aquellos casos, en los que el influjo psíquico ocasione una intensificación de la agresión que no pueda ser aprehensible autónomamente (principio de la división analítica), existirá también complicidad psíquica, aunque el incremento de antijuricidad material deberá ser valorado en la medición de la pena (art. 61, cuatro y siete) (91); B) Si la modificación incide en elementos que no afectan a la subsunción por tratarse de un tipo mixto alternativo, se responderá por complicidad psíquica en aquellos casos en los que el influjo

---

(89) Sin embargo, en contra, cfr. STREE (nota 71), p. 285-293, que sostiene que cualquier cambio de tipo fundamenta la responsabilidad por inducción, incluso en los casos de cualificaciones temporales, p. ej., alguien aconseja retrasar al detenido ilegalmente unos minutos entrando en juego cualquiera de las cualificaciones de los preceptos correspondientes; como este autor, ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 6 y § 27, n. 13.

(90) P. ej., si se propone la utilización de petróleo en vez de gasolina en el incendio, de una pistola con silenciador por un revólver en el homicidio... (complicidad psíquica).

(91) P. ej., se proponen unas detenciones ilegales de mayor entidad, de dos a tres días, lo que a pesar de aumentar la antijuricidad «material» del hecho no afecta a las calificación (complicidad psíquica).



psíquico esté dirigido a un cambio de elementos típicos «esenciales» o «accidentales» que el legislador ha tipificado en relación de alternativa (92); C) Si la modificación crea en «riesgo» de configuración diferente al que el autor originalmente resolvió («transfiguración» del injusto), concurrirá responsabilidad por inducción (93). No sólo conducirá la modificación a la creación de un riesgo distinto en los supuestos de heterogeneidad del bien jurídico (94), sino también en aquellos en los que la modificación conduzca a un cambio de objeto empírico en bienes jurídicos íntimamente unidos a su sustrato (95); D) Si la modificación propuesta por el inductor ocasiona que se realice un delito de menor gravedad, que está en relación de «inclusión» (es decir, siempre que no concorra C), se dará una responsabilidad por complicidad psíquica a menos de que concurren los requisitos del estado de necesidad u otra causa de justificación (96); E) Si la modificación propuesta por el inductor ocasiona que entre en juego alguna cualificación respecto al tipo básico originalmente pretendido o un delito de mayor gravedad (autónomo), concurrirá (siempre que no se de C: «transfiguración») (97) una responsabilidad como cómplice psíquico por el delito «global» y, eventualmente, en concurso, una responsabilidad como inductor por el complemento, siempre que éste sea aprehensible, autónomamente (98).

#### IV

1. Hasta aquí hemos analizado algunas de las constelaciones de casos que se manifiestan especialmente problemáticas durante la pri-

(92) P. ej., se propone un cambio de modalidades en el allanamiento de morada (elementos esenciales), o, p. ej., se propone un cambio de modalidades en el hurto con fuerza en las cosas (1.º, 2.º, 3.º ó 4.º o también de las alternativas propias de los párrafos 2.º, 3.º, 4) (elementos cualificantes).

(93) P. ej., al resuelto a cometer un hurto se le propone que realice cualquier tipo de estafa, delito más «limpio» (inducción a estafa).

(94) P. ej., si se incita al resuelto a unas lesiones a que cometa un atentado a la libertad sexual.

(95) P. ej., la propuesta del inductor implica un cambio de víctima en la ejecución del delito («no mates a A sino a B»). Sobre ello, vid. SILVA SÁNCHEZ (nota 44), pp. 371 ss.

(96) P. ej., si se propone que en vez de ejecutar las detenciones ilegales de mayor cuantía resueltas se realicen unas «menores»: complicidad psíquica (p. ej., cree que así se consiguen mejor los fines previstos), salvo que el sujeto actuara en salvaguarda del tercero (estado de necesidad).

(97) P. ej., si el inductor propone al autor que en vez de las lesiones originalmente resueltas acabe con la vida de la víctima; ello, a pesar de la relación «inclusión», ocasionará una responsabilidad por inducción, pues la propuesta ha «transfigurado» la configuración del injusto del hecho. La ejecución del «nuevo» hecho, ya que no se puede considerar como ejecución de la resolución original + complemento, sino como ejecución de la resolución provocada.

(98) P. ej., al resuelto a un hurto con fuerza se le propone que ejecute el hecho con intimidación (responsabilidad por complicidad psíquica respecto al robo en unidad de hecho con inducción a coacciones).

mera fase de la inducción. En ella, como hemos constatado, los problemas giran ante todo en torno al concepto de identidad. Este elemento conceptual de la figura de la inducción es el que permite distinguir a ésta de la complicidad psíquica y el que permite o no afirmar la responsabilidad por inducción en los casos de modificación del plan original del autor. Mas la inducción *completa* presupone, en una segunda fase (principio de accesoriedad), que el autor principal ejecute un *hecho antijurídico en correspondencia* con dicha *resolución* (segundo resultado de la inducción). De no concurrir esta necesaria relación entre la resolución provocada y el hecho ejecutado por el autor, quedará excluida la figura. La doctrina parte tradicionalmente de que el hecho ejecutado por el autor principal sólo se podrá imputar al inductor cuando se «corresponda» (99) con el hecho que se representó y al cual indujo; sólo entonces el autor será un «*aeque facturus et aeque faciens*» (100). El grado de «congruencia» «objetiva» (101) y «subjetiva» (102) exigible a una tal relación es problemática, en este ámbito, en varios grupos de casos (103). Sin embargo, aquí restringiremos nuestro estudio a sólo algunos de ellos. Si en la primera parte de este trabajo analizábamos el tratamiento jurídico que merecían aquellos supuestos en los que el instigador modificaba la resolución original del autor, siempre que entre el hecho originalmente planeado por el autor y efectivamente realizado por el autor se diera una relación de «inclusión». Ahora pretendemos analizar precisamente el *problema complementario*. El reverso de la moneda. Esto es, aquellos supuestos en los que provocada por el inductor en el autor la resolución de cometer un hecho, realiza éste otro hecho que, pese a ser diverso, aún mantiene respecto al original la mencio-

---

(99) ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 21.

(100) HALL (nota 14), p. 358.

(101) La relación de causalidad (vid. *supra* III-1, 3) no sólo debe concurrir entre conducta de inducción y resolución, sino también entre conducta de inducción y hecho principal (conducta del inductor-resolución-conducta del autor [hecho principal: intentado puesta en peligro «virtual» del bien jurídico] o consumado [lesión del bien jurídico]). Sobre esta estructura, vid., LETZGUS, *Vorstufen* (nota 4), p. 22 y ss., asimismo, ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 2 y n. 8.

(102) Por todos, D. MEYER (nota 41), p. 95.

(103) Así, también se discuten las repercusiones del *error* en el *objeto* o la desviación del *golpe* del autor en el inductor (p. ej.: un coleccionista de arte instiga a un sujeto para que se apodere de un cierto cuadro de Goya que le consta pertenece a una colección privada; sin embargo, el torpe ejecutor confunde la obra mencionada con otra de un pintor diverso, y los supuestos, semejantes, en los que se produce un «*cambio de dolo*» del autor principal (p. ej.: en el mismo caso anterior, el autor no confunde el cuadro, sino que toma otro, bien porque piensa que será de mejor agrado del inductor, bien porque no le es posible apoderarse del inicialmente previsto). También son problemáticos los presupuestos dogmáticos exigibles en el inductor para que se le pueda imputar el *delito cualificado por el resultado* cometido por el autor (por ej., un sujeto instiga a otro a que cause unas lesiones a un tercero utilizando medios peligrosos, resultando muerta la víctima como consecuencia directa de su utilización).

nada relación de inclusión. Este doble análisis permite, a mi juicio, en mayor medida, el caracterizar los prespuestos dogmáticos del «hilo conductor» de la inducción.

2. Como señalábamos al principio, el dolo del inductor debe abarcar los rasgos esenciales que configuran el injusto concreto del hecho (104). El hecho principal individualizable constituye uno de los *objetos de referencia* del exigible «doble dolo» de la inducción (105). Si se renunciara a la individualizabilidad del hecho principal, además de desdibujarse objetivamente el concepto de inducción y de perder su legitimidad la equiparación punitiva de ésta con la autoría, dejaría de ser constatable la línea delimitadora del *exceso* del inducido (106). En efecto, en este ámbito, la doctrina es unánime en considerar al dolo del inductor como *límite* de su *responsabilidad* (107). Este principio y el de *accesoriedad*, en su aspecto limitador (el inductor sólo responde hasta el límite de lo efectivamente realizado por el autor) (108), constituyen los dos principios dogmáticos básicos con los que se deben abordar los supuestos en cuestión. Veamos, pues, la problemática de la exigible congruencia objetiva y subjetiva.

3. El primer grupo de casos es aquél que se caracteriza por presentar *desviaciones «inesenciales»* que no obstan a la congruencia, ni por tanto a la responsabilidad por inducción. El autor seguirá considerándose un «*aeque facturus et aeque faciens*» (109). En efecto, según los principios trazados, las *desviaciones* que no afecten a la configuración normativa del hecho exigible en la inducción, no obstarán a la responsabilidad por inducción (110). Objetivamente, no es exigible que el hecho esté concretizado hasta sus últimos detalles (111). En la inducción, por su naturaleza accesoria, el inductor deja la ejecución en manos del autor principal, único que posee «dominio del hecho» (112) (p. ej., el autor comete el robo antes o después, en un lugar o en otro, sobre una víctima o sobre otra, utiliza un revólver

---

(104) Vid., por todos, HILLENKAMP, *Die Bedeutung von Vorsatzkokretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, 1971, p. 51.

(105) El primer objeto de referencia del doble dolo lo constituye la propia conducta del inductor que provoca la resolución (primer resultado de la inducción). Esta conducta debe ser necesariamente dolosa, bastando el dolo eventual, lo cual excluye que se responda por inducción en los casos de provocación por imprudencia de la resolución. Vid., por todos, MIR PUIG (nota 4), p. 340 y pp. 346-347 y ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 15. En estos casos de provocación por imprudencia de una resolución (con su posterior ejecución), cabría, según BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 560, acudir a una autoría accesoria imprudente.

(106) DREHER, *Der Paragraph mit dem Januskopf*, W. Gallas-FS, p. 320.

(107) Vid., por todos, JESCHECK (nota 8), p. 624 (ulteriores referencias en nota 125).

(108) Vid., por todos, HILLENKAMP (nota 104), p. 53.

(109) HALL (nota 14), p. 358.

(110) Vid., los autores citados en las notas 8 y 111.

(111) CRAMER (nota 72), pp. 31-32; ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 21; BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 563; SCHMIDHÄUSER (nota 4), 10/125 (p. 315).

(112) De lo contrario ello nos podría conducir a afirmar realización de hecho propio a través de un tercero, es decir, autoría mediata.

en vez de una pistola, ejecuta el hecho en coautoría..., siempre, claro está, que ello no afecte a la subsunción). Tampoco afectará a la configuración del hecho el que el autor lo realice bajo circunstancias que a pesar de ser distintas de las planeadas pertenecen a un mismo tipo mixto alternativo (113) (p. ej., allanamiento de morada) (p. ej., las distintas cualificaciones del hurto con fuerza en las cosas), pues ello no altera la configuración normativa del hecho. Aquí, se responderá pues por *inducción «completa»*.

4. El segundo grupo de casos es aquel que se caracteriza por ser el autor un «alias facturus et alias faciens» (114). Aquí, el autor altera el hecho hasta «transfigurarlo» (aliud) (115), quedando por ello excluida su imputación al inductor (p. ej., se comete un homicidio en vez de las sugeridas detenciones ilegales). Y, ello, no sólo porque el hecho principal ejecutado no sea abarcado por su dolo, sino ya antes, porque no puede ser considerado como una ejecución *objetivamente «congruente»* de la resolución que le provocó el inductor (116). En estos casos, el inductor ha provocado *una* resolución, pero no es *ésta* la que se ha ejecutado. Por lo tanto, *conceptualmente*, constituirá una *tentativa de inducción* (117). En muchos de estos casos, lo que en realidad ocurre es que se produce un «cambio de dolo» (118). El sujeto, antes o durante la ejecución, toma una *nueva* resolución, diversa de la que efectivamente se provocó (p. ej., el inducido a cometer unas amenazas decide causar unas lesiones a la víctima para mejor amedrentarla).

5. El tercer grupo de casos es aquel que se caracteriza por ser el autor un «minus facturus et minus faciens» (119). Esta se da cuando el delito ejecutado realiza un tipo cuyos elementos están conteni-

(113) ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 22.

(114) HALL (nota 14), p. 361; LETZGUS (nota 4), p. 43, recoge asimismo estas denominaciones.

(115) Vid., *supra* III-2, 5.

(116) Indican acertadamente de forma expresa esta limitación: RODRIGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 857; SCHMIDHÄUSER (nota 4), 10/121 (p. 314). En Alemania, en algunos de estos supuestos (en aquellos en los que entre el delito propuesto y el ejecutado se da una relación de «parentesco» (p. ej. extorsión-estafa), BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 567, propone aplicar las reglas de la «constatación alternativa», respondiendo según ella el inductor por el delito menos grave (en este caso, la estafa); MONTENBRUCH (nota 8), p. 342, propone la construcción de un tipo «truncal» *supralegal*; en contra, ESER (nota 27), p. 108 y LETZGUS (nota 4), p. 48, señalando que la propuesta de BAUMANN supone una ruptura del principio de accesoriidad; ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 23, alegando que de «lege lata» no se puede sostener la concepción de Montenbruck por infringir la necesaria referencia del dolo al tipo objetivo legal. En realidad, estas propuestas, además, el igual que las concepciones sintéticas en materia de modificación de la resolución (vid. *supra* III-2), deben ser rechazadas por no respetar, por «manipular», el presupuesto objetivo de la «identidad» de la resolución en la inducción.

(117) En la terminología de LETZGUS (nota 4), pp. 43 y 52, se da un caso de tentativa de inducción no seguida de resultado que, de «lege lata» en Derecho alemán, es punible en la medida en que concurren los presupuestos del párrafo 49 del StGB.

(118) Sobre esta figura, vid. HILLENKAMP (nota 104), pp. 55 y ss.

(119) HALL (nota 14), p. 361.

dos expresamente o como paso necesario en el hecho representado por el inductor (120). Este es el caso cuando el autor ejecuta un delito de menor gravedad en relación de inclusión respecto a aquel al que se le indujo (inducción a tipo cualificado-realización del tipo básico o inducción a delito autónomo más grave-realización del delito autónomo menos grave). En estos casos, que constituyen el reverso del exceso, el inductor sólo responderá hasta el límite de lo efectivamente ejecutado —principio de accesoriidad— (121). Todo ello en la medida en que la «disminución» no obsta a la subsistencia del dolo respecto al delito menos grave (p. ej., inducción al hurto con fuerza en las cosas y ejecución de hurto simple, inducción a robo y realización de hurto simple o cualificado). Aquí, *estructuralmente*, cabe sostener el siguiente tratamiento jurídico: *inducción consumada delito menos grave al efectivamente cometido en unidad de hecho con tentativa de inducción respecto al delito más grave* (122).

6. El cuarto grupo de casos es aquel en que el autor es un «plus facturus et plus faciens» (123). Este se caracteriza porque aquí, el delito efectivamente ejecutado realiza un tipo que además de los elementos que se representó el inductor incluye otros adicionales (124). Esto sucede cuando la ejecución por el autor del hecho bajo las nuevas circunstancias hace que entre en juego un tipo que está en relación de cualificación típica o un delito autónomo en relación estructural de inclusión (p. ej., el inducido a un hurto simple, ejecuta el hecho con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación; el inducido a unas lesiones, acaba con la vida de la víctima...). En este grupo de casos, que es el que propiamente cabría denominar bajo la expresión exceso del inducido, se sostiene de forma absolutamente dominante por la doctrina que la responsabilidad del inductor alcanzará justo hasta donde abarque su dolo (125) (bastando, por supues-

(120) BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 566.

(121) Vid., por todos, HILLENKAMP (nota 104), p. 53; FERRER SAMA (nota 4), p. 52-53, cuando los actos perpetrados por el inducido sean de menor gravedad, el inductor responderá en la medida que ofrezca la responsabilidad del inducido. Igualmente, todos los autores citados en la nota 24.

(122) ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 25; BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 566 y (nota 21), p. 134; STRATENWERTH (nota 11), n. 887 (p. 247); CRAMER, en Sch/Sch, § 26, n. 18; LETZGUS (nota 4), p. 45.

(123) HALL (nota 14), p. 360.

(124) BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 566.

(125) En este sentido la doctrina absolutamente dominante, vid.: FRANK (nota 4), p. 123; WELZEL (nota 23), p. 117; MEZGER (nota 8), p. 328; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 308-309; JESCHECK (nota 8), p. 624; JAKOBS (nota 10), p. 554; ESER (nota 27), p. 188; WESSELS (nota 11), p. 164; HILLENKAMP (nota 104), pp. 55-56; LETZGUS (nota 4), p. 44; RODRÍGUEZ MUÑOZ, en *Notas al Tratado de Mezger* (nota 8), p. 328; CÓRDOBA RODA, en *Notas de Derecho español a Maurach*, Tratado de DP (1962), p. 374; MIR PUIG, en *Adiciones de Derecho español a Jescheck*, Tratado de DP (1978), p. 974; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), pp. 859-860; RODRÍGUEZ DEVESA (nota 23), p. 821; GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), pp. 512-513, 523 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, PG, 2 ed., 1986, pp. 530-531.

to, el dolo eventual). Se constituye pues al dolo del inductor como principio limitador de la responsabilidad por inducción.

En este punto, la sentencia que comentamos ha supuesto un notable avance, respecto a anteriores concepciones jurisprudenciales (126). En afecto, actualmente (127), el Tribunal Supremo distingue entre *desviaciones* que son *esenciales* desde el punto de vista cualitativo y desde el punto de vista cuantitativo. Según ello, si se produce una desviación esencial *cualitativa* (p. ej., lesiones-violación) quedará excluida la responsabilidad por inducción (128), a menos que la voluntad del inductor cubra cualquier medio de ataque y éste pertenezca a la misma «familia» de delitos (p. ej., estafa- robo) —vid *supra* IV, 4—. En cambio, si se produce una desviación esencial *cuantitativa*, existirá responsabilidad por inducción, siempre que concorra por lo menos dolo eventual respecto a la consecuencia más grave. De no ser éste el caso, el Tribunal Supremo examina dos posibles tratamientos jurídicos, ambos, se afirma, insitos en el campo de la culpa. El primero (129), consiste en la aplicación de la atenuante del artículo 9.4 como en la preterintencionalidad homogénea, puesto que al igual que

---

(126) Con anterioridad a la sentencia que comentamos, en este ámbito, la *jurisprudencia* de nuestro Tribunal Supremo había mostrado la siguiente evolución. En un principio, se imputaba al inductor el exceso del inducido siempre que las consecuencias más graves se «*encadenaran lógicamente*» con las «previstas» —mera relación de causalidad— (SSTS 25-5-64 y 3-12-64).

Sobre esta fase de la evolución jurisprudencial, cfr.: CUELLO CALÓN, *Derecho Penal, Parte general*, tomo I, 18 ed. (revisada y puesta al día por Camargo Hernández), pp. 669 y 678; QUINTANO RIPOLLÉS (nota 13), p. 389, ve en ello una manifestación del «*versari in re illicita*», que aunque recusable, era insoslayable con la legislación de la época; el mismo, *Comentarios al Código penal*, 2 ed. (renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Gimbernat Ordeig), 1966, p. 265, señala que es «sumamente objetable en buenos principios culpabilistas». Como acertadamente señala RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 860, y el propio Fundamento de Derecho primero de la sentencia comentada, esta doctrina jurisprudencial, más que suponer una toma de posición en torno al problema del tratamiento jurídico del exceso del inducido, era consecuencia necesaria de la configuración que sostenía el TS acerca de los delitos cualificados por el resultado.

Posteriormente, se modificó la anterior línea jurisprudencial, pasándose a distinguir entre un *exceso* en los *finés* o cualitativo y un exceso en los *medios* o cuantitativo. En el primero, que abarcaba aquellos casos en los que el autor cometía un delito más grave de distinta naturaleza (nomen iuris), se excluía la imputación al inductor de dicha consecuencia, siempre que ésta no fuera previsible —relación de causalidad más previsibilidad—. En el segundo, que abarcaba aquellos supuestos en los que el autor cometía un delito más grave de la misma naturaleza (p. ej., realización de un hecho en relación de cualificación típica), no se excluía, en cambio, la imputación del exceso al inductor (así, STS 30-4-71, A. 1995 y STS 30-12-80, A. 5073, p. 4095 [4091-4096] caso Atocha), en virtud del principio «*finés mandati custodiendi sunt nam qui excessi aliud quid facere videtur*».

(127) STS 22-11-88, A. 9231, p. 9057; STS 24-6-87, A. 4998, pp. 4788-4790; STS 5-5-83, A. 2644, p. 1992-1993 (caso Yolanda).

(128) Mas en opinión del TS, no la responsabilidad por provocación.

(129) Solución parcialmente coincidente con la que ya se encuentra en FERRER SAMA (nota 4), pp. 52-54, sobre todo, p. 54. Con fundamento en el Derecho penal vigente en la época, sostiene que los supuestos de exceso deben solucionarse según las reglas de la preterintencionalidad (antiguo art. 50 y art. 9.4). En contra de ella, RO-

en ella, en estos casos únicamente se produce una diferencia de grado o cantidad que pese a ser discordante con la voluntad del inductor, es previsible (aplicación del art. 9.4, a los supuestos de culpa respecto a la consecuencia más grave que no supone una alteración del «nomen iuris»). El segundo, en sostener la responsabilidad por inducción respecto al delito al que dolosamente se indujo más la autoría por imprudencia respecto al resultado más grave. El Tribunal Supremo se decanta, alegando razones «pragmáticas», por la primera solución en atención sobre todo a la dificultad que existiría en algunos delitos (p. ej., lesiones) para acotar el «delito base» (130). La objeción derivada de que esta atenuante está pensada únicamente para el autor (131), la salva el Tribunal Supremo recurriendo a la atenuación analógica (art. 9,4 en relación con el artículo 9.10) (132).

Aquí, en cambio, estimamos preferible la segunda opción. Por otra parte, debe indicarse que, desde la última reforma del Código penal, han desaparecido en buena medida las dificultades anteriores en el ámbito de la «prognosis quod tempus». Así, si el inducido a un delito básico (p. ej., unas detenciones ilegales del art. 480), ejecuta el hecho bajo circunstancias cualificantes (p. ej., imponiendo un rescate), o si el inducido a un delito (p. ej., a unas lesiones) ejecuta un delito autónomo en relación de «inclusión» (p. ej., un homicidio), el inductor sólo responderá por el *delito básico o menor* (133), a menos que subjetivamente cubriera esta eventualidad. Si la cubre al menos con dolo eventual, obviamente, responderá por el *delito efectiva-*

---

DRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 859, objetando que tanto el antiguo art. 50 como el art. 9,4 se refieren a los ejecutores; en el mismo sentido, BERNARDO DEL ROSAL, *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, 1986, p. 384, añadiendo que en cualquier caso tras la RPUCP no sería esta solución defendible.

(130) La utilización de esta clase de razones «prácticas» por el TS no es nueva. Así, ya en el tratamiento jurídico de la preterintencionalidad argumentaba en contra de la solución del «concurso ideal» alegando la dificultad de efectuar una «prognosis quod tempus» de las lesiones básicas dolosas.

(131) RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 859.

(132) El propio RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 859, propone esta posible vía.

(133) FRANK (nota 4), p. 123; MEZGER (nota 8), p. 328; WELZEL (nota 23), p. 117; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 308-309; JESCHECK (nota 8), p. 624; STRATENWERTH (nota 11), n. 887 (p. 247); ROXIN, en LK-StGB, § 26. n. 25; CRAMER, en Sch/Sch, n. preliminar § 25, n. 45 y § 26, n. 18; SAMSON, en SK-StGB AT, n. preliminar § 26, n. 39; JAKOBS (nota 10), p. 554; ESER (nota 27), p. 188; WESSELS (nota 11), p. 164; HILLENKAMP (nota 104), pp. 55-56; LETZGUS (nota 4), p. 44; RODRÍGUEZ MUÑOZ (nota 125), p. 328; CÓRDOBA RODA (nota 125), p. 374; MIR PUIG (nota 125), p. 974; GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), pp. 512 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), pp. 859-860 afirma que el inductor únicamente responde por los resultados abarcados por su dolo; RODRÍGUEZ DEVESA (nota 23), p. 821, deriva del principio de culpabilidad que no se responderá por el exceso del ejecutor material cuando sea relevante para el título de implantación; en sentido diverso, FERRER SAMA (nota 4), p. 53-54, proponía con la anterior legislación la aplicación de las reglas del antiguo artículo 50 y del artículo 9,4, en un sentido análogo a como las interpretó Silvela para la preterintencionalidad; GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo I, 2 ed., 1902, p. 610, describiendo los códigos de Paraguay y Portugal, parece como si estimase deseable una mínima previsibilidad subjetiva.

*mente ejecutado*. Ahora bien, si la entrada de esta cualificación hubiera sido prevista subjetivamente de forma culposa se tendría que afirmar una responsabilidad por *inducción consumada dolosa respecto al tipo básico en unidad de hecho con autoría accesoria imprudente respecto al delito más grave*, en la medida en que ésta sea punible (134).

En esta materia uno de los problemas básicos en constatar el *abánico de posibilidades fácticas que son cubiertas subjetivamente por el inductor*. La «praxis» muestra que en ocasiones el inductor «configura» «comunicativamente» una «resolución» en el inducido, que admite más de una posibilidad de ejecución «congruente» (sirva de muestra la sentencia que aquí se comenta). Ciertamente, no es en este ámbito infrecuente el que se provoque una resolución en el inductor que contenga múltiples variantes de realización (normalmente de menor a mayor gravedad) (135). En efecto, como señalábamos al principio (136), el influjo psíquico configurador de la resolución, característico de la inducción, se propaga necesariamente por medios comunicativos. Estos medios, normalmente verbales, aunque no se excluye el empleo de otra clase de signos (escritos, actos concluyentes), transmiten al inducido el «mensaje instigador». Sin embargo, su contenido semántico no es directamente «traducible» en calificaciones jurídicas. Ello genera, en principio, dos clases de problemas. Por una parte, será fuente de posibles supuestos de *error* (137). Y, por otra, la que aquí interesa, obligará a delimitar ya en este ámbito

(134) Así, en Derecho alemán, debido a que se sostiene un concepto unitario de autor respecto a los delitos imprudentes: vid., p. ej., WELZEL (nota 23), p. 122; MONTENBRUCK (nota 8), p. 331; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 859, nota 77, señala que no puede negarse radicalmente esta opción en Derecho español; defiende esta solución, GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), p. 513. Entiendo que, aunque se admita la inducción a un hecho imprudente, esta es la solución correcta también en Derecho español. Ciertamente, la accesoriadad no debe entenderse únicamente como una relación de referencia jurídica, sino como una relación de referencia «fáctica» que tiene consecuencias «jurídicas». Ello permite que, en estos casos, puesto que el hecho efectivamente realizado (doloso más grave) «contiene» el propuesto por el inductor (doloso menos grave, en relación de «inclusión»), se admita la participación por inducción dolosa consumada respecto al menos grave, pues éste también se ha «realizado». Sin embargo, impide que se hable de inducción a un hecho imprudente que ni se ha cometido, ni está contenido por el hecho efectivamente ejecutado (que es doloso). De mantener una concepción del principio de accesoriadad exclusivamente apegada a la idea de «unidad de título de imputación», ello nos conduciría a tener que afirmar, o bien una tentativa de inducción respecto al «delito» menos grave, puesto que «éste» no se ha «realizado» (?), o bien una inducción al delito más grave efectivamente realizado aunque *no concurren* los exigibles presupuestos subjetivos de la responsabilidad penal (?) (p. ej., la aplicación de las reglas ya superadas de la preterintencionalidad en su interpretación clásica (antiguo art. 50/art. 9,4 o la analógica), aplicando este último de forma cualificada o muy cualificada...).

(135) ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 9 y SAMSON, en SK-StGB AT, § 26, n. 7, ponen de manifiesto que es posible la inducción a hechos alternativos.

(136) Vid. *supra* III-1, 2.

(137) Por ejemplo, si el receptor interpreta falsamente el contenido semántico de un mensaje inductivo (utilización por el emisor de argots o lenguaje técnico desconocido por el destinatario, o viceversa) —por exceso o por defecto—. Pone de manifiesto cuestiones análogas: OTTO (nota 23), p. 560.



las *variantes de ejecución* que *objetivamente* se derivan del mensaje utilizado. Así, por ejemplo, si el inductor le transmite al inducido mensajes del tipo siguiente: «consigue el objeto cueste lo que cueste», «a toda costa», «a cualquier precio», la dificultad principal radicará, en primer momento, en determinar «objetivamente» el abanico de posibilidades de realización de la resolución provocada. Como cuestión previa, el juez deberá constatar en el contexto situacional dado el alcance posible de tal mensaje, que aquí bien puede abarcar objetivamente desde un hurto, pasando por un robo, hasta unas lesiones o incluso un homicidio (138). En estos casos (y en otros que presenten características análogas), la ejecución de cualquiera de estas posibilidades debería considerarse objetivamente congruente. Únicamente cuando hayamos delimitado «lo» objetivamente imputable, debaremos pasar a analizar si el inductor abarcó subjetivamente todas estas variantes —la exigible congruencia subjetiva deberá analizarse bajo los criterios generales del dolo, teniendo en cuenta especialmente sus diferentes formas de «aparición»— (139). En todos estos casos, siempre que el mensaje instigador permita a través de su «interpretación» el configurar un hecho o múltiples variantes del mismo «individualizables», estaremos ante supuestos de inducción (140). Así, una vez constatado el alcance objetivo de las posibles variantes, sólo quedará por probar que concurría en el inductor la exigible congruencia subjetiva (141) en el momento en el que su conducta configuró tal resolución.

## V

1. Hasta aquí, la sentencia a propósito de la cual hemos realizado el presente comentario nos ha brindado la oportunidad de efectuar una serie de reflexiones sobre algunos de los puntos conflictivos de la inducción a delito. En ella, el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de ocuparse de aspectos de gran relevancia en el ámbito de esta figura, constituyendo, su contribución, una importante aportación de nuestra jurisprudencia a la profundización de los siempre oscuros problemas de la participación delictiva. Ahora ha llegado el momento de señalar, en una anotación concreta del supuesto de hecho, que

---

(138) Como pone de relieve MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 310.

(139) Será de gran utilidad para la resolución de estos casos el tener presente figuras como las del dolo «alternativo», dolo «cumulativo», dolo «cumulativo» con indeterminación cuantitativa, etc. Sobre éstas, vid., con profunda amplitud, SILVA SÁNCHEZ (nota 44), *passim*, sobre todo, pp. 356 y ss (y las referencias que este autor hace a JOERDEN, *Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Voratz. Zugleich eine Grundlegung zum Problem des dolus alternativus*, ZStW 95 (1983), pp. 565-605.

(140) Vid., *supra* nota 135.

(141) Sobre el momento en el cual debe producirse esta congruencia «subjetiva», vid. nota 65. Cfr., sin embargo GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), p. 513, que admite la posibilidad de que el dolo se «actualice» durante la ejecución.

además, a nuestro juicio, el Tribunal Supremo ha resuelto el supuesto de hecho concreto con acierto.

2. En el supuesto de hecho de la presente sentencia destacan los siguientes puntos: respecto a la primera fase de la inducción, la cuestión de si afirmaciones del tipo «darle un escarmiento para que se marchara de la ciudad...» completadas por «pegara a la tal Amadora para así asustarla y que se marchara de la ciudad...» poseen el grado de «concreción» suficiente para la inducción, así como su alcance objetivo; y, respecto a la segunda fase, la cuestión de los presupuestos objetivos y subjetivos exigibles para que se pueda imputar al inductor lo realizado por el inducido, la cuestión de si la resolución provocada por la inductora se «corresponde» con lo ejecutado por el inducido (aquí, el inducido, además de causar unas lesiones graves, «aprovecha para tener contacto carnal con la agredida»).

Conforme a los criterios que ya hemos descrito, no existe problema en afirmar que en el presente caso la inductora provoca la resolución de cometer un hecho «concreto-individualizable» en su «configuración» (142). El problema radica, como también hemos señalado, en que la utilización de tales expresiones genera la cuestión de tener que delimitar el abanico de variantes de realización fáctica que «objetivamente» deberán considerarse «congruentes» con la resolución provocada (143). Es ésta una cuestión «de hecho» que debe ser resuelta por el Tribunal de instancia, atendiendo a cuantos elementos «situacionales» permitan a través de su «interpretación» «individualizar» el alcance de tal expresión. El Tribunal Supremo llega a la convicción, basada, tanto en el «contexto» de este tipo de delincuencia, como en la consulta de los autos, que tal expresión, si bien alcanzaba el «señalar» la cara de la víctima (144), no abarcaba, en cambio, el «contacto carnal» también cometido (145). Sin olvidar el respeto al «principio de inmediación» y atendiendo a los datos que se derivan de la descripción fáctica, debemos respetar la convicción del Tribunal. En este punto, respecto a las lesiones causadas, nos limitaremos aquí a señalar que normativamente el mensaje instigador posee el grado de concreción exigible en la inducción y que el «método» seguido en la individualización de las variantes fácticas es correcto (ciertamente, las variantes de tal expresión pueden alcanzar desde unas lesiones leves a unas graves). Respecto al «contacto carnal» la cuestión aún es más clara. Aquí, la actuación del autor reviste los caracteres del llamado «cambio de dolo» del inducido. En efecto, como queda constatado en hechos probados, fue *durante* la ejecución cuando el inducido pensó en *aprovechar* la oportunidad para tener «contacto car-

---

(142) Vid. *supra*, II, III-2, 5, V.

(143) Vid. *supra* IV, 6.

(144) Vid. el Fundamento de Derecho número cuatro de la sentencia (A. 4998, pp. 4789-4790).

(145) Igual que la nota anterior.

nal» con la víctima. Ello excluye que podamos ver en este punto la actuación del inducido como la ejecución objetivamente «congruente» de la «resolución» «provocada», sino que más bien constituye un supuesto de formación independiente y espontánea de «nueva» resolución (146). Es correcta por tanto la exención de responsabilidad que afirma el Tribunal Supremo respecto a esta parte de la ejecución (147) (el TS lo califica de exceso «cualitativo»).

Puesto que las lesiones causadas si que son objetivamente atribuibles a la resolución provocada por la inductora, sólo quedará por constatar si asimismo concurre la exigible «congruencia subjetiva» (148), esencial para afirmar la responsabilidad por inducción «completa». Aquí, el Tribunal llega a la convicción (hechos probados) de que la inductora por lo menos abarcó con dolo «eventual» el grado más alto de lesiones causadas (cubiertas —dice— «in genere»), por lo que en su opinión, no se puede hablar de un exceso «cuantitativo». Respetando también aquí la cuestión «de hecho», únicamente cabe indicar que, en este caso, como no existe una inducción con una sola variante de ejecución, sino con varias variantes de ejecución (de mayor a menor gravedad), el Tribunal debe haber constatado que el dolo del inductor (en cualquiera de sus modalidades) alcanza hasta el grado en cuestión. Si esto es así, no existirá reparo alguno en afirmar la responsabilidad por inducción «completa» (149). Por el contrario, si hubiera existido previsibilidad subjetiva culposa respecto al grado de lesiones más grave, debería estimarse más apropiada, a nuestro juicio, como ya se ha señalado, la solución del concurso (150).

---

(146) Vid. *supra* IV, 4.

(147) En esta fase, el inducido renuncia al «yacimiento» pretendido ante la manifestación de la víctima de que tenía la menstruación cuando ya había realizado actos ejecutivos (actos de fuerza, tender a la víctima en la cama, desnudarla, maniatarla...), pasando a cometer una «penetración anal». Como quiera que con anterioridad a la última reforma de nuestro CP, la «penetración anal» se calificaba como abusos deshonestos, aquí el supuesto fáctico plantea el problema de analizar la posible relevancia de tal «renuncia» como desistimiento voluntario. Puesto que el Tribunal condena por abusos deshonestos consumados, cabe pensar, aunque nada mencione al respecto, que le concede relevancia. De lo contrario, debería haber calificado los hechos como tentativa de violación. En cualquier caso, actualmente ello carecería de relevancia, puesto que la última reforma ha equiparado típicamente el «yacimiento» y la «penetración anal». Por ello, tal «renuncia» debería verse como desistimiento de una modalidad típica para cometer otra de sus alternativas típicas, esto es, como un desistimiento irrelevante para la calificación.

(148) Vid., *supra*, IV, 6.

(149) Vid., *supra*, IV, 6.

(150) Vid., *supra*, IV, 6. Por otra parte, cabe señalar que conforme a la nueva regulación del delito de lesiones, si en el futuro se interpretase el artículo 420,2 como un delito cualificado por el resultado, deberá exigirse que concorra en el inductor la exigible dualidad: dolo respecto a las lesiones/culpa respecto a las consecuencias «directas» más graves. Sobre ello, en este ámbito, cfr., ampliamente, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, 1966, pp. 308 y ss.; RODRIGUEZ MOURULLO (nota 4), pp. 859 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), p. 511.



# Jurisprudencia constitucional

**PUBLICADA EN JUNIO-SEPTIEMBRE DE 1989  
Y CON APLICACION EN MATERIA PENAL**

**ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA**  
Universidad Autónoma. Madrid

## **D) CONSTITUCION**

### ARTÍCULO 14

#### *Derecho a la igualdad*

Aunque la igualdad ante la Ley que consagra el artículo 14 de la Constitución implica, junto a la obligación de legislador de no establecer diferenciaciones irrazonables, la de no aplicar la Ley de manera discriminatoria, tal principio no impide en modo alguno que los órganos de la jurisdicción penal puedan adoptar las medidas cautelares de aseguramiento, personales o reales, previstas en el ordenamiento jurídico con entera libertad respecto de cada uno de los distintos encausados de un mismo proceso, habida cuenta que la finalidad perseguida con la adopción de dichas medidas no es otra que la de garantizar que la persona contra la que se dirige el proceso no intente sustraerse a la acción de la justicia y que la adopción o no de medidas cautelares, la elección de las mismas, e incluso su cuantificación, ha de hacerse en atención al mayor o menor número de probabilidades de que tal evento se produzca, siempre y cuando el órgano judicial justifique el distinto tratamiento dispensado a los imputados.

(Sentencia núm. 85/1989, de 10 de mayo. RA 1139/87. «BOE» de 13 de junio de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

#### *Igualdad. Sucesión de normas*

Pero la sucesión de normas, conforme ha afirmado este Tribunal (SSTC 70/1983, 103/1984 y 121/1984, entre otras), no puede hacerse equivaler a una

desigualdad de trato temporal ni constituye, en sí misma, infracción del artículo 14 de la Constitución (AATC 66/1987 y 226/1987). Por ello, tampoco cabe tachar de discriminatoria la argumentación del Tribunal Supremo, pues se limita a constatar la no vigencia, al tiempo de instarse la reclamación de la Ley Orgánica del Poder judicial, y rechaza motivadamente, conforme a la doctrina de la propia Sala sentenciadora, la no aplicación del artículo 121 de la Constitución al modo entendido por los recurrentes antes de entrar en vigor la citada Ley Orgánica del Poder Judicial.

(Sentencia núm. 128/1989, de 17 de julio. RA 816/87. «BOE» de 9 de agosto de 1989.—Ponente: Luis López Guerra.)

### *Principio de igualdad y derecho a la tutela judicial efectiva*

La demandante hace residir dicha vulneración en el distinto trato que en el trámite de calificación provisional, se dispensó al Ministerio Fiscal y al acusador privado y el que se tuvo con ella, puesto que en relación en aquellos se ordenó el traslado de la causa y, además, se requirió al Procurador del acusador privado para que se hiciese cargo de las actuaciones y, por el contrario, con la demandante se omitió, tanto la orden de traslado como el requerimiento, siendo, por ello, objeto de una discriminación que vulnera el citado principio de igualdad.

Este principio en su proyección específica a la igualdad de las partes en el proceso y, como tal, integrado, según se deja dicho en el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, significa que los Tribunales vienen constitucionalmente obligados a aplicar la Ley procesal de manera igualitaria que garantice a todas las partes, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a éste haya dado la Ley, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin conceder trato favorable a ninguna de ellas en las condiciones de otorgamiento y utilización de los trámites comunes, a no ser que existan circunstancias singulares determinantes de que ese equilibrio e igualdad entre las partes sólo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto que resulte razonable y sea adoptado con el fin precisamente de restablecer dicho equilibrio e igualdad.

Al no discutir la demandante la constitucionalidad del régimen preclusivo y de impulso de oficio que establece la LECr, que, sin duda, es el más apropiado a la naturaleza del proceso penal, resulta claro que su denuncia de violación del principio de igualdad carece de consistencia y debe, por ello, rechazarse, pues las desigualdades de trato que alega en modo alguno alteraron la igualdad de las partes, en cuanto que estando la causa, con su pleno conocimiento, a disposición de la parte a quien se le concede plazo para calificación provisional, la circunstancia de que la providencia en que así se acuerda no contenga expresa orden de traslado de la causa, que pudiera haber figurado en anteriores providencias en relación con otras partes, en nada supone ventaja para éstos, ni procede desequilibrio procesal alguno, siempre que se exprese, de manera clara y precisa, que se abre el plazo de calificación y, por tanto, no pueda la parte tener duda alguna acerca de su obligación de cumplir dicho trámite en el término por el cual se concede y de que la orden de traslado de la causa sea innecesaria por estar ya a su disposición desde el mismo momento en que se le notificó la providencia

La incuestionable concurrencia de estas condiciones en el caso aquí debatido evidencian el valor meramente nominalista y formulario de la alegación de desigualdad aquí aducida, en cuanto que resulta manifiesto que esa denuncia de omisión de la orden de traslado carece de incidencia alguna en el derecho a la igualdad procesal de la demandante, a quien ciertamente, cuando tenía a su disposición la causa, se le notificó providencia en la cual bien claramente se acordaba que, evacuado el trámite de calificación por la acusación particular, se pasaba a igual fin el curso de la causa a la representación de la asociación demandante por igual término de diez días, concediéndosele, por tanto, el trámite de calificación sin limitación alguna de su derecho a utilizarlo y en condiciones en las que no se aprecia desventaja alguna en relación con las partes que, con anterioridad a la demandante, cumplieron el mismo trámite.

Siendo igualmente indiscutible que el trámite de calificación, igual que cualquier otro trámite procesal, no puede iniciarse mientras la parte a quien se concede no puede evacuarlo por causas ajenas a su voluntad, resulta totalmente injustificada la alegación de desigualdad que trata de fundamentarse en el hecho de que el acusador privado se le requiriese para hacerse cargo de la causa y no se hiciese lo mismo con el demandante, ya que en relación con ésta dicho requerimiento no tenía sentido alguno por estar la causa a su disposición, mientras que para aquélla otra parte el requerimiento resultaba imprescindible, precisamente para mantener esa igualdad que tan infundadamente considera la demandante vulnerada, pues cuando se concedió el trámite al acusador privado no se le podía entregar la causa, por hallarse retenida a la espera de la incorporación de determinada documentación, pendiente de ser aportada a las actuaciones, y, por tanto, el requerimiento para que se hiciese cargo de la causa una vez cesara su retención era medida necesaria en protección de su derecho a utilizar el trámite dentro del término concedido, y con ello no se causó quebrantamiento alguno al derecho de la demandante a la igualdad procesal, sino que se impidió que esta igualdad, que también es un derecho de las demás partes, se quebrantara o vulnerara en relación con el acusador privado.

(Sentencia núm. 101/89, de 25 de junio. RA 1313/87. «BOE» de 4 de julio de 1989.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

#### ARTÍCULO 17.1

##### *Derecho a la libertad y seguridad*

V. Sentencia núm. 85/1989, de 10 de mayo, sobre *Libertad provisional bajo fianza*. Artículo 529 LECr.

#### ARTÍCULO 18.1

##### *Derecho al honor*

Carece también de toda relevancia constitucional la aducida infracción del derecho al honor consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución, pues es doctrina

reiterada de este Tribunal que la adopción de medidas judiciales, legalmente previstas, no producen una intromisión ilegítima en el derecho al honor, siempre que, como ocurre en este caso, estén acordadas dentro de los supuestos legalmente previstos y expresamente razonados en términos de Derecho.

(Sentencia núm. 85/1989, de 10 de mayo. RA 1139/87. «BOE» de 13 de junio de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

## ARTÍCULO 19

### *Derecho a la libre elección de residencia y circulación por el territorio nacional*

Carece también de relevancia la alegada infracción del derecho a la libre elección de residencia y circulación por el territorio nacional (art. 19 de la CE), pues, de una parte, como pone de manifiesto la Audiencia Nacional, la obligación de comparecer periódicamente ante el Juzgado instructor es mandato expreso del artículo 530 de la LECr, que exige la comparecencia *apud acta* de todo imputado en situación de libertad provisional. Y de otra parte, como este Tribunal ha dicho en supuestos similares al que nos ocupa (ATC 650/1984), la presentació ante el Juzgado, por ser una medida cautelar legalmente prevista, aunque ciertamente significa una restricción del derecho de libre elección de residencia, no constituye una vulneración al mismo aquella resolución judicial que, como ocurre en el presente caso, impone tal obligación dentro de los supuestos legales y en forma razonada en términos de Derecho. Todo ello sin olvidar que en este caso se ha permitido al recurrente efectuar la comparecencia ante el Juzgado de la ciudad por él elegida como lugar de residencia.

(Sentencia núm. 85/1989, de 10 de mayo. RA 1139/87. «BOE» de 13 de junio de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

## ARTÍCULO 20.1 a

### *Derecho a la libertad de expresión*

Este Tribunal ha afirmado reiteradamente que las libertades del artículo 20 de la Constitución no son sólo derechos fundamentales de la persona, sino también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando estas libertades dotadas por ello de una eficacia que trascienden a la común y propia de los demás derechos fundamentales, incluido el del honor (SSTC 6/1981, 114/1986, 107/1988 y 165/1987). Esta situación de «valor superior o de eficacia irradiante» de la libertad de expresión obliga a considerar en el enjuiciamiento penal de conductas en el ejercicio de esa libertad, si el ejercicio de esas libertades constitucionalmente protegidas como derechos fundamentales actúan como causa excluyente de la antijuridicidad» (STC 107/1988).

(Sentencia núm. 121/89, de 3 de julio. RA 1628/87. «BOE» de 24 de julio de 1989.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Ver la referencia al artículo 570 CP de esta misma sentencia.



## ARTÍCULO 24.1

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión. Incongruencia*

La relevancia que, desde una perspectiva constitucional, pueda tener la incongruencia denunciada nos conduce a realizar un breve pero necesario examen de la doctrina constitucional sobre dicha materia. Examen en el que es conveniente delimitar, en principio, lo que puede considerarse como distintas modalidades de la denominada «incongruencia» de las resoluciones judiciales; pues, en efecto, la falta de adecuación entre la parte dispositiva de las mismas y las pretensiones deducidas en el proceso, admite tres manifestaciones diferentes: Que la sentencia otorgue más de lo solicitado por el actor, que conceda menos de lo admitido por el demandado o que resuelva cosa distinta de lo pedido por ambas partes.

De estas tres modalidades, el análisis ha de centrarse a continuación, sobre la primera, toda vez que, del planteamiento efectuado por la recurrente en amparo se desprende que la incongruencia que atribuye a la resolución judicial en este supuesto, no se fundamenta en la ausencia de respuesta judicial a alguna de las prestaciones formuladas, sino por el contrario, en la extralimitación cuantitativa que se reprocha a dicha decisión respecto de las mismas; inadecuación que se reconduce, en definitiva a la fijación por el Tribunal de una cantidad superior a la solicitada por las partes, en concepto de responsabilidad civil derivada de la infracción penal, durante el desarrollo del proceso.

Pues bien, acerca de la relevancia constitucional de tal materia, así como sobre la incidencia que la misma pudiera tener sobre el contenido del derecho fundamental recogido en el artículo 24.1 de la Constitución, se ha pronunciado este Tribunal en numerosas ocasiones, configurando una doctrina que, a los efectos que ahora nos ocupan, puede resumirse en la consideración que se recoge en la STC 142/1987, de 23 de julio, recurso de amparo núm. 857/86, en los siguientes términos «... En definitiva, la indefensión a que alude el art. 24.1 CE, en cuanto a la incongruencia *extra-petita*, se refiere a que no puede el Juez o Tribunal alterar o modificar los términos del debate judicial (SSTC 34/1985, 116/1989 y 29/1987), debiendo ajustarse al objeto del proceso, pero en modo alguno omitir la decisión sobre el tema propuesto por la parte, ni por ello, pronunciarse sobre cuestión no alegada ni discutida ...».

Es, por tanto, la inadecuación entre el contenido del fallo o parte dispositiva de la resolución y las peticiones o pretensiones de las partes, provocando una merma de los derechos de contradicción y defensa de alguna de ellas, lo que determinará, conforme al criterio señalado, la vulneración del derecho consagrado en el artículo 24.1 de la CE y, en consecuencia, la trascendencia constitucional del referido desajuste.

Conviene precisar ante todo que en el orden penal, en el que se desarrolla la causa de la que dimana el presente recurso y según un criterio jurisprudencial reiterado, es el escrito de conclusiones definitivas el instrumento procesal que ha de considerarse esencialmente a efectos de la fijación de la acusación en el proceso; en consecuencia, y como ya se dijo en la STC 20/1987, de 19 de febrero, «la sentencia penal ha de resolver sobre las conclusiones definitivas de las partes y no sobre las provisionales...».

La cuestión ha sido resuelta por la sentencia recurrida sin incidir en la incon-

gruencia de este recurso de amparo. En efecto, conforme al artículo 242.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, «la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad». Subsanado el defecto mediante la nueva celebración del juicio oral con asistencia de la Mutua Nacional del Automóvil que, por falta de citación, no había comparecido en el primeramente celebrado, es claro que al elevar a definitivas sus conclusiones la acusación particular, no podían ser otras que las que con ese carácter tenía ya formuladas en su escrito de 25 de junio de 1985, cuyo contenido, con arreglo al citado precepto, podría permanecer invariable una vez que la parte elevó a definitivas las conclusiones en el juicio válidamente celebrado, con asistencia en el mismo de la actual recurrente en amparo. Por la instrucción de los autos y por la sentencia absolutoria dictada en la instancia en la que se recogían las conclusiones definitivas formuladas por las partes, y que fue notificada a la actual recurrente en amparo, conocía ésta el contenido de las pretensiones que el órgano judicial *a quo* consideraba formuladas en la causa y que, recogidas «en los antecedentes de hecho» coincidían con las efectuadas en el primer acto del juicio oral, sin que opusiera a ello objeción alguna la Mutua recurrente en amparo que ni siquiera compareció al acto de la vista de la apelación interpuesta por el Ministerio Fiscal y la acusación particular contra la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de Instrucción.

Sentado lo anterior, no cabe, en consecuencia, apreciar extralimitación alguna en la sentencia de segunda instancia que, aceptando tales «antecedentes de hecho» recogidos en la resolución impugnada, y que el desarrollo del recurso de apelación no habían resultado discutidos por ninguna de las partes, concedió una indemnización en concepto de responsabilidad civil por importe que no supera la mencionada petición.

Por tanto, y en suma, ni el contenido del fallo que se impugna supuso extralimitación alguna respecto de la solicitud expresa por la acusación particular en el curso del proceso ni al mismo puede reprocharse como pretende la actora, alteración de los términos en que se manifestó dicha petición; términos, que habían quedado clara y expresamente delimitados ya en la sentencia de instancia, y con respecto a los cuales, gozó la actual recurrente en amparo de las facultades de contradicción y defensa procesal que le correspondían, durante la tramitación de la causa, tanto en primera como en segunda instancia. Todo ello determina que no estimándose infringido el derecho fundamental que se invoca, la pretensión de la actora no pueda ser acogida en esta sede.

(Sentencia núm. 91/1989, de 16 de mayo. RA 210/87. «BOE» de 14 de junio de 1989.—Ponente: Fernando García-Mon.)

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Principio de contradicción*

La cuestión planteada en los términos expuestos ha sido objeto de diversas resoluciones de este Tribunal que conforman un Cuerpo de Jurisprudencia consolidada. De acuerdo con tal doctrina contenida, entre otras, en las SSTC 114/1986, de 2 de octubre, 112/1987, de 2 de julio, 66/1988, de 14 de abril y 53/1989,

de 22 de febrero, debe considerarse, en primer lugar, que es elemento integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), no sólo el acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos, sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral para que las partes del proceso puedan varler sús derechos e intereses legítimos. El principio de contradicción en cualquiera de las instancias es, además, exigencia imprescindible del derecho al proceso con las garantías debidas (art. 24.2 CE), para cuya observancia adquiere una singular relevancia constitucional el deber que incumple a los órganos judiciales de hacer posible que las partes puedan adoptar la conducta procesal que estimen conveniente a través de los oportunos actos de comunicación establecidos por la Ley Procesal. De esta manera sólo la incomparecencia en el proceso o en el recurso debida a la voluntad expresa o tácita de la parte, o por negligencia inexcusable a ella imputable, podría justificar, en principio, una resolución «inaudita parte».

(Sentencia núm. 109/1989, de 8 de junio. RA 1164/87. «BOE» de 4 de julio de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

#### *Derecho a la tutela judicial efectiva*

Ver sentencia núm. 85/1989, de 10 de mayo, sobre *Libertad provisional bajo fianza*. Artículo 529 LECr.

Ver sentencia núm. 83/1989, de 10 de mayo, sobre *Prescripción de los delitos y faltas*. Artículo 114 CP.

#### *Derecho a la tutela judicial efectiva*

Ver sentencias núms. 92/1989 y 94/1989, de 22 de mayo sobre *Recurso de revisión*. Artículos 954 y siguientes LECr.

#### *Indefensión*

El resultado de indefensión que prohíbe el artículo 24.1 de la Constitución es aquel que tiene su origen directo e inmediato en actos u omisiones de los órganos judiciales, estando excluidas de su ámbito protector las debidas a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que los representen o defienden y ya se deja dicho que la preclusión del término de calificación provisional conferido a la demandante tiene causa exclusiva en su voluntario incumplimiento, sin que en modo alguno haya intervenido en el mismo acción y omisión del Tribunal que declaró dicha preclusión.

(Sentencia núm. 101/89, de 25 de junio. RA 1313/87. «BOE» de 4 de julio de 1989.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

Doctrina reiterada de este tribunal viene afirmando que el concepto de indefensión de relevancia constitucional tiene un significado material, más allá de la observancia de las formas procesales, y que no coincide enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión (STC 48/1984). La indefensión constitucionalmente relevante comporta la introducción de factores diferentes del mero respeto de las normas procesales y del rigor de enjuiciamiento (Auto de 14 de mayo de 1986). También ha afirmado que esa indefensión consiste en la prohibición del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los interesados del afectado por la decisión judicial (Sentencia 23 de abril de 1989), si bien esa limitación de los medios de defensa ha de ser producido por una indebida actuación de los órganos jurisdiccionales (Sentencia de 21 de mayo de 1986). También es reiterada la doctrina del Tribunal de que no puede invocarse indefensión cuando la razón de la misma se debe de manera relevante a la inactividad o negligencia, por falta de la diligencia procesal exigible al lesionado o se genera por la voluntaria actuación desacertada, equívoca o errónea de dicha parte (STC 109/1985), diligencia que se refiere no sólo a la persona del recurrente, sino también a la de su representación procesal, por lo que las eventuales lesiones resultantes de las relaciones entre el justiciable y su representante procesal no son amparables constitucionalmente, y ello por la razón de que no son atribuibles a un poder público (STC 205/1988).

(Sentencia núm. 112/89 de 19 de junio. RA 386/88. «BOE» de 24 de julio de 1989.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

## ARTÍCULO 24.2

### *Derecho al Juez imparcial*

Como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en sus SSTC 113/1987, fundamento jurídico 4.º, 145/1988, 47/1982, 261/1984, 44/1985 y 148/1987, de las garantías del proceso debido, que reconoce como derecho fundamental el artículo 24.2 CE, forma parte la del Juez imparcial, la cual constituye no sólo una de las notas esenciales del principio acusatorio, que encuentra su protección constitucional en el derecho a un «proceso con todas las garantías», sino también y al propio tiempo es un derecho fundamental, implícito en el derecho al Juez legal, proclamado en el mismo núm. 2 del artículo 24 de la Constitución.

La necesidad de atribuir la fase de instrucción y la del juicio oral a dos distintos órganos jurisdiccionales conforma hoy, frente al proceso penal inquisitivo del antiguo régimen, la primera nota que ha de concurrir en un proceso penal acusatorio, pues, debido a la circunstancia de que la actividad instructora puede comportar una labor esencialmente inquisitiva, a fin de prevenir el prejuzgamiento y evitar que el acusado sea juzgado por un órgano falto de imparcialidad, se hace necesario que aquella función sea encomendada a un órgano, al que se le ha de vedar expresamente la posibilidad de entender del juicio oral, cuyo conocimiento ha de quedar reservado a otro órgano jurisdiccional que no haya efectuado actividad inquisitiva alguna contra el imputado.

Asimismo, y desde un punto de vista orgánico, el derecho a ser juzgado por un Juez o «Tribunal independientemente e imparcial» (art. 14.1 del Pacto Inter-

nacional de Derechos Civiles y Políticos y 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) constituye la principal exigencia del derecho al Juez legal, que ha de presidir la constitución de los órganos jurisdiccionales penales, pues, si nuestra Constitución sanciona el derecho que a todos asiste al «Juez ordinario predeterminado por la Ley», habida cuenta de que la Constitución es la primera Ley que ha de ser acatada por todos los Poderes Públicos (art. 9.1) y que nuestra misma Ley fundamental, en sus artículos 24.2 y 117.1, eleva la independencia judicial y, la *imparcialidad* a nota circunstancial de todo órgano jurisdiccional, es evidente que la constitución de un órgano judicial, en el que pudiera presumirse su falta de imparcialidad, ha de conculcar el derecho al Juez legal.

Así lo ha confirmado, tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo (asuntos Piersack, S. de 1 de octubre de 1982 y de Cubber, S. de 26 de octubre de 1984), como las de este propio Tribunal (SSTC 145/1988, de 12 de julio; 164/1988, de 26 de septiembre y 11/1989, de 24 de enero), que ha reputado como contrarios al derecho al Juez legal «imparcial» el que un mismo órgano, instructor y decisor, pueda imponer penas privativas de libertad.

En el presente recurso, sin embargo, lo que ha de abordarse no es la problemática constitucional que suscitaba en términos generales y abstractos el artículo 2 de la Ley Orgánica 10/1980, resuelta, como se ha dicho por la STC 145/1988, sino si su aplicación en el presente caso ha supuesto efectivamente para el demandante la lesión de sus derechos fundamentales y al Juez ordinario a su proceso con todas las garantías y al Juez legal.

A los expresados efectos, puesto que no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción, debe comprobarse, examinando las actuaciones, si el Juez recusado había realizado previamente una actividad que merezca la referida calificación. En tal sentido, y debido a la circunstancia de que la instrucción comporta la realización de múltiples y heterogéneos actos, algunos de los cuales podrían no tener naturaleza inquisitiva, en la línea preconizada por la STC 145/1988 se impone un atento estudio de los realizados en el presente caso a fin de determinar si, en su ejecución, pudo el Juez instructor comprometer su imparcialidad.

Partiendo de la anterior doctrina se hace obligado señalar en el caso que nos ocupa que, de los diversos actos realizados por el Juez de Instrucción, existen dos que, sin lugar a dudas, comportan una actividad esencialmente inquisitiva: El interrogatorio judicial del detenido y el Auto de prisión provisional.

Si bien no todo interrogatorio judicial ha de originar necesariamente la presunción de pérdida de imparcialidad del Juez instructor y así sucede, por ejemplo, en la declaración del imputado «para ser oído» de los artículos 486 y 488 LECr en la que, como su nombre indica, el Juez ha de limitarse a escuchar la declaración del imputado sobre los cargos con carácter previo a adoptar, en su caso, su procesamiento, dicha pérdida de imparcialidad objetiva ha de estimarse concurrente en el interrogatorio judicial del detenido (art. 386), en el que, siendo de aplicación inmediata o supletoria, las normas relativas a las «declaraciones indagatorias», las preguntas del Juez han de ser directas y dirigirse «a la averiguación de los hechos y la participación en ellos del procesado» (art. 389), por lo que al término de dicho interrogatorio el Juez puede haberse formado una determinada convicción acerca de la participación del imputado en el hecho punible, que hace obligada su exclusión en la fase de conocimiento del juicio oral.

Similares consideraciones son también de aplicación en la adopción de la prisión provisional, la cual no tiene por qué necesariamente erigirse en causa de abstención o de recusación a los efectos de preservar la imparcialidad del Juzgador. Dicha pérdida de imparcialidad tan sólo habrá que estimarla concurrente cuando el Juez de Instrucción adopte de oficio esta medida cautelar sin la previa instauración del contradictorio.

(Sentencia núm. 106/1989, de 8 de junio. RA 464/87. «BOE» de 4 de julio de 1989.—Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

### *Derecho a ser informado de la acusación formulada*

Es cierto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha previsto la necesidad de notificación personal al justiciable del hecho de la apelación, pero esta falta de previsión legal no libera al órgano judicial, e incluso al propio Ministerio Público de velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales. La STC 24/1982 ha afirmado que la asistencia de Letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado, en otras, y además (unida ya con la representación del Procurador), un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando así mantuviese una actitud pasiva procediendo directamente al nombramiento de Abogado y Procurador». Si esto se ha dicho para facilitar el acceso a una garantía esencial como es la del recurso, aún con mayor rigor hay que afirmarlo cuando ya no trata de asegurar el derecho a la defensa del imputado, para evitar una condena superior a la impuesta en la instancia. Por ello, a la luz del artículo 24.2 de la Constitución, que garantiza el derecho a no ser condenado sin ser oído, y, por tanto, a no ser condenado sin haber podido ejercer el derecho a la defensa, con la debida asistencia letrada, corresponde cuando se trata de reos asistidos de oficio al celo del órgano judicial e incluso también del propio Ministerio Fiscal, evitar, aun a falta de previsión expresa por parte de la Ley, que se produzcan situaciones de indefensión no imputables al condenado, como la que ha tenido lugar en el presente caso.

Oponer a las conclusiones precedentes la falta de previsión expresa por parte de las leyes de este trámite de citación o emplazamiento personal en supuestos como el que centra la presente demanda de amparo, supondría desconocer el efecto de prevalencia de la CE (art. 9.1 y Disposición derogatoria tercera), en cuya virtud es norma superior y posterior. Ello tiene la consecuencia, como reiteradamente (desde nuestras SSTC 4/1981 y 9/1981, fundamentos jurídicos 5.º y 3.º, respectivamente), ha establecido este Tribunal que todo el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado conforme a aquélla y en la medida más favorable a los derechos fundamentales. De este modo, la Constitución se constituye en la parte general del ordenamiento jurídico, y aunque pudiera resultar útil en algunos casos, no es sistemáticamente necesaria la reiteración permanente de las cláusulas de salvaguarda que los derechos fundamentales incorporan a lo largo de todo el ordenamiento jurídico; de la estructura y funcionalidad de las Institucio-

nes, los Tribunales ordinarios y, en su caso, este mismo, han de extraer las consecuencias lógicas de la incorporación de la Norma fundamental al ordenamiento jurídico que encabeza.

(Sentencia núm. 112/89 de 19 de junio. RA 386/88. «BOE» de 24 de julio de 1989.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

#### *Derecho a un proceso público con todas las garantías*

En la invocación del derecho a un proceso público con todas las garantías se vuelven a esgrimir argumentos que se dejan ya inaceptados, insistiendo en que no se señaló plazo para recoger la causa ni se acordó explícitamente orden de dar traslado de las actuaciones, respecto, de las cuales debemos nuevamente precisar que ni esta orden ni el señalamiento del indicado plazo constituyen garantías que vengan establecidas en la Ley como de obligado y esencial cumplimiento, pues los artículos 649 y siguientes de la LECr, únicamente disponen que «se comuniquen la causa» para que las partes califiquen por escrito los hechos, y esto es lo que ordenó en la providencia de 13 de agosto, la cual no necesitaba de posterior orden de traslado de la causa ni de requerimiento para hacerse cargo de la misma, por estar ésta a disposición de la demandante, para que el término por el cual se otorgó el trámite se entendiera iniciado y debiera la parte utilizar dentro del mismo, si así lo consideraba conveniente su derecho, el trámite conferido.

Por otro lado, el que en algunos Tribunales exista la práctica de que el proveído por el cual se acuerda el traslado para calificación sea seguido de requerimiento al Procurador «bien formalmente o bien a través de nota o comunicación verbal», para que se haga cargo de las actuaciones, y en el caso de autos no se haya observado esta práctica, carece de incidencia en el citado derecho fundamental, dado que se trata de una práctica *extra legem* que en modo alguno puede configurarse protegida por el artículo 24.2 de la Constitución, al menos si resulta evidentemente innecesaria, tal como ocurre en el supuesto del presente recurso.

(Sentencia núm. 101/89, de 25 de junio. RA 1313/87. «BOE» de 4 de julio de 1989.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

#### *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*

Que, aun aceptando que el objeto de la demanda de amparo se extendiera también a la pretendida lesión del derecho del actor a un proceso sin dilaciones indebidas, no resulta tampoco viable el amparo que se nos pide: primero, porque la apreciación ahora de las pretendidas dilaciones indebidas en que pudo haber incurrido el Juzgado de Distrito no podrá conducir a que este Tribunal adoptase medidas para hacerlas cesar, una vez que ha concluido el procedimiento penal en ambas instancias, y ello sin perjuicio de que la inactividad judicial denunciada por el actor pudiera configurar, un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que haya generado daños indemnizables con arreglo a la legislación vigente; y segundo, porque la apreciación en esta sede de tales

dilaciones indebidas no podría en modo alguno traducirse, frente a lo que el actor pretende en sus escritos de demanda y de alegaciones, en el reconocimiento al mismo de un derecho a la interrupción del plazo de prescripción, si, como consecuencia de la demora judicial en dictar sentencia, el proceso estuvo efectivamente paralizado durante el tiempo que la Ley señala para entender extinguida la responsabilidad penal del acusado, pues tal pronunciamiento no es medio de reparación adecuado de la lesión por dilaciones indebidas, dado que, como ha declarado este Tribunal en la sentencia 255/1988, de 21 de diciembre, antes citada, el derecho a que el proceso se tramite y resuelva en un plazo razonable es independiente del juego de la prescripción penal.

(Sentencia núm. 83/1989, de 10 de mayo. RA. 342/87. «BOE» de 13 de junio de 1989.—Ponente: Leguina Villa.)

### *Presunción de inocencia*

Con arreglo a la doctrina de este Tribunal, elaborada en torno a la presunción de inocencia, cuya reiteración excusa de su concreta cita, el principio de libre valoración de la prueba es constitucionalmente válido y no cabe revisar en esta vía de amparo la ponderación que de la misma hayan llevado a cabo los órganos judiciales en el ejercicio de la propia jurisdicción (art. 117.3 de la Constitución). Sin embargo, al haber sido elevada la presunción de inocencia por el artículo 24.2 de la Constitución al rango de derecho fundamental y, como tal, vinculante para todos los Poderes Públicos, su desvirtuación exige la existencia de una actividad probatoria, practicada normalmente en el juicio oral con las debidas garantías procesales, que contenga elementos incriminatorios respecto a la participación de los acusados en los hechos ilícitos enjuiciados. A este propósito, es preciso añadir también que la producción de las pruebas en el juicio oral y su libre valoración por el Tribunal de instancia no comportan en modo alguno que, orden a la formación de la convicción a la que se orienta dicha actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia a los actos de investigación sumarial y, en concreto, a las declaraciones prestadas ante la policía y ante el Juez instructor con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal puede integrar el contenido de la auténtica actividad probatoria desarrollada en el juicio oral y, por lo mismo, puede fundarse en tales declaraciones la convicción de los órganos judiciales, siempre que se hayan reproducido en el plenario, no a través de la simple fórmula ritual al uso, sino en efectivas condiciones de inmediación, oralidad y publicidad, que permitan la contradicción y el debate sobre sus garantías y verosimilitud.

Asimismo, el Tribunal ha declarado también (SSTC 174/1985, 175/1985 y 229/1988) que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, entendida como aquélla que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos que no son los integrantes de la figura delictiva enjuiciada, pero de los que puede inferirse lógicamente la participación de los procesados en la conducta tipificada como delito. Para ello es necesario, sin embargo, que los indicios estén plenamente probados, no pudiendo tratarse de meras sospechas, y que



el órgano judicial haga explícito el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, haya llegado a la conclusión de que los acusados realizaron la conducta delictiva. Exigencia esta última que, como declara la STC 299/1988, de 1 de diciembre, «deriva también el art. 120.3 de la Constitución, según el cual las sentencias habrán de ser siempre motivadas y del art. 24.1 de la misma, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría motivada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo».

(Sentencia núm. 197/1989, de 8 de junio. RA 687/87. «BOE» de 4 de julio de 1989.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

Ver sentencia núm. 94/1989, de 22 de mayo, sobre *Recurso de revisión*. Artículo 954 y siguientes LECr.

Ver sentencia núm. 135/89, de 19 de julio, sobre *Auto de procesamiento*. Artículo 384 LECr.

## ARTÍCULO 25.1

### *Principio de legalidad*

Con el fin de ponderar adecuadamente la entidad de este reproche, es preciso recordar que el artículo 25.1 de la Constitución establece una garantía de orden material y alcance absoluto que se traduce en la ineludible exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, lo que significa que una sanción sólo podrá imponerse en los casos previstos y tipificados en normas prestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión y con observancia de los límites previstos por dichas normas.

(Sentencia núm. 136/89, de 19 de julio. RA 866 y 867/88. «BOE» de 10 de agosto de 1988.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

### *Principio «non bis in idem»*

El principio *non bis in idem* a que alude la segunda línea argumental de la demanda de amparo, aunque no consagrado constitucionalmente de forma expresa, está íntimamente vinculado, más que con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1, invocado por los actores, con los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el artículo 25 de la Constitución.

De acuerdo con la doctrina consolidada de este Tribunal (SSTC 1/1981, de 30 de enero; 159/1985, de 27 de noviembre; 23/1986, de 14 de febrero y 94/1986, de 8 de julio, entre otras), la aplicación de dicho principio supone, en lo que ahora importa, que las autoridades de un mismo orden, a través de procedimientos distintos, no puedan sancionar repetidamente una misma conducta ilícita, por

entrañar esta duplicación de sanciones una inadmisble reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. De otro lado, el derecho de los ciudadanos a no ser sancionados sino en las condiciones establecidas por el artículo 25.1 de la Constitución implica también que los mismos hechos enjuiciados por distintos órganos del Estado no puedan existir y dejar de existir al mismo tiempo, pues a ello se oponen no sólo elementales exigencias lógicas, sino también el principio general de seguridad jurídica que el artículo 9.3 de la Constitución consagra (STC 77/1983, de 3 de octubre).

(Sentencia núm. 19/1989, de 8 de junio. RA 687/87. «BOE» de 4 de julio de 1989.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

## II. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

### ARTÍCULO 118

#### *Reconocimiento de la condición de imputado. Efecto de una declaración prestada con incumplimiento de las garantías constitucionales*

Es innegable que la condición de imputado nace de la admisión de una denuncia o una querrela (no, por cierto, de la simple interposición de una u otra), pero si eso es claro no lo es tanto su vinculación con «cualquier actual procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas» (art. 118, párrafo segundo LECr). Si, como acabamos de ver, no basta la interposición de denuncia o querrela contra persona determinada para convertirlo en imputado con el alcance del artículo 118, menos debe bastar con el mismo efecto la atribución de un hecho punible a persona cierta y determinada en cualquier diligencia, o, en concreto, por cualquier testigo. La fórmula del artículo 118.2 LECr, no puede ser entendida literalmente, sino que debe ser completada por la imprescindible valoración circunstanciada del Juez instructor, como en términos semejantes dijimos en el fundamento 3.º de la STC 37/1989. Es el titular del órgano instructor quien debe ponderar si la atribución, formulada por ejemplo por un testigo, de un hecho punible a persona cierta es «más o menos fundada» o por el contrario manifiestamente infundada. Es el instructor quien debe efectuar una provisional ponderación de aquella atribución, y sólo si él la considera verosímil o fundada de modo que nazca en él una sospecha contra persona determinada, deberá considerar a ésta como imputado, poner en su conocimiento la imputación y permitirle o proporcionarle la asistencia de Letrado. Este Tribunal Constitucional, que no puede conocer de los hechos (art. 44.1b LOTC), si puede, sin embargo, ponderar la valoración judicial, expresa o tácita, de los mismos, en orden al cumplimiento del derecho de defensa técnica del imputado *ex* artículo 118, porque de no ser así el derecho del artículo 24.2 CE en orden a la defensa y a la asistencia de Letrado quedaría en este supuesto exento de control en vía de amparo. No obstante, dado que es el Juez instructor y no este Tribunal quien tiene un contacto directo con aquellos mismos hechos y dado el carácter indiciario y no probatorio que puede resultar de las diligencias sumariales, es necesario reconocer al Juez instructor un razonable margen de apreciación

en el reconocimiento de la condición de imputado a quien se atribuya un hecho punible en cualquier actuación sumarial. Pero también es preciso advertir que el órgano instructor no deberá retrasar el otorgamiento de tal condición a alguien de quien fundadamente sospeche, ni podrá prevalerse de un consciente retraso para interrogarle en calidad de testigo, quien a diferencia del imputado está obligado a comparecer y a decir verdad, en tanto que al imputado le asiste su derecho a no declarar contra sí mismo. El Instructor deberá evitar que alguien a su entender sospechoso declare en situación desventajosa; por el contrario, deberá considerarlo imputado con advertencia expresa de la imputación para permitir su autodefensa y deberá proveer a la asistencia técnica de Letrado, tan pronto como se otorgue credibilidad a la imputación de un hecho punible a persona cierta, evitando así, con una recta interpretación del artículo 24.2 de la Constitución («...todos tienen derecho ... a la defensa y a la asistencia de Letrado...») integrado en el artículo 118 LECr, situaciones lesivas del derecho fundamental citado y, de modo especial, autoincriminaciones del declarante que verosímelmente no se habrían producido si este hubiera estado oportunamente advertido de una imputación de la que una vez conocida podría autodefenderse de modo expreso o guardando silencio, o beneficiándose del consejo técnico de su Abogado.

Finalmente, y dentro de las consideraciones basadas en nuestras propias resoluciones, importa recordar que la invalidez de las declaraciones sumariales prestadas con incumplimiento de las garantías reconocidas al imputado en el artículo 118 de la LECr sólo trascenderán con efecto difusor a otros actos del procedimiento, cuando se produzca una efectiva indefensión del imputado por no ser su declaración irregular el único fundamento de su procesamiento.<sup>1</sup> Si no se da tal circunstancia, aquella irregularidad no debe trascender por sí sola hasta causar la nulidad del juicio y menos aún la anulación de la declaración indiciaria de criminalidad a la que se refiere el artículo 384 de la LECr, siempre que pueda decirse que el procesamiento se adoptó con abstracción de las manifestaciones del imputado en su declaración irregular, y que los correspondientes indicios racionales de criminalidad en que debe basarse todo Auto de procesamiento resultan de otros elementos o diligencias sumariales distintos de aquella declaración viciada y respecto de los cuales no se formule tacha de invalidez alguna. Así se desprende de numerosas sentencias y autos de este Tribunal pudiendo citarse entre aquéllas la 47/1986, en sus fundamentos jurídicos 1.º y 2.º; la 37/1989, fundamento jurídico 3.º; y la 66/1989, y entre los Autos el 215/1987 y el 234/1989, por citar sólo los más recientes.

(Sentencia núm. 135/89, de 19 de julio. RA 1273/89. «BOE» de 10 de agosto de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

ARTÍCULOS 182 Y 11 LO 10/1980, DE 11 DE NOVIEMBRE, DE ENJUICIAMIENTO ORAL DE DELITOS DOLOSOS, MENOS GRAVES Y FLAGRANTES

*Apelación contra sentencia: Emplazamiento personal*

Ver sentencia núm. 112/89, de 19 de junio sobre *Derecho a ser informado de la acusación formulada*. Artículo 24.2.

## ARTÍCULO 384

*Auto de procesamiento. Presunción de inocencia*

El auto de procesamiento supone el ejercicio de la potestad jurisdiccional, atribuida por el artículo 117.3 CE a los Tribunales penales, pues a ellos corresponde apreciar si existe algún indicio racional de criminalidad determinante de la resolución prevista en el artículo 384 LECr: apreciación que descansa necesariamente sobre una ponderación de los hechos y circunstancias concurrentes que no puede trasladarse al ámbito constitucional, por lo que únicamente en los casos en que la decisión aparezca notoriamente infundada por carecer de base fáctica o de indicios racionales de cargo o por estar apoyada en fundamentos arbitrarios puede suscitarse la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Como hemos dicho tantas veces que la frecuencia nos excusa de citar resoluciones concretas, ni se puede confundir un auto de procesamiento, que en sí mismo no encierra declaración de culpabilidad, con una sentencia condenatoria; ni la actividad probatoria de cargo exigible en el juicio oral para disipar la presunción de inocencia es trasladable a la fase sumarial, pues, salvo excepción, en el sumario no se practican pruebas. Ello no significa que la presunción de inocencia no pueda ser vulnerada en un auto de procesamiento, pues tal lesión podría producirse si el órgano judicial dictase su resolución de modo arbitrario, caprichoso o notoriamente infundado, pero siempre hay que tener en cuenta que, por las razones antes expuestas, al autor del Auto de procesamiento no se le puede exigir el mismo grado de certeza que al Juzgador que condena, si bien sí le es exigible que razone de dónde emanan los indicios de criminalidad.

Por consiguiente, este Tribunal no ha de valorar las diligencias sumariales y su contenido fáctico, sino que, tanto a propósito de la presunción de inocencia como de la prisión provisional, sólo ha de examinar en el caso presente si los autos impugnados se apoyan en unos hechos extraídos de las diligencias sumariales y si sobre ellos se razona de modo explícito y consistente la existencia de indicios racionales de criminalidad (art. 384 LECr) y de motivos bastantes para creer responsable criminal del delito a la persona contra la que se acuerda el procesamiento y la prisión (art. 503.3 LECr).

(Sentencia núm. 135/89, de 19 de julio, RA 1273/89. «BOE» de 10 de agosto de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

## ARTÍCULO 503

*Auto de prisión. Presunción de inocencia*

Ver sentencia núm. 135/89, de 19 de julio, sobre *Auto de procesamiento*. Artículo 384 LECr.

## ARTÍCULO 529

*Libertad provisional bajo fianza*

El recurrente considera que el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas infringe el derecho a la libertad y seguridad consagrado en el artículo 17.1 de la Constitución, así como el de obedecer la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1, pues, a su juicio, las medidas cautelares adoptadas —libertad provisional con fianza, en un momento determinado, y libertad provisional con obligación de comparecer periódicamente ante el Juzgado, después— no tienen base legal, dado que el delito por el que puede ser condenado está castigado con pena de multa y la situación de rebeldía no es una de las circunstancias previstas en el artículo 503 de la LECr para poder decretar la prisión provisional.

Pero tampoco esta alegación puede servir como fundamento a la demanda de amparo, en base a las siguientes razones:

La libertad provisional es una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que queda así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente. Dicha medida está expresamente prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y viene determinada por la falta de presupuestos necesarios para la prisión provisional, que puede acordarse con o sin fianza (art. 529), debiendo el inculcado prestar obligación *apud acta* de comparecer en los días que le fueren señalados por la resolución correspondiente y, además, cuantas veces fuere llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa (art. 530). Por ello, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, no puede deducirse, como hace el recurrente, que la libertad provisional sólo puede adoptarse cuando concurren los requisitos para adoptar la prisión provisional, ya que en el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dicha medida cautelar es intermedia entre la prisión y la libertad, y tiene por ello sus propios presupuestos, que son los previstos en el artículo 529, distintos de los de la prisión provisional.

Como este Tribunal ha declarado en la STC 66/1989, de 17 de abril, la inconstitucionalidad declarada en la STC 160/1986, de 16 de diciembre, respecto de la previsión de sanciones penales privativas de libertad en la Ley 40/1979 para los delitos monetarios, «no impide que los órganos judiciales puedan adoptar medidas cautelares legalmente previstas en orden a asegurar la comparecencia a juicio de los procesados» (fundamento jurídico 5.º). En el presente caso, la adopción y mantenimiento de la medida cautelar de libertad provisional bajo fianza (en concreto el mantenimiento de la fianza para la continuación en libertad provisional del recurrente) durante determinado período de la instrucción de la causa, ha sido considerada necesaria para los órganos judiciales para asegurar la disponibilidad del hoy recurrente ante el Juez o Tribunal, dado que el recurrente había estado durante cierto tiempo en situación de rebeldía y, por tanto, sin sujeción personal al procedimiento, y así lo ponen de manifiesto las resoluciones judiciales dictadas a tal fin, ahora impugnadas en vía de amparo.

Aunque para la resolución del presente recurso no es preciso cuestionarse si es posible decretar la prisión provisional para los delitos castigados con penas no privativas de libertad, como ocurre en el caso que nos ocupa (entre otras

razones, porque el Ministerio Fiscal, en libertad provisional sin fianza), cabe precisar que la interpretación que tanto el Juzgado Central de Instrucción como la Audiencia Nacional han hecho del artículo 503 de la LECr, en modo alguno puede considerarse infundada, teniendo en cuenta que la finalidad de todas las medidas cautelares es asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la posterior presencia del mismo en juicio, y que el citado precepto permite que el Juez decrete la prisión provisional cuando el delito tenga señalada pena de prisión menor «o inferior», lo que permite incluir a las penas pecuniarias.

Por último, como razona el Fiscal en su escrito de alegaciones, la situación procesal del recurrente ha variado sustancialmente durante la tramitación del presente recurso de amparo, puesto que el Juzgado instructor ha declarado, en auto de 23 de septiembre de 1987, la libertad provisional sin fianza del recurrente, por lo que es obvio que una de las pretensiones del recurso de amparo ha sido concedida, al menos implícitamente, por el propio órgano judicial.

De lo expuesto se deduce, como consecuencia de la medida cautelar por el recurrente de amparo, como consecuencia de la medida cautelar de libertad provisional, no es contraria al artículo 17.1 de la Constitución, pues la misma ha sido adoptada en los casos y en la forma previstos en el ordenamiento procesal, en resoluciones debidamente motivadas y fundadas.

(Sentencia núm. 85/1989, de 10 de mayo. RA 1139/87. «BOE» de 13 de junio de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

#### ARTÍCULO 530

##### *Comparecencia apud acta*

Sentencia núm. 85/1989, de 10 de mayo, sobre *Derecho a la libre elección de residencia y circulación por el territorio nacional*. Artículo 19 CE.

#### ARTÍCULO 649 Y 651

##### *Conclusiones provisionales. Traslado de la causa a las partes*

Ver sentencia núm. 101/89, de 25 de junio sobre *Principio de igualdad y derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a un proceso público con todas las garantías legales*.

#### ARTÍCULO 732

##### *Conclusiones definitivas*

Ver sentencia núm. 91/1989, de 16 de mayo sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión. Incongruencia*. Artículo 24.1 CE.

## ARTÍCULO 954 A 961

*Recurso de revisión. Promoción y legitimación. Derecho a la tutela judicial efectiva. Declaración autoinculpatoria ante Notario*

Es cierto al respecto que el escrito de demanda no delimita debidamente al titular de la resolución que presuntamente impidió al recurrente obtener la tutela judicial efectiva que reivindica. Para aclarar esta cuestión bastará recordar la postura sentada en nuestra STC 124/1984, de 18 de diciembre, y reiterada entre otras resoluciones, en el ATC 178/1987, que distingue, con arreglo a la LECr, entre promoción del recurso de revisión y legitimación para interponer el citado recurso. La legitimación para interponer ante el Tribunal Supremo dicho remedio extraordinario corresponde al Ministerio Fiscal, por orden del Ministerio de Justicia (art. 956 LECr) o por iniciativa propia (art. 957 LECr); a los particulares contemplados en el artículo 955 de la mentada Ley, sólo se les reconoce la posibilidad de instar ante el Ministerio de Justicia la apertura del expediente de planteamiento de la revisión, que desempeña un papel parecido al de un trámite de admisión. Nada impide, por otro lado, que el particular interesado se dirija directamente a la Fiscalía General del Estado para que, sirviéndose este órgano de la noticia que le suministre dicho particular, plantee ante el Tribunal Supremo el correspondiente recurso de revisión.

Superado el obstáculo que suponía la indeterminación procesal del órgano emisor de la resolución cuestionada constitucionalmente, es preciso acto seguido establecer si asiste razón al recurrente en su demanda, es decir, si se le ha privado del derecho a la tutela judicial efectiva por no permitírsele el acceso a la jurisdicción de forma que ésta analizara si realmente, a la vista de la prueba presentada, procedía la revisión de su condena.

Para dilucidar este extremo han de abordarse dos cuestiones: por un lado, la de si es posible atribuir a un órgano no judicial una lesión en el derecho a la tutela judicial efectiva, y, por otro, de admitirse la posibilidad enunciada, la de la medida en que ha podido quebrarse en este caso el derecho en cuestión, si tal quiebra ha existido.

En lo tocante a la primera cuestión, no resulta descartable, según se ha dicho por este Tribunal, la existencia de impedimentos a la obtención de una resolución judicial de fondo (objeto que constituye de ordinario el contenido de la tutela judicial efectiva: Entre otras muchas, la reciente STC 222/1988, fundamento jurídico 2.º), cuando la pretensión del justiciable se ve rechazada *a limine* por un motivo legal de inadmisión o de procedibilidad cuya determinación no corresponde, como sucede de ordinario, a los órganos judiciales, sino a otros órganos públicos de naturaleza y funciones diversas de la jurisdiccionalidad como en el presente caso el Ministerio de Justicia; pues la peculiar organización de algunos supuestos en lo que respecta al acceso a la jurisdicción no supone en sí misma una limitación exhorbitante.

Para lo que aquí interesa, es decir, en el recurso de revisión penal, en cuyo planteamiento concurren dos valores jurídicos relativamente antitéticos, pero fundamentales, a saber, la justicia y la seguridad jurídica (arts. 1.1 y 9.3 de la Constitución), no resulta inadecuado para la sustanciación del mismo que en su fase de promoción o de interposición se disponga por la Ley de un tamiz institucional,

no judicial, que haga las veces de fase de admisión, como se señala en la citada STC 124/1984 (fundamentos 2.º y 6.º), para evitar su utilización indebida. Ello no significa que, como señalábamos ya en esa misma resolución, en su fundamento jurídico 7.º, la regulación actual satisfaga debidamente las aspiraciones de justicia y seguridad jurídica, por cuanto «la Constitución postula un nuevo sistema regulador del recurso de revisión penal, que corrija las insuficiencias del actual, legitimado al interesado para su interposición».

Dado, según lo que acabamos de ver, que un organismo no judicial puede, en determinados supuestos, lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva, debe analizarse ahora si tal lesión se ha producido realmente en el presente caso. Resultando obvio, como también se decía en la misma STC 124/1984 (fundamento jurídico 8), que no puede este Tribunal «autorizar sin más el acceso directo» al recurso de revisión penal en cuestión, lo cual sería una manera de crearlo sin tener competencia para ello, resulta serlo también que entra en la competencia de este Tribunal enjuiciar una eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cometida con ocasión de la aplicación del vigente régimen de la revisión penal, y ello con tanto rigor cuanto el acto que impidió al interesado acceder al recurso no emana precisamente de un órgano judicial. Tal enjuiciamiento ha de basarse en «examinar si las razones de la negativa (del Fiscal General del Estado) a interponer el recurso de revisión son o no arbitrarias», como señaló en el ATC 113/1987, de 4 de febrero (fundamento jurídico único). Para ello ha de partirse del análisis del informe de la Fiscalía General del Estado que el Ministerio de Justicia hace suyo.

Este primer análisis evidencia, en primer lugar, que dos de las objeciones que formula resultan claramente hechas a mayor abundamiento, por lo que no requieren una respuesta expresa. De un lado, el funcionario del Ministerio Fiscal informante en el expediente abierto en la Fiscalía General del Estado reconoce que la falta de acompañamiento de una copia de la Sentencia impugnada (aun en el caso de que fuere un requisito legal) podía ser fácilmente subsanable. De otro, en cuanto a la problemática de si es extensible la revisión a los juicios de faltas, no es preciso terciar aquí en la controversia, por cuanto lo relevante, en el presente recurso, es en todo caso el valor atribuible al hecho nuevo alegado por el demandante.

La consideración de este hecho nuevo invocado obliga, en efecto, a poner de manifiesto que los órganos públicos que se interponen en el procedimiento extraordinario de la revisión penal han opuesto a la pretensión del recurrente una razón de fondo sustancial. Se trata de que una declaración autoinculpatoria producida al margen y con posterioridad a un proceso penal no es causa bastante para poner en tela de juicio ni siquiera indiciariamente la incorrección material de una resolución judicial dotada de la fuerza de cosa juzgada. Admitir lo contrario supondría atribuir a un hecho extraprocesal valor enervante de la seguridad jurídica que genera el documento público más solemne que existe en nuestro ordenamiento, cual es una sentencia judicial declarada firme.

Para que en el caso de autos la declaración autoinculpatoria hubiera podido tener visos de seriedad suficientes para mover a los órganos cometentes a entablar la acción revisora, ya que tiene que surtir claros efectos penales, debería haberse hecho ante la autoridad judicial para que ésta realizada las diligencias que en Derecho procedieran; o se tendría que haber formulado denuncia contra el que,



según el recurrente en este proceso de amparo constitucional, es el conspirador y urdidor de toda la trama en su contra. Dado, en suma, que la declaración presentada por éste carece de las garantías necesarias, por haberse efectuado fuera del ámbito judicial, no puede acogerse la queja del recurrente.

(Sentencia núm. 92/1989, de 22 de mayo. RA 776/87. «BOE» de 14 de junio de 1989.—Ponente: Antonio Truyol Serra.

*Recurso de revisión. Promoción y legitimación. Derecho a la tutela judicial efectiva. Presunción de inocencia*

Es cierto que, en principio, la vulneración de este derecho sólo puede proceder de actos de los órganos judiciales, que es a quienes compete dispensar la tutela judicial, pero también lo es que ello no impide concebir la existencia de impedimentos a la obtención de una resolución judicial de fondo procedentes de otros órganos públicos de naturaleza y funciones diversas de la jurisdiccional y así lo ha declarado este Tribunal en lo que aquí interesa, en relación con el Ministerio de Justicia, que es a quien, en definitiva, corresponde decidir sobre la procedencia de interponer el recurso de revisión penal —SSTC 7/1981 y 124/1984, ya citadas.

Sentado lo anterior, y a pesar de las insuficiencias que, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial, presente su regulación legal, el recurso de revisión de Sentencias penales firmes ha sido considerado compatible con el artículo 24.1 de la Constitución por estas últimas sentencias, en razón a que se trata de un cauce procesal, históricamente asociado al derecho de gracia y a la rehabilitación del inocente, que la Ley somete a estrictas condiciones de interposición al objeto de lograr el necesario equilibrio entre la seguridad jurídica que reclama el respeto a la cosa juzgada y la exigencia de la justicia en que no se mantengan sentencias condenatorias de quienes resulten posteriormente acreditado que fueron indebidamente condenados.

En este propósito de equilibrar dichos valores esenciales del ordenamiento jurídico encuentra justificación constitucional la atribución exclusiva de la legitimación activa al Fiscal de Justicia, y la promoción de la misma al interesado, cuyo acceso directo al recurso de revisión no puede autorizar el Tribunal Constitucional en cuanto constituiría un nuevo régimen legal del recurso que invadiría las competencias del legislador, no pudiendo tampoco, en principio, imponer al Ministerio de Justicia que ordene al Fiscal General del Estado la interposición del recurso, pues la solicitud de cualquiera de las personas que señala el artículo 955 de la LECr no tiene fuerza vinculante, sino que su acogimiento depende de que tenga fundamento suficiente que justifique la interposición pretendida.

Ello no impide, sin embargo, tener presente que el enjuiciamiento del derecho a la tutela judicial debe siempre realizarse de acuerdo con el criterio de la razonabilidad, el cual hay que aplicar, con mayor rigor, cuando el acto que impide al interesado acceder a los recursos establecidos por las leyes emana, o del órgano judicial, sino de un poder público que carece de tal condición, como es el Ministerio de Justicia, y, en virtud de ello, la anterior doctrina no puede aplicarse de manera tan rígida y automática que conduzca a negar la competencia que, en defensa del indicado derecho fundamental, corresponde a este Tribunal para

examinar si las razones de la negativa a interponer el recurso de revisión son irrazonables, infundadas o arbitrarias, pues en tal caso podría existir vulneración del derecho.

Todo lo expuesto sintetiza la doctrina constitucional establecida sobre el recurso de revisión en relación con el derecho a la tutela judicial, pero ocurre que el demandante formula su pretensión de amparo con invocación, no de este derecho, sino de la presunción de inocencia protegida por el artículo 24.2 de la Constitución y ello nos obliga a determinar si la configuración legal de ese recurso de revisión, en los términos que se dejan razonados, puede tener incidencia en dicha presunción y, caso afirmativo, si la doctrina referida es trasladable a esta distinta perspectiva constitucional.

A tal fin, debemos partir de la idea inicial de que el recurso de revisión penal, según declara la STC 124/1984, constituye un esencial imperativo de la justicia, contemplada en el artículo 1.1 de la Constitución como uno de los valores superiores del Estado social y democrático de Derecho, al cual se vincula estrechamente la dignidad humana y la presunción de inocencia y, desde esta vinculación, no cabe dudar que la presunción de inocencia sufre vulneración no sólo cuando se condena sin pruebas idóneas que permitan tenerla por desvirtuada, sino también cuando nuevos hechos o nuevos elementos de juicio evidencian la inocencia del que ha sido condenado con base en pruebas que, en virtud de ellos, resultan posteriormente ser fundamento erróneo o falso de la declaración de culpabilidad.

En consecuencia, es obligado entender que, interpuesto recurso de revisión, se vulneraría el derecho a la presunción de inocencia si el Tribunal lo desestimara de manera irrazonable, a pesar de que en él se acreditara, de manera indubitada, la inocencia del condenado; más dificultad existe para mantener este mismo criterio en relación con la negativa del Ministerio de Justicia a interponer el recurso, pues, en principio, la presunción de inocencia sólo puede ser directamente vulnerada en el orden penal por sentencias condenatorias dictadas por los órganos judiciales en quienes reside la potestad jurisdiccional, y es obvio que ni el Ministerio de Justicia ni el Fiscal General del Estado ostentan tal potestad.

Ello, sin embargo, no empece a que la negativa a interponer el recurso de revisión podría igualmente, aunque de manera indirecta, vulnerar el referido derecho fundamental, si esa negativa fuese arbitraria, ya que en tal caso se estaría dejando de emplear sin fundamento razonable los medios jurídicos que la Ley pone a disposición del Ministerio de Justicia o del Fiscal General para hacer efectivo el derecho constitucional del inocente a no sufrir o continuar sufriendo condena, derecho que dichas autoridades públicas tienen el deber de proteger en virtud de la eficacia vinculante que a los derechos fundamentales confiere el artículo 53.1 de la Constitución.

La aplicación de esta doctrina al supuesto debatido en este recurso conduce a su desestimación, puesto que para llegar a la conclusión de que la negativa a interponer el recurso de revisión no ha sido arbitraria basta con considerar que en modo alguno puede dudarse que constituye fundamento razonable para acordar dicha negativa la consideración de que la declaración prestada por el coautor de un delito, exculpando al que ha sido condenado en juicio anterior como coautor del mismo delito, no constituye nuevo hecho o nuevo elemento de prueba que «evidencia la inocencia de condenado», según exige el núm. 4 del art. 954 de la LECr, y ello deja reducidas las alegaciones del demandante

de amparo a simple discrepancia sobre la valoración de un elemento probatorio que carece de trascendencia constitucional, máxime si se considera que ni siquiera la actitud exculpatoria del condenado en el juicio posterior es un hecho nuevo en cuanto que fue la misma mantenida por este en la declaración indagatoria prestada en el sumario y conocida, por tanto, por el Tribunal que condenó al aquí demandante de amparo.

(Sentencia núm. 94/1989, de 22 de mayo. RA 1175/87. «BOE» de 14 de junio de 1989.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

#### ARTÍCULO 977 Y 15 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

##### *Juicio de faltas. Citación. Apelación*

En segundo término, singularmente en el ámbito penal, el principio acusatorio, el conocimiento de la imputación formulada y la interdicción de la condena sin la posibilidad de alegar contradictoriamente los argumentos pertinentes, y, en su caso, las pruebas de descargo ha de garantizarse, conforme al artículo 24.2 CE tanto en el juicio de primera instancia como en la apelación.

Consecuentemente, la citación, en la medida en que hace posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, no constituye un mero requisito de forma para proceder a la realización de los subsiguientes actos procesales, sino que representa un instrumento ineludible para la observancia de las mencionadas garantías constitucionales del proceso, cuya efectividad ha de ser asegurada por el órgano judicial.

(Sentencia núm. 109/1989, de 8 de junio. RA 1164/87. «BOE» de 4 de julio de 1989.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

### III. CODIGO PENAL

#### ARTÍCULO 114

##### *Prescripción de los delitos y faltas*

En primer lugar, debe recordarse que el derecho a la tutela efectiva se satisface con una resolución fundada en derecho que haga explícita la razón por la que procede la aplicación de la norma, cualquiera que sea el sentido, favorable o adverso, de la decisión adoptada por el órgano judicial competente. En el caso que ahora nos ocupa, no hay duda de que la sentencia impugnada llegó a un fallo estimatorio de la apelación después de haber razonado en detalle la aplicación de la garantía que la inculpaado reconoce el artículo 113 del Código Penal, consistente en la prescripción de la falta por la paralización del proceso penal durante el plazo de dos meses, garantía cuya apreciación es de orden público

y de la que por lo mismo, no se puede privar cuando no consta que dicha paralización fuera imputable al mismo. También es claro que el hoy recurrente en amparo no ha sufrido indefensión ni, por tanto, falta de tutela judicial por el hecho de que el Juzgado de Distrito no proveyera expresamente al escrito que aquél presentó el día 2 de junio de 1986, solicitando de dicho Juzgado que procediera a dictar sentencia en el juicio de faltas «con mayor celeridad que humanamente le sea posible», toda vez que en la apelación sustentada ante el Juzgado de Instrucción pudo alegar cuando a sus derechos e intereses conviniera acerca de la eficacia que, en su opinión, debía darse a aquel escrito en orden a una posible interrupción del plazo de prescripción de la falta que dio origen al proceso penal.

En segundo término, debe recordarse también que este Tribunal ha señalado en repetidas ocasiones (SSTC 152/1987, de 2 de octubre, y 255/1988, de 21 de diciembre; AATC 944/1986, de 12 de noviembre, y 112/1987, de 4 de febrero) que el sentido y alcance que haya de darse a la prescripción, en cuanto causa extintiva de la responsabilidad penal, configura una cuestión de mera legalidad cuya apreciación corresponde a los órganos judiciales ordinarios, y sobre cuya procedencia no puede entrar este Tribunal desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva. A ello debemos añadir ahora que, en lo que concierne al caso de autos, la aplicación del instituto de la prescripción a la falta incriminada, conforme a lo dispuesto en el artículo 114 del Código Penal, no resulta tampoco ajena a la finalidad del citado instituto, consistente en una autolimitación del Estado en la persecución de los delitos o faltas en los supuestos típicos en que se produce una paralización de las actuaciones procesales por causas sólo imputables al órgano judicial, en cuyo caso, una vez transcurrido un determinado plazo, la Ley desapodera a dicho órgano judicial de su potestad de imposición de la correspondiente pena.

Finalmente, en contra de lo que sostiene el actor, tampoco puede entenderse que se haya producido una derogación del inciso del mencionado artículo 114 del Código Penal que determina que el plazo de prescripción de los delitos y faltas, interrumpido desde que el procedimiento se dirige contra el culpable, vuelve a correr desde el momento en que se paralice aquél, derogación que tendría su fundamento en la contradicción de esta última regla con el derecho que a todos reconoce el artículo 24.1 de la Constitución. Tal contradicción no existe, en efecto, puesto que este precepto constitucional reconoce ciertamente el derecho a la acción, y en concreto a la acción penal, pero no garantiza el éxito de la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, ni obliga al Estado, titular del *ius puniendi* a imponer sanciones penales con independencia de que concurra o no en cada caso alguna causa de extinción de la responsabilidad, ni implica, en fin, que la paralización procesal imputable al órgano judicial haya de ser irrelevante a tal efecto.

(Sentencia núm. 83/1989, de 10 de mayo. RA. 342/87. «BOE» de 13 de junio de 1989.—Ponente: Leguina Villa.)

## ARTÍCULO 570.5

*Falta de respeto a la autoridad*

El artículo objeto de condena, en un tono irónico, sale al paso de las críticas vertidas a la presunta conducta de un Juez, estimando que existen otras conductas o prácticas que ponen más en peligro la seriedad de la justicia. Ni se hace referencia a hechos concretos, ni tampoco a personas individualmente consideradas, ni además las conductas que se critican pueden estimarse como «deshonrosas». Tampoco ha de olvidarse que en el contexto de asuntos de relevancia pública, como es el correcto funcionamiento de la justicia «es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que le dispense el legislador, pero ... en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública» (STC 107/1988). Este contenido más débil no significa, claro está, ausencia de contenido, ni, por consiguiente, arroja dudas sobre la constitucionalidad del precepto penal aquí aplicado. Si entraña, sin embargo, la necesidad de que en la aplicación se deje un amplio espacio a la libertad de expresión, un espacio que no ha sido traspasado por el artículo periodístico que ha dado lugar a la condena impugnada en el presente recurso de amparo.

En el presente caso el órgano ha aplicado el artículo 570 del Código Penal en una interpretación que no ha tenido en cuenta la relevancia del derecho fundamental afectado y recurriendo, más allá de los términos literales del precepto, a una jurisprudencia del Tribunal Supremo muy anterior a la Constitución y en un contexto en el que la libertad de expresión no podía haber sido objeto de consideración. Ello demuestra que el órgano judicial al interpretar el artículo 570 del Código Penal no ha tenido en cuenta ni ha tratado de proteger el ejercicio de la libertad de expresión, cuya consideración debería haber llevado a eximir de responsabilidad penal al recurrente en amparo y a confirmar la sentencia apelada que admite la inexistencia de una intención de injuria o de menosprecio en el ejercicio legítimo del derecho a la crítica del funcionamiento de las instituciones públicas.

(Sentencia núm. 121/89, de 3 de julio. RA 1628/87. «BOE» de 24 de julio de 1989.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Ver la referencia al artículo 20.1 a CE, de esta misma sentencia.

#### IV. OTRAS LEYES

##### LEY ORGANICA 10/1980, DE 11 DE NOVIEMBRE

###### ARTÍCULO 2.2

*Función instructora. Incompatibilidad con función juzgadora.  
Causa de abstención y recusación*

Ver sentencia núm. 106/1989, de 8 de junio sobre *Derecho al Juez imparcial*.  
Artículo 24.2 CE.

##### LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

###### ARTÍCULO 242.1

*Nulidad: Efectos*

Ver sentencia núm. 91/1989, de 16 de mayo sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión. Incongruencia*. Artículo 24.1 CE.

###### ARTÍCULO 293.2

*Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*

Al respecto es preciso hacer una doble consideración. En un lado, como antes quedó dicho, el derecho a ser indemnizado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, reconocido en el artículo 121 de la Constitución, no ha sido configurado como un derecho fundamental ni supone, como estiman los recurrentes, una concreción, sin más, del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas. Es cierto que la dilación indebida constituye, de acuerdo con una doctrina casi unánime, el supuesto típico de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y que la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones genera, por mandato de la Constitución, cuando no pueda ser remedida de otro modo, un derecho a ser indemnizado por los daños que tal lesión produce (STC 36/1984, antes citada), pero ello no significa, por el contrario, que el mero hecho de formular una pretensión indemnizatoria al amparo de lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución, como hicieron los hoy recurrentes, suponga y configure, por sí solo, y sin necesidad de ser apreciada previamente, la lesión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución.

Ha de considerarse que, efectivamente, los derechos recogidos en el artículo 24 de la Constitución protegían al señor Hurtado desde la entrada en vigor del Texto fundamental, el 29 de diciembre de 1978; y resulta claro que desde esta fecha, hasta más de tres años después, se dilató el curso del procedimiento, iniciado ya en 1968, en que el señor Hurtado aparecía como procesado.

La aplicación del mandato constitucional del artículo 121 y la tutela efectiva del derecho en él reconocido supone la necesidad de efectuar la interpretación de las normas vigentes que (dentro del respeto a su propio sentido, y de los límites de razonabilidad) resulte más favorable a la realización de las previsiones constitucionales. En el presente caso, la mera confirmación de la Resolución administrativa previa (fundada en la inexistencia de vía adecuada para la reclamación derivada del artículo 121 CE) por el Tribunal Supremo presentaba dejar sin medios procesales al recurrente para hacer valer su derecho a una indemnización. Pero en una razonable interpretación de la normativa vigente en el momento de dictarse la sentencia que se recurre, cabía estimar que la entrada en vigor de la LOPJ proporcionaba, en su artículo 293.2, una vía específica para deducir la pretensión indemnizatoria frente al anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, dentro del plazo previsto en el artículo citado: y, como señala el Ministerio Fiscal, en este sentido se orientó la posterior sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1987, en una cuestión relativa a pretensión indemnizatoria por error judicial. En consecuencia, una vez conocido el procedimiento creado *ex novo*, y adecuado para la formulación de la pretensión indemnizatoria y en orden a prestar la efectiva tutela judicial del derecho reconocido en el artículo 121 CE, no era procedente la simple confirmación de la denegación administrativa previa, sino la remisión a ese procedimiento regulado en la LOPJ para que se resolviese sobre el fondo de lo planteado salvaguardando el plazo señalado en el artículo 293.2 LOPJ, por cuanto la pretensión indemnizatoria se encontraba ya formulada, y pendiente de resolución al entrar en vigor la LOPJ. Al no hacerlo así el Tribunal Supremo, ha de convenirse con el Ministerio Fiscal en que no se llevó a cabo la tutela judicial efectiva del derecho del recurrente, que hubiera exigido reconocer a éste la posibilidad de acogerse al procedimiento previsto en el artículo 293.2 LOPJ.

(Sentencia 128/1989, de 17 de julio. RA. 816/87. «BOE» de 9 de agosto de 1989.—Luis López Guerra.)

Ver sentencia núm. 83/1989, de 10 de mayo, sobre *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Artículo 24.2 CE.





# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Profesor Titular de Universidad.  
Abogado del Estado

## **ARTICULOS 6 BIS A) y 8.4.ª EL ERROR EN LA LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA**

*(STS de 10 de mayo de 1989. Pte. Sr. Díaz Palos)*

**Quinto.** Advenida la reforma de 1983 y con ella el artículo 6 bis a), se ha entendido por la doctrina que sus dos primeros párrafos aluden sin nombrarlo al error de tipo y el párrafo tercero, también sin designarlo, se refiere al error de prohibición. Este es también parecer de la jurisprudencia dictada con posterioridad a la reforma sin ignorar las diversas interpretaciones que se dan a las dos especies de error, dado que la posición dogmática que se adopte al respecto será consecuencia de una más amplia toma de posición sobre la distinción entre el dolo llamado natural o acromático, esto es sin valoración, propio del tipo y el dolus malus, equivalente a la conciencia de la antijuricidad, e integrado en la culpabilidad. Tal sistema trae como consecuencia que el error sobre el tipo, deja subsistente la culpa si es vencible. En tanto que el error de prohibición si es vencible sólo admite una atenuación del dolo (véase sentencia de 1 de febrero de 1986).

El problema se complica si el error recae sobre los presupuestos fácticos u objetivos de toda justificante, como la legítima defensa, lo que tiene su importancia en la praxis, donde los supuestos más frecuentes, así en el caso de autos, versan sobre la existencia de una agresión ilegítima imaginaria y no real. Tal supuesto fáctico es esencial en la eximente. Si por su índole fáctica se entiende que el error sobre el mismo es de tipo, la consecuencia es que cabe la reacción defensiva contra el que creyéndose atacado agrede. Como así mismo cabrá la exigencia de responsabilidad y no de justificación. Pero si se estima que es error de prohibición actuará como causa de justificación y no admitirá ni la legítima defensa ni la responsabilidad civil contra el supuesto defensor, en realidad agresor. Por lo mismo, la dogmática más reciente trata de encuadrar la admisión errónea de una agresión ilegítima como si fuera error de tipo. Con ello, se quiere acordar dogmática y política criminal, sin violentar el texto del artículo 6 bis a).

Recientes declaraciones de esta Sala se muestran, en línea con esta última doctrina, de modo que, al recaer el error sobre elementos negativos de la infracción penal, aquél se debe encuadrar en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6 bis a) del Código Penal y, si el error es vencible, el hecho habrá de ser castigado como culposo (sentencias de 2 de noviembre y 1 de diciembre de 1987).

#### **ARTICULO 8.4.<sup>a</sup> LEGITIMA DEFENSA. DOCTRINA GENERAL. FALTA DE PROVOCACION SUFICIENTE**

*(STS de 6 de junio de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)*

**Cuarto.** Con todo, y pese a centrarse esta impugnación en el repetido condicionamiento 3.º del artículo 8 del Código Penal, la gravedad objetiva de los hechos y la redacción poco feliz con que la Audiencia se ocupa del requisito 2.º, aconsejan extender el examen de la legítima defensa, y hacerlo siguiendo el orden de sus tres exigencias legales. Así, procede subrayar que disparar un revolver contra una persona, a dos o tres metros de distancia, incrustando el proyectil en la pared ante la que aquel se encuentra, a sólo cincuenta y ocho centímetros del mismo, y manteniendo el actor la posesión del arma en condiciones de continuar y completar el ataque, constituye inequívoco ejemplo de agresión ilegítima, elemento éste fundamental y básico en toda legítima defensa, sea como exigente completa, sea como incompleta, y ello porque se trata de una acometida real y grave, que pone en peligro inminente —y persistente— el bien jurídico más relevante, es decir, esa vida humana que, aparte de ser decisivo valor propio, opera como sustrato indispensable de todos los demás, sin que, por otra parte, las condiciones en que tal actuación se encuadra aputen siquiera hacia su consideración como comportamiento adecuado a derecho, supuesto éste en el que decaería la exigida adjetivación de ilegitimidad.

**Quinto.** Por lo que atañe al requisito de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, el juzgador ha de pronunciarse con una objetividad que, si de un lado rechaza los supuestos puramente subjetivos, más acordes con las causas de exculpación que con las de justificación, debe responder, de otro, a las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana. De ahí que, aun sin desviar el discurso hacia manifestación alguna de legítima defensa putativa, y sin acoger tampoco el pensamiento jurídico anglosajón, en el que los conceptos continentales de justificación y culpabilidad se solapan hasta llegar a confundirse, hayan de evitarse posiciones exegéticas en las que el juzgador procede a examinar, desde la lejana e irreal perspectiva que su particular torre de marfil puede depararle, y con fríos criterios de distante entomólogo, un acaecer vivir en el que las personas arriesgan su propia existencia. Dicho lo anterior, la plena concurrencia de este segundo requisito de la legítima defensa en el caso de autos resulta evidente. Según la ocasión demandaba, el ahora recurrente reaccionó de inmediato, con un disparo de revólver, contra una persona que acababa de dispararle con un arma similar, arrebatada al otro policía presente en el interrogatorio, y que previsiblemente seguiría haciendo fuego. No cabe en esas condiciones pedir, para salvaguardar aquella necesidad racional del medio

defensivo empleado, que quien teme fundadamente por su vida —recuérdese que el adversario se encuentra a dos o tres metros de distancia y su primer disparo sólo ha errado el blanco por medio metro aproximadamente— recapacite sobre la elección de una zona del cuerpo o de las extremidades del agresor que, marginando el riesgo de un desenlace moral, fuera fácilmente alcanzable y garantizara a la vez el fin definitivo del ataque. Presupuesta una agresión ilegítima con las características de la descrita, la repetida respuesta fue correcta y proporcionada o, si se prefiere, merece la consideración de único medio idóneo para proteger con eficacia una vida tan gravemente amenazada, sin que a quien así actúa —ejerciendo, amén de un derecho, un deber primario de conservación— tenga que aceptar matizaciones o insuficiencias definitivas que hubieran podido significar su muerte, porque la simple lesión del agresor ilegítimo no hubiera bastado para conjurar la probabilidad de que aquel prosiguiera su ataque con más éxito y mejor puntería.

**Sexto.** El requisito tercero de la legítima defensa se formula negativamente y consiste en la «falta de provocación suficiente por parte del defensor», expresión ésta que procede del Código Penal de 1848, si bien hasta 1944 la referencia final tuviera distinta redacción («por parte del que se defiende»). Se trata de una previsión cuya difícil exégesis quizá explique se haya prescindido de la misma en algunos textos, como el Código Penal de la República Federal de Alemania (art. 32) y el Código Penal tipo latinoamericano (art. 16), habiendo sido también considerada como una manifestación del «versari in re illicita», precisada por ello de una interpretación restrictiva. Ni nuestro Código define la provocación, ni parece oportuno buscar su sentido en el párrafo tercero de su artículo 4.º, que referido, como el artículo 3, al «iter criminis» de los delitos dolosos, ha de exigir necesariamente que la incitación a la perpetración sea voluntaria; y así la doctrina concentra sus esfuerzos en la búsqueda de un concepto equidistante entre el entendimiento de esa provocación desde la perspectiva de la mera causalidad en línea con la equivalencia de condiciones, y la agresión ilegítima por parte del provocador, pues, si la primera solución amenaza con vaciar de contenido la exigente, obligando a soportar cualquier reacción del provocado (por desproporcionada que fuera), la identificación de tal provocación con una agresión ilegítima puede hacer superfluo este tercer requisito, ya que el provocado actuaría en legítima defensa, con lo que la ulterior conducta del provocador —ahora agredido— quedaría huérfana de la exigencia previa de esta exigente, es decir, el carácter ilegítimo del ataque contra el que se dirige la defensa enjuiciada, a salvo la corriente doctrinal que sigue distinguiendo entre acción antijurídica y agresión ilegítima propiamente dicha, o sea acción voluntaria encaminada a la lesión del bien jurídico del contrario.

**Séptimo.** No sólo discuten los autores sobre las diferencias entre agresión y provocación —conectando a veces ésta última con la vieja atenuante 5.ª del artículo 9 del Código Penal, desaparecida en la reforma de 25 de junio de 1983— sino también sobre las condiciones de la propia provocación que si para algunos ha de ser intencional, para otros basta con que, supuesta su antijuridicidad, sea culpable, no faltando tampoco quienes —de manera harto más discutible— prescinden incluso de la ilicitud, adoptando un criterio que, con eco, por ejemplo, en la sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 1983, parece entender la repetida provocación como simple estímulo valorable esencialmente desde la pers-

pectiva y circunstancias personales del que lo recibe, con el riesgo, cabe añadir, de que semejante interpretación prive a la eximente de ese claro apoyo político social a cuyo tenor la posición del provocador —eso sí, en atención a la entidad misma de la provocación— se diferencia fundamentalmente de la del no provocador, con la inevitable repercusión en cuanto a su derecho a una reacción defensiva.

**Octavo.** Aunque la problemática general planteada por el requisito tercero de la eximente 4.<sup>a</sup> del artículo 8 del nuevo Código Penal es, según se ha visto, muy compleja, la adjetivación de la provocación como «suficiente» permite llegar a las siguientes conclusiones:

1.<sup>a</sup> La exégesis de la provocación como antecedente causal puede y debe matizarse —de ser seguida— conforme a la doctrina de la causalidad adecuada (sentencias de 26 de junio y 4 de diciembre de 1978, 2 de octubre de 1979, 15 de noviembre de 1982, 30 de septiembre de 1983 y 9 de diciembre de 1983), y tal consideración no parece tampoco extemporánea si dicha teoría se entendiera como perteneciente más bien a la responsabilidad o a la causalidad jurídico-penalmente relevante, sin que en ningún caso —ya en el extremo opuesto— la provocación admita equiparación con el mero «dar motivo u ocasión» (sentencia de 14 de diciembre de 1912).

2.<sup>a</sup> La adecuación de la provocación conecta con la previsibilidad, de modo que, atendido el orden normal de las cosas, produzca, excite o influya en una agresión que, si bien ilegítima, carezca de una mínima cobertura culpabilista —con el telón de fondo de la no exigibilidad de una conducta distinta—, y consecuentemente la reacción defensiva pierda lo que los tratadistas italianos denominan legitimidad en la causa (véase «a sensu contrario» la sentencia de 28 de septiembre de 1944).

3.<sup>a</sup> La suerte corrida por la legítima defensa es en sí independiente de las sanciones administrativas o penales que la previa conducta del luego agredido pueda merecer.

4.<sup>a</sup> La falta de proporción entre la respuesta agresora y la provocación inicial impide apreciar en ésta aquella suficiencia, de modo que en tal supuesto el provocador se halla en condiciones de contestar dentro del marco de la legítima defensa y en consonancia con el ordenamiento jurídico (sentencias de 20 de febrero de 1883, 21 de febrero de 1903, y las ya citadas de 26 de junio y 4 de diciembre de 1978, y 2 de octubre de 1979, en combinación con el aludido criterio de la causalidad adecuada).

**Noveno.** Igualmente ligadas con nuestro derecho positivo e indispensables para la ulterior consideración del particular caso de autos son otras observaciones, quizá más pacíficas, que a continuación se indican:

1.<sup>a</sup> La vía casacional del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige el mayor respeto a los hechos probados, sin aditamentos o presunciones contra el reo, antes al contrario, repercutiendo en su favor cuantas lagunas, dudas, alternativas, y aún contradicciones contenga el relato fáctico.

2.<sup>a</sup> El Tribunal de casación no puede apartarse de aquella exigencia pretextando razones de una pretendida justicia maternal, primero, porque el Poder Judicial ha de mantenerse en los límites fijados por el Letrado legislativo, segundo, porque en este recurso, más que personas, se juzgan sentencias, y ello dentro de las coordenadas de tan extraordinario remedio impugnativo, y tercero, porque todo cambio en la narración implica, amén de una segunda valoración probatoria

conjunta —ajena, como se ha dicho, al presente recurso—, correr con el riesgo de la ausencia de intermediación.

3.<sup>a</sup> El cuestionado requisito de la legítima defensa no es la falta de provocación, de manea que cualquier grado de la ésta impidiera apreciar la eximente (o, al menos, la convierta en incompleta), sino la falta de provocación «suficiente, y así, el correspondiente condicionamiento negativo se da en tanto no concurren —además del sustantivo— la repetida adjetivación, lo que significa que la provocación insuficiente coincide con la carencia misma de toda provocación en su inoperancia a los efectos de la exigencia ahora examinada, y en definitiva —y por lo que hace a éste requisito— sólo su incumplimiento puro y simple en los términos legalmente previstos lleva al número 1.º del artículo 9.

4.<sup>a</sup> El contenido negativo de la condición y el carácter excepcional de la misma refuerzan su sometimiento a una interpretación restrictiva, o si se prefiere, favorable a la inexistencia de esa incitación bastante hacia la agresión.

**Décimo.** Trasladando los anteriores razonamientos el caso aquí examinado, la opción por la eximente completa de legítima defensa o por la incompleta depende de que se advierta o no la concurrencia de una provocación suficiente para lo que en términos objetivos se nos revela como un intento de homicidio. A este respecto, los hechos probados recogen que el luego fallecido, M. J. D. S., llegó hacia 11 horas a la Comisaría de T., como detenido y en unión de otra persona, sospechosa como él de haber cometido un robo, solicitándose hacia las 3 horas la presencia de un Abogado cuya demora retrasó las declaraciones hasta las 6 de la tarde, diligencias éstas en las que el repetido M. J. D. S. negó —a diferencia del segundo interrogado— toda participación en dicho delito, de mane- ra que hacia las 7,15, cuando el Letrado había abandonado las dependencias policiales, los dos agentes enviaron al otro detenido al Depósito Municipal, pero diciendo que el inconfeso pasaría la noche en la Comisaría, trasladándose ellos a un bar próximo donde ingirieron una medio «whisky», tras lo cual y como se lee en la narración «sobre las 21 horas regresaron a Comisaría, haciendo pasar al procesado M. J. D. S. a la oficina donde había prestado declaración, bajo el pretexto de que había interesado una entrevista privada, sin que conste que hubiera renunciado a su derecho de asistencia letrada, insinuándosele que podía aliviar su situación colaborando en el esclarecimiento de los hechos, facilitando datos que ayudaran a la investigación, por lo que el detenido se hallaba situado de pie cerca de la puerta, sin esposas, a una distancia de 2 ò 3 metros de una mesa que ocupaba el procesado y con un cajón abierto donde tenía su arma reglamentaria consistente en revolver de marca Astra, modelo Cadix, 38 Special de calibre, cargdo su tambor, que no precisa ser montada y carente de seguros; aún cuando persistió en su postura de inocencia fue perdiendo la serenidad que hasta entonces había tenido, comenzando a dar muestras visibles de nerviosismo, facilitando algunas confidencias sobre participación delictiva de otras personas, en la creencia que ello favorecería su condición, acentuándose cada vez más su nerviosismo y excitación y en este estado, en el que incluso llegó a llorar siendo aproximadamente las 21'50 horas, sintiéndose acorralado, al acercarse el Inspector señor M., a un archivador situado en el lugar que ocupaba, que vestía pantalón y camisa, portando de forma visible, su arma reglamentaria, de la misma marca y calibre que la del procesado, enfundada en vaina sin cierre colocada en el costado izquierdo, lo empujó y desarmó haciéndole caer sobre un sillón

cercano, verificando un disparo que impactó en la pared posterior de la mesa que ocupaba el procesado incrustándole el proyectil a 85 centímetros de altura y a unos 58 centímetros a la izquierda del procesado, quien inmediatamente tomó su revolver e hizo un disparo que alcanzó a M. J. n el tercio externo de ceja izquierda, en sentido de izquierdas a derecha y ligeramente sesgado en trayectoria de arriba a abajo, que le produjo hemorragia cerebral determinante de su muerte», añadiéndose que «su cuerpo presentaba diversas erosiones, equimosis y petequias muy superficiales en regiones mamarias, costal inferior derecho e hipocondrio, sin que haya podido determinarse la causa de las mismas».

**Undécimo.** Así las cosas, no constando que los policías fueran autores de las erosiones descritas, y al margen de las dudas sobre si hubo o no renuncia a la presencia letrada en esta segunda declaración, cabe preguntarse si la misma no se tomó en circunstancias irregulares o si, en todo caso, no debiera haber sido suspendida cuando el detenido «fue perdiendo la serenidad», «acentuándose cada vez más su nerviosismo y excitación», de modo que «incluso llegó a llorar», pero resulta evidente que si tal proceder resulta bastante para poner en entredicho el cumplimiento de un deber —como causa de justificación que conlleva la exclusión de toda provocación, según, al menos, alguna jurisprudencia de la que es muestra la sentencia de 26 de junio de 1978—, o incluso para conformar una determinada provocación, ésta nunca alcanzaría la calificación de suficiente en relación con una conducta de homicidio. La causalidad adecuada, la previsibilidad y la proporcionalidad podrían hallarse presentes hasta cierto punto en un acometimiento que facilitara la huida a costa de la integridad física de alguno de los policías que dirigen el interrogatorio y se ocupan de las actuaciones desde hace horas, pero desaparecen cuando la reacción del provocado —en los estrictos términos del relato fáctico— se traduce en un directísimo ataque a la vida.

## **ARTICULO 10.9. ABUSO DE CONFIANZA. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS**

*(STS de 28 de junio de 1989. Pte. Sr. Díaz Palos)*

**Segundo.** Tema controvertido es el de los delitos a los que puede alcanzar la agravante. Hay que destacar, desde luego, aquéllos en los que el abuso de confianza esté implícito en ellos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 del Código Penal (estafa, apropiación indebida etc.).

Sentar un principio más general puede ser arriesgado y así no puede decirse que es en todo caso incompatible con los delitos que implican fuerza o violencia. Otra cosa es que no suela apreciarse en tales delitos (sentencia de 7 de mayo de 1962). Por ello no faltan declaraciones de esta Sala que la aprecian en delitos contra la vida e integridad corporal, contra honestidad y en los robos con violencia.

Constriñéndose ahora los delitos de robo con fuerza en las cosas, por tratarse ahora de uno de tal especie, si bien, hubo una corriente jurisprudencial contraria a la admisión de la agravante, acabó por prevalecer, con aplauso de la mejor doctrina, la posición contraria, en tanto en cuanto el abuso de confianza puede concurrir en momentos anteriores a la ejecución, facilitando la realización de ésta (sentencia de 22 de junio de 1964). Como se ha dicho en sentencias más recientes,

si la confianza depositada en el agente le permite acceder al lugar en el que se guarda o custodia la cosa sustraída, se quebranta aquella confianza de los guardadores de la cosa a la par que se facilita la ejecución (sentencia de 25 de noviembre de 1985, en la que se contempla un caso análogo al aquí debatido, por realizarse el apoderamiento con las llaves sustraídas al propietario). Por lo demás el número de resoluciones que admiten la posibilidad de la agravante en los delitos de robo con fuerza son numerosas (sentencias de 9 de mayo y 4 de julio de 1974; 13 de marzo, 20 de mayo y 14 de octubre de 1976; 17 de enero de 1977; 6 de febrero de 1981; 20 de noviembre de 1982, la ya citada de 25 de noviembre de 1985 y 30 de enero de 1987 entre otras muchas).

## **ARTICULO 65. RELACIONES CON LA REGLA 4.º DEL ARTICULO 61**

*(STS de 4 de mayo de 1989. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)*

La cuestión de la aplicación de la regla 4.ª del artículo 61 del Código Penal dentro de la pena que resulte de la atenuación facultativa que prevé el artículo 65 del Código Penal se debe responder de acuerdo con los principios generales de la individualización de la pena.

El artículo 65 del Código Penal tiene su razón de ser en la reducción, supuesta por el legislador de la gravedad de la culpabilidad del menor de edad entre 16 y 18 años. La ley, por tal motivo, obliga a los Tribunales, en todo caso, a atenuar la pena en un grado, acordándole, al mismo tiempo la facultad de ampliar dicha atenuación cuando las circunstancias del caso indiquen que la atenuación obligatoria no se adecúa suficientemente a la gravedad de la culpabilidad o supera las exigencias de la prevención especial.

Cuando concurren tales exigencias de mayor atenuación que la obligatoria, la aplicación de la regla 4.ª del artículo 61 del Código Penal conduciría a resultados que están abiertamente en contra de la finalidad del artículo 65 del Código Penal. En efecto, no sería adecuado a los principios de una individualización de la pena basada en la gravedad de la culpabilidad y en las exigencias de la prevención especial, que el Tribunal no pudiera fijar la pena atenuada en tal grado máximo cuando ello fuera lo aconsejable. Si se otorga prevalencia a una interpretación teleológica respecto de la puramente gramatical, la solución no puede ser otra, por tanto, que la inaplicabilidad del artículo 61, regla 4.ª del Código Penal en los casos en que se hace uso de la atenuación facultativa, que prevé el artículo 65 del Código Penal. Por otra parte se daría el contrasentido de que el Tribunal que pudo bajar sólo un grado e imponer la pena en el grado medio de este, si baja dos, lo que es ya facultativo, no puede imponer el grado máximo que es pena inferior a dichos grados medio y mínimo de la pena que legalmente pudo ser impuesta.

Como queda claro, la preferencia de la interpretación teleológica se funda en la mayor racionalidad de la solución que proporciona, ya que ello no obliga a los Tribunales a aplicar una pena que resulta sostenible desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena y de la gravedad de la culpabilidad.

En el presente caso, el Tribunal *a quo* ha entendido que la pena adecuada a la culpabilidad del autor se debía situar en los seis años, pues esta pena expresa

correctamente la gravedad de la misma. No hay razón alguna, por tanto, para que el descenso por debajo de la atenuación obligatoria esté sometida a reglas que impedirían que se aplicara la pena que corresponde según la culpabilidad y los fines de la pena.

#### **ARTICULO 65 BIS. DELITO CONTINUADO. ROBOS. DIFERENCIAS CON LA SIMPLE DEDICACION**

*(STS de 29 de mayo de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)*

**Segundo.** Igual suerte desestimatoria han de correr los motivos segundo (y último) del procesado Aureliano de la C. N., y segundo del procesado Jose M. O., en los que, con idéntica sede casacional que los anteriores, se lamenta la inaplicación del artículo 65 bis, del Código Penal. Ciertamente, el delito continuado admite en dicho artículo, según había adelantado la jurisprudencia, que las acciones u omisiones consideradas ofendan a varios sujetos, siempre que aquellos tengan una cierta proximidad espacio-temporal, y, como ocurre con el robo, no se vulneren bienes jurídicos eminentemente personales, pero dicha actividad diferenciada precisa de la abrazadera consistente en responder a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión y tal requisito —o dualidad de requisitos alternativos— no consta en el caso de autos, pues no cabe confundirlo con la mera repetición de actos similares por parte de delinquentes más o menos acreditados, habituales o profesionales. Los hechos probados únicamente recogen la comisión en Madrid de 15 sustracciones tipificables como otros tantos robos con fuerza en las cosas, que van desde el 13 de febrero de 1980 hasta el 24 de noviembre de ese mismo año, y una cierta repetición (pero no identidad) de los intervinientes. Ahora bien, nada indica la existencia del proyecto global o designio criminal único, a no ser que se quiera identificar éste, erróneamente, con la propia dedicación al robo, y falta toda referencia a esa repetición de oportunidades idénticas capaz de enhebrar, como el plan preconcebido, las diversas acciones; todo ello sin olvidar que, al operar el delito continuado como una excepción al régimen del concurso real de delitos, toda duda o insuficiencia relativa al condicionamiento de aquél se traduce insoslayablemente en la prevalencia de la normativa general.

#### **ARTICULO 246. DESORDENES PUBLICOS. INSUFICIENCIA DE ANIMO TENDENCIAL**

*(STS de 12 de junio de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)*

**Cuarto.** El correlativo motivo de impugnación articulado por infracción de ley, y acogido al número 1 artículo 849 LECr, aduce violación del artículo 246 del Código Penal al faltar el elemento subjetivo que integra de modo esencial el delito de desórdenes públicos, y de otro lado, tampoco la propia morfología de los hechos tal como se produjeron según el relato fáctico se corresponde con el tipo penal del aludido precepto del texto legal. Y el quinto, formulado de forma alternativa y subsidia-



ria respecto al anterior, desistiendo de su primitivo contenido, que postulaba que los hechos debieran calificarse como un delito de manifestación ilegal en el acto de la vista, lo modificó, solicitando la libre absolución o la declaración de los hechos como constitutivos de una falta contra el orden público, prevista en el artículo 570.4 del Código Penal. Por ello, ambos motivos deberán examinarse conjuntamente.

A) El delito de desórdenes públicos, del artículo 246 del Código Penal, se había configurado en la jurisprudencia de esta Sala, tradicionalmente, entendiendo que el ánimo de atentar contra la paz pública tenía un carácter medial, en el sentido de que se atacaba la expresada paz como forma instrumental de posesión social o pública. Tal exégesis se ha mantenido en numerosas sentencias 13 y 25 de febrero, 21 de abril, 24 y 28 de octubre y 21 de diciembre de 1987, y hasta cierto punto la sentencia de 2 de mayo de 1988, pero ya en la citada sentencia de 25 de febrero de 1987, se formuló voto particular, manteniendo la tesis contraria, rechazando tal interpretación, que es la seguida por la sentencia de 30 de abril, continuada por la sentencia de 6 de febrero y 17 de marzo de 1989.

En ellas se mantiene el que el delito de desórdenes públicos se integra por cuatro elementos, debiendo concurrir todos para que el comportamiento delictivo se produzca: 1.º Sujeto activo plural. 2.º Producción de un resultado concreto legalmente previsto. 3.º Que tal resultado altere el orden público. 4.º Que los autores pretendan atentar contra la paz pública.

Los hechos son similares a los del caso aquí enjuiciado. Un grupo de jornaleros se reunió en asamblea en un local del Ayuntamiento, y para protestar por la falta de envío de fondos destinados al empleo comunitario, que llegaban a la localidad de Marchena (Sevilla), y con el fin de llamar la atención pública sobre dicho problema, tomaron el acuerdo de marchar a la carretera N-333, que pasa por las afueras de la citada villa, interrumpiendo el tráfico, y cortando la circulación por la misma, durante media hora, siendo restablecida posteriormente la circulación, al retirarse el grupo encabezado por los procesados que mantuvo inicialmente el no desalojo de la calzada, cuando fueron requeridos por «el oficial de la Guardia Civil, cuyas fuerzas habían hecho acto de presencia en el lugar». No es cuestionable el que el sujeto activo fue plural, y que los trabajadores obstaculizaron la circulación de la carretera. Dudoso es que se haya producido un desorden de cierta entidad, puesto que si es más leve, ha de tener un encaje sistemático diverso. En el *factum* no consta que la ocupación de la calzada produjese la detención de un número elevado o reducido de vehículos, ni que el hecho ocasionase o no evidentes molestias a los usuarios, lo que, *ab initio*, impide valorar adecuadamente la gravedad de la obstaculización.

Por otra parte el propósito que guiaba a los jornaleros era «llamar la atención de fondos para el empleo comunitario, necesario para acogerse al régimen de desempleo agrario los que se encontraban en paro» sin que, indudablemente, pretendiesen atentar contra la paz pública. Por ello, dichas sentencias aprecian la falta del elemento subjetivo del injusto que configura el tipo legal de desórdenes públicos, al no poderse equiparar las expresiones «atentar contra la paz pública o alterar el orden». El elemento en cuanto subjetivo afecta a la culpabilidad, pero en cuanto integrante del tipo, atañe a la antijuricidad, siendo esencial en la determinación de la antijuricidad de la conducta la actitud anímica que el sujeto ha unido a ella y que se refleja en el tipo. Y en todo caso, las normas han de interpretarse, según el artículo 31 del Código Civil, en atención a la realidad social del tiempo en que deban ser aplicadas. Y el reproche social que hoy debe efectuarse ha de tomar en consideración no sólo

el resultado producido, el corte al tráfico temporal, y levemente de una carretera, sino al porqué de aquel resultado, es decir, sus motivaciones.

B) El artículo 35 de la Constitución Española consagra el que todos los españoles tienen el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente para atender sus necesidades y las de su familia, y cuando tal exigencia básica no puede atenderse, debe obtenerse por las vías de las prestaciones de desempleo.

Entre el derecho al trabajo y el propósito de denuncia pública de carencia de aquel, y a su vez, la falta de fondos destinados al empleo comunitario, puede, en algunos supuestos, pugnar con el principio de orden que debe presidir la exteriorización pública de aquel derecho constitucional, cuando esta situación de paro, es endémica en determinadas zonas del país, lo que en ocasiones ha provocado la reacción aislada de los trabajadores que no sólo carecen de un puesto de trabajo, sino que, además no perciben las prestaciones de desempleo agrario, que les corresponde subsidiariamente por un retraso en el envío de dichos fondos. Conforme a la doctrina de interés preponderante, al igual que ocurre entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, debe ponderarse en cada caso, cuál de aquéllos debe prevalecer, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, y así, proclamar la prevalencia del primero, el orden público, no equivalente de la paz pública, y, por tanto, absolutamente intercambiables, cuando se adopte una actitud abiertamente subversiva, o se originasen vejaciones o daños de cualquier especie, o se promoviese incidente alguno, de especial cariz, con indudable alarma social. En otro caso, cual aquí ocurre, debe valorarse dicho comportamiento, no subsumible en el artículo 245 el Código Penal, al ser menos grave, y cuyo marco ha de incardinarse en el artículo 570.4 del Código Penal que tutela el mismo bien jurídico, el orden público, si bien de un modo leve. En consecuencia procede la estimación de ambos motivos, casando y anulando la sentencia de instancia, y dictándose a continuación la procedente.

**Quinto.** Al calificarse los hechos como falta, por estimación de los motivos cuarto y quinto, cuya sanción no lleva aparejada como pena accesoria la de suspensión del derecho de sufragio ni activo ni pasivo, decae, pues, su argumentación, y el motivo séptimo de los articulados por infracción de ley, con base en el artículo 5.4 LOPJ, e infracción del artículo 23.1 de la Constitución Española, debe perecer.

## **ARTICULO 246. DESORDENES PUBLICOS. ANIMO TENDENCIAL MEDIAL**

*(STS de 13 de junio de 1989. Pte. Sr. Soto Nieto)*

Del relato inserto en el *factum* se aprecia en el proceder de los inculpados dos etapas o momentos evidentemente reveladores. Ante la noticia de que no les serían abonadas sus prestaciones por el empleo comunitario, acordaron entrar y permanecer en el Ayuntamiento hasta que les fueran abonados sus jornales y así lo hicieron durante tres días, «pero sin que esta ocupación interrumpiera ni perturbara el desarrollo de las actividades habituales en el edificio municipal, cuyas puertas permanecieron abiertas durante las horas del día». Ante la inoperancia de su decisión en orden al logro de los resultados apetecidos, fue cuando los procesados «decidieron cerrar las puertas de éste —el edificio municipal— y continuar en su interior para mediante la paralización de los servicios municipales y consiguiente alteración de la vida ciuda-

dana llamar la atención de las Autoridades cuando en la mañana del lunes los agentes de la policía y demás funcionarios municipales se dirigieron al Ayuntamiento para comenzar sus trabajos, no pudieron entrar al encontrar las puertas cerradas. La medición del Alcalde no logró que los acusados depusieran su actitud, en vista de lo cual se requirió la intervención de la Guardia Civil, sobreviniendo los hechos que se relatan, consignándose expresamente que, por razón de todo ello, «la actividad en el Ayuntamiento estaba totalmente paralizada, por no poder entrar persona alguna». La normalidad se restableció sobre las catorce horas de dicho día. No puede ser puesto en entredicho que aunque como motivación última pretendiesen los encausados llamar la atención de las Autoridades acerca de su situación laboral, que estimaban injusta, se propusieron y consiguieron, en contraste con el alcance de sus actos en la fase inicial, paralizar los servicios municipales y, merced a ello, alterar la vida ciudadana, en definitiva, atentar contra la paz pública, ocupando el Ayuntamiento e impidiendo el funcionamiento de sus servicios. Aún atendiendo a principios atinentes a la ponderación de bienes, puede concluirse que se traspasaron, y de modo grave, los límites tolerables, en el propósito de denuncia pública de una conflictividad laboral y de unas reivindicaciones prestacionales, con una dimensión y trascendencia que justifican la reprochabilidad que el tipo penal tenido en cuenta alberga. La aplicación del artículo 246 del texto sustantivo penal es correcta.

Y el motivo no merece acogimiento, al igual que el octavo en el que, por idéntica vía procesal, se señala infracción del artículo 585.5 del Código Penal, precepto que se dice violado al no haber sido aplicado.

## ARTICULO 321. INTRUSISMO. TIPOS. DOCTRINA GENERAL

(STS de 19 de junio de 1989. Pte. Sr. Vivas Marzal)

**Primero.** El delito de intrusión profesional, también denominado intrusismo y usurpación de calidad se halla regulado en el artículo 321 del Código Penal, cuyo precepto tras la reforma penal de 1961-1963, consta de un tipo básico, consistente en el ejercicio de los actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial o reconocido por disposición legal o convenio internacional, y de un tipo cualificado, subtipo agravado o circunstancia de concreción, descrito en el párrafo 2 del precepto estudiado, y que requiere, para su aplicación, que el culpable se atribuya públicamente la cualidad profesional. La jurisprudencia en sentencias de 28 de mayo de 1975, 5 de marzo de 1976, 5 de mayo de 1977, 28 de febrero de 1983, 23 de enero de 1984 y 21 de abril de 1988, entre otras muchas, se ha ocupado de la *ratio essendi* de la punición de estos comportamientos del sujeto pasivo que es triple —el Estado, la sociedad y los integrantes y ejercientes de la profesión de que se trate—, de los requisitos estructurales de esa infracción, entre los cuales figuran la realización de más de un acto de intrusión y la inocuidad de las conductas que entrañan la ejecución de actos propios de una profesión careciendo del correspondiente título cuando ello se efectúa gratuitamente y equivaliendo a una actuación de complacencia, amistad o buena vecindad, terminando dicha jurisprudencia por exigir, en el campo de la culpabilidad que, el presunto intruso tenga la conciencia o se represente que está invadiendo el campo de actuación reservado para ciertos profesionales dotados

de título legitimador de esas actividades, y, a pesar de ello, quiera ejercerlas de ese antijurídico modo.

**Segundo.** En este caso, y según se narra en el relato histórico de la sentencia de instancia, la procesada poseedora de una serie de títulos expedidos en el extranjero y que es miembro de la Asociación Latino Americana de Investigación y Docencia de la Acupuntura y Moxibustión, pero que no es Licenciada ni Doctorada en Medicina, en fecha no exactamente determinada, pero, al menos desde 1982, comenzó en Jerez de la Frontera a ejercer actividades, de acupuntura, reflexoterapia y revitalización, tratando, a quienes lo requerían, y era aconsejable, con las técnicas propias de estas disciplinas hallándose «en la firme creencia de que, en España, para ejercer la acupuntura no era preciso ningún título facultativo, sabedora que esa ciencia o técnica, no se enseña en las Facultades de Medicina de España».

**Tercero.** La sentencia recurrida para absolver a la acusada, del delito de usurpación de calidad, por el que fue acusada, se basa en dos razones o argumentos fundamentales, el primero de ellos, consistente en que, no impartándose en las Facultades de Medicina españolas, enseñanzas de acupuntura, reflexoterapia y revitalización, no se expiden, oficialmente títulos que autoricen y legitimen el ejercicio de tales actividades, por lo cual mal pueden usurparse funciones o actividades profesionales que no existen legalmente y que no corresponden a profesionales determinados que posean el título legitimador correspondiente y el segundo que hallándose la acusada en la creencia de que para ejercer esas técnicas no era preciso título expedido u homologado en España y, que, por tanto, y puesto que en el Estado español no se imparten tales disciplinas en las Facultades de Medicina nacionales, obra en su favor, una causa excluyente del indispensable dolo, como lo es el error invencible de prohibición al que se refiere el párrafo 3 artículo 6 bis a) del Código Penal.

**Cuarto.** Si por Medicina se ha de entender ciencia o arte de prevenir o precaver, y de curar las enfermedades humanas, no hay duda que ciertas ramas de la misma cuyas enseñanzas y ejercicio, ni se dan en las Facultades de ese ramo, ni se legitiman mediante la obtención de un título oficial, corresponden a los profesionales dedicados a Medicina General, hallándose, la clave en cuestión y la línea divisoria entre lo lícito y lo ilícito, en sentencia de 23 de enero de 1984, merced a la cual cuando la acupuntura y lo mismo podría predicarse de la reflexoterapia y de la revitalización, se llevan a cabo, por prescripción facultativa o bajo la égida de un Médico, se trata de meras prácticas de ejecución, que no requieren la posesión de título o Licenciado o Doctor en Medicina, pero si el que ejecuta cualquiera de esas técnicas, antes de aplicarlas, practica exploraciones o reconocimientos clínicos, diagnóstica, pronóstica y decide una terapéutica determinada, está invadiendo las funciones reservadas para los profesionales de la Medicina y, si concurren los demás elementos estructurales del tipo, su comportamiento, con todo merecimiento, se incluirá en el artículo 331 del Código Penal.

**Quinto.** Por consiguiente, el primer fundamento exculpatario expuesto en la sentencia de instancia queda destruido, como con acierto, sostiene la entidad recurrente pero, como el segundo argumento esto es, el de la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente, en que se hallaba la procesada, no ha sido rebatido por dicha parte recurrente y, por otra parte, es absolutamente cierto que esas enseñanzas, no se imparten en las Facultades de Medicina de España, que no existe una especialidad, respecto a ellas, que requiera para su ejercicio, un título legitimador especial y que, la acusada, además de poseer diversos títulos extranjeros, pertenecía a la Aso-

ciación Latino Americana de Investigación de la Acupuntura y la Moxibusión, cuyos estatutos fueron aprobados por el entonces Ministerio de Gobernación, con fecha de 31 de marzo de 1977, es lo cierto que, la tesis del Tribunal Sentenciador en instancia, que gozó de la superioridad que supone la observancia del principio de inmediatez, resulta plausible y certera, adhiriéndose a ella esta Sala, la cual, en consencuencia estima procedente la desestimación del único motivo de este recurso, interpuesto por el Colegio Oficial de Médicos de la Provincia de Cádiz, y fundado en el artículo 849.1 LECr, por violación del artículo 321.1 del Código Penal.

### **ARTICULO 346.1. DELITO DE RIESGO ALIMENTICIO. FIGURAS DE PELIGRO**

*(STS de 20 de junio de 1989. Pte. Sr. Montero Fernández Cid)*

A su vez, dentro de las infracciones de peligro, la doctrina científica distingue comunmente entre delitos de peligro abstracto, en los que el legislador presume que determinadas conductas entrañan «siempre» peligro, de manera que su realización es, sin más peligrosa y tipificada, y delitos de peligro concreto, que tienen prevista en la descripción típica la necesidad de que se haya producido una situación real de peligro, el que no puede, por consiguiente, presumirse o deducirse sin más como ligado en relación de causa a efecto de la realización de los elementos objetivos del tipo, sino que, contrariamente, exigen la demostración o prueba específica de que el peligro existió en la conducta o comportamiento concreto. Ello no supone la producción de un resultado lesivo propiamente dicho, pues este caso, de producirse, operaría por consunción sobre el delito de peligro, sino, simplemente, la verificación de este extremo sin posibilidad de presunción del mismo por la simple realización del comportamiento objetivo —activo u omisivo— tipificado. En el tipo de párrafo primero del artículo 246 del Código Penal el elemento copulativamente añadido de la existencia del peligro para la salud de los consumidores exige la verificación en cada caso, sin que pueda presumirse; se está así en presencia de una infracción de las que la doctrina alemana denomina como delitos de peligros abstracto-concreto, en los que la norma no se limita a descubrir una acción u omisión generalmente peligrosa conforme a un juicio de experiencia, sino que exige la comprobación de las propiedades del comportamiento para permitir conceptuar a éste, apto o idóneo para producir en su caso un peligro real para el objeto de protección.

### **ARTICULO 371. DENEGACION DE AUXILIO. ASISTENCIA MEDICA**

*(STS de 21 de junio de 1989. Pte. Sr. Moyna Ménguez)*

2. Debe distinguirse en orden al segundo tema propuesto, y lo hace con singular acierto la sentencia impugnada entre la visita al consultorio y la entrega del volante para el centro sanitario especializado, y el segundo episodio de los hechos —al siguiente día— cuando el estado del paciente, inmovilizado en su domicilio y sin posibilidad, por su estado físico, de traslado a un centro médico, reclama una inmediata asistencia que es reiteradamente solicitada por un vecino y familiares; había surgido

una situación distinta a la contemplada en la consulta del día anterior, y el gravísimo estado del paciente exigía una nueva consideración clínica del caso, la cual pasaba inevitablemente por la visita domiciliaria del médico de cabecera. No se hizo por el acusado, con incumplimiento no sólo de deberes reglamentarios (vid. art. 35 del Reglamento de 27 de noviembre de 1953), sino del deber de solidaridad y auxilio que en la profesión médica alcanza la mayor cota de exigencias; en conclusión es ajustada a derecho la tipificación de la conducta enjuiciada en el citado artículo 371 del Código Penal.

### ARTICULO 396. MALVERSACION DE FONDOS. DOCTRINA GENERAL

(STS de 26 de junio de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Los diversos tipos legales de malversación propia de caudales públicos ofrecen como nota común a todos ellos, la afección general a los intereses patrimoniales del Estado o de los demás entes públicos al patrimonio público, quebrantándose en aquéllos el deber de fidelidad o lealtad del funcionario respecto a la Administración de la que depende.

Como requisitos integrantes de la figura de malversación propia acogida en el artículo 396 del Código Penal, pueden precisarse los siguientes: a) el elemento subjetivo determinado por la cualidad de funcionario público del sujeto activo, conforme al artículo 119 del propio Código punitivo; b) elemento objetivo, que se concreta en una realidad dispositiva de los caudales o efectos, que quiere decir poder del funcionario sobre el destino de los bienes, ya sea de hecho o de derecho, con tal de que en este último supuesto, en aplicación de sus facultades competenciales, pueda convertir la primitiva potestad de control o custodia en una efectiva disponibilidad material; c) los caudales o efectos han de gozar de la consideración de público, los cuales cobran tal naturaleza, tanto cuando de un modo efectivo pasan a incorporarse al erario público, como cuando percibidos por el funcionario, surge en el ente el derecho a su entrega e ingreso en el patrimonio estatal o municipal, y d) una conducta típica consistente en aplicar a usos propios o ajenos dichos caudales, de tal forma que se empleen estos bienes para un fin distinto del que tenían originariamente asignados.

Aplicar en este caso, dice la sentencia de 7 de febrero de 1962 de esta Sala, significa un uso transitorio de carácter tan sencillo como el de la persona que teniendo a su cargo caudales públicos, los invierte en satisfacer temporalmente necesidades propias o ajenas. Lo peculiar, pues, de este tipo estriba en la falta de ánimo de apropiación por parte del funcionario. Es reiterada la jurisprudencia —Sentencias de 13 de abril y 19 de noviembre de 1981, 30 de diciembre de 1985— de esta Sala, que establece las diferencias entre el tipo delictivo del artículo 394 y el del 396, en que, en el primero, se requiere la concurrencia de *animus rem sibi habendi*, o intención de apoderamiento definitivo, mientras que en el segundo, falta la concurrencia del factor finalista de la malversación propia, como es el ánimo de lucro y la apropiación definitiva, y el que el apoderamiento ha de ser de mero uso, por desvío indebido de los fondos, intención que la propia Ley presume en beneficio del reo, cuando el reintegro se realice dentro de los diez días siguientes al de la incoación del Sumario, mientras que su no devolución, determina la imposición de las penas del artículo 394, por estimarse entonces que falta la voluntad de devolución y sí concurre la de apropiación.

Cuestión de especial relieve, es la referente a si la tenencia de los caudales, por parte del funcionario, ha de provenir de una competencia específica por razón del ámbito de sus funciones atribuidas, o si es suficiente que aquéllos se hallen a disposición del funcionario en atención a sus atribuciones generales, habiéndose producido la entrega como incidencia y en relación con el ejercicio de la función pública. Aun cuando existe alguna resolución discordante, es doctrina reiterada de esta Sala —Sentencias de 17 de enero de 1966, 23 de diciembre de 1967, y 20 de octubre de 1970—, la de que no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezcan o al servicio al que figure adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público.

La última de las resoluciones citadas comprende en el tipo de la malversación, aquellos caudales que el funcionario poseyere de hecho, aunque no se le estuviese atribuido de derecho la custodia, pues la ostentaba en virtud de sus funciones generales, por resultar suficiente el que fuera un mero servidor de la posesión oficial, siendo bastante que el funcionario que ejerce un servicio y detenta unos bienes públicos abuse de confianza en él depositada y deje indefenso al organismo.

#### **ARTICULO 420. LESIONES GRAVES. DEFORMIDAD. PERDIDA DE PIEZAS DENTALES EN MAL ESTADO**

*(STS de 8 de mayo de 1989. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)*

Resulta, por consiguiente, cierto que a consecuencia del delito cometido por el procesado el lesionado como resultado de la reyerta suscitada entre ambos, en los términos que la sentencia de instancia explica, perdió tres piezas dentarias. Esto es, entre la acción y la pérdida hubo inequívoca relación causal. La conclusión de la resolución invocada es, por tanto, correcta. El recurrente, lo que sin duda quiere introducir en el debate casacional es la idea de una ruptura del nexo causal, como resultado del mal estado de las piezas dentarias a consecuencia de la caries. Pero la pretensión no es atendible porque el mal estado ya reseñado de las piezas no excluye la tipicidad del hecho que viene configurado, sin excepciones, por la acción y la consecuencia, sin que el mal estado de las piezas perdidas, y otro tanto pueda decirse de la pérdida de otros órganos principales o no pueda afectar, aunque estuvieran en estado de deterioro, a la calificación jurídico penal del hecho, como aquí acontenció.

Menos aún puede aceptarse el argumento de que han de ser tenidas en consideración las circunstancias del sexo, edad y estado, anteriores y posteriores a la agresión, a efectos de calificación jurídico-penal porque en la actualidad ha de entenderse que todo el mundo tiene derecho a un estado físico y su alteración por parte de otra persona a través de una agresión si produce deformidad, bajo la acepción ya consagrada por la jurisprudencia de esta Sala, ha de dar lugar a la calificación que con acierto estableció la Sala de instancia, todo ello sin perjuicio del efecto que desde el punto de vista económico pueda producirse en orden a la responsabilidad civil.

**ARTICULOS 429 Y 430. VIOLACION Y ABUSOS DESHONESTOS.  
RELACIONES, CONTINUIDAD, ABSORCION Y CONCURSO**

(STS de 5 de mayo de 1989. Pte. Sr. Puerta Luis)

**Cuarto.** Resta por analizar el primero de los motivos, deducido por la representación de los procesados al amparo del artículo 849.1 LECr, por estimar que aquéllos han sido condenados por dos delitos (uno de violación y otro de abusos deshonestos), cuando debieron serlo, en su caso, por uno sólo: el de violación, dado que el abuso deshonesto «puede ser perfectamente subsumido por el delito de violación, ya que el propósito sería ese: violar». A tal fin destaca la parte recurrente que «el ánimo de yacer, y concretamente de eyacular, es el fin perseguido por el encartado». Implícitamente, por tanto, se viene a denunciar la aplicación indebida del artículo 430 del Código Penal.

Ciertamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia estima aplicables el principio de consunción o de absorción cuando los abusos deshonestos constituyen el preludio hacia el «yacimiento» en que consiste la «violación». Realizado el coito, «la violación subsume a los abusos». En el presente caso, sin embargo, el procesado Manuel, mediante las amenazas descritas en el *factum*, logró tener acceso carnal con la víctima al introducir su pene en la vagina de ésta: pero, al no conseguir eyacular, intentó penetrarla por vía anal y finalmente la obligó a ir al servicio y «a sentarse en la taza del wáter», donde la joven amenazada hubo de succionarle el pene hasta conseguir la eyaculación.

La eyaculación no es precisa para la consumación del delito de violación, basta para ello la *coniunctio membrorum*, aunque la penetración del pene no sea completa o no haya eyaculación o *inmissio seminis* (vid., *ad exemplum*, las sentencias de 1952 y 8 de octubre de 1969). No cabe decir, por tanto, como pretende la parte recurrente, que los actos posteriores al yacimiento deben quedar subsumidos en la violación. Es preciso entender por el contrario, que constituyen unos abusos deshonestos autónomos. Consumada la violación, la conducta posterior del hoy recurrente, al intentar penetrar a la mujer por vía anal y luego hacerlo vía bucal, obligando a la mujer a succionar el pene hasta lograr la eyaculación, supone una ulterior agresión sexual a la víctima y una notable agravación de su natural aflicción, que se compaginan mal con la subsunción pretendida y con el necesario respeto al principio de proporcionalidad de las penas. El motivo, por consiguiente, carece de fundamento y debe ser desestimado.

Dicho lo anterior, no es ocioso añadir que la reconducción de la conducta enjuiciada hacia una única figura delictiva podría hacerse por la vía del delito continuado. El artículo 69 bis del Código Penal, tras describirlo, previene especialmente que quedan exceptuadas del mismo «las ofensas a bienes jurídicos personales» —como sin duda, lo es la libertad sexual, que constituye esencialmente el bien jurídico protegido por los delitos contra la honestidad—, pero a continuación, añade: «salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la honestidad, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva». La jurisprudencia de esta Sala ha estimado, dentro de este contexto, la existencia de delito continuado en casos de violación, resaltando que debe tratarse de «casos muy excepcionales» de iteración inmediata del coito con el mismo sujeto pasivo por insatisfacción o por dominio del furor erótico, siempre que lo sea en el



marco de unas mismas circunstancias de tiempo y lugar, y bajo la misma situación intimidatoria (Sentencias de 31 de enero de 1986, 7 de marzo, 27 de mayo y 13 de diciembre de 1988).

Pese a que en el presente caso no ha existido una iteración del coito, y, por ello, no puede hablarse de una doble violación, sino de una violación y de unos abusos deshonestos posteriores, tal circunstancia no debe ser obstáculo para la posible apreciación del delito continuado, por cuanto concurren las circunstancias que la jurisprudencia ha tenido en cuenta para su estimación en los casos de doble violación (identidad de sujeto pasivo e identidad de ocasión y de circunstancias de tiempo, lugar y de situación intimidatoria), y el Código Penal admite la existencia del delito continuado cuando las acciones u omisiones objeto de enjuiciamiento infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales»; semejanza sustancial que no cabe negar que existe entre la violación y los abusos deshonestos violentos, de los artículos 429 y 430 del Código Penal, integrados en el mismo capítulo de los «delitos contra la honestidad», cuyo bien jurídico es el de la libertad sexual; especialmente cuando, como sucedió en el presente caso, los ulteriores abusos consistieron en introducir el pene del procesado en la boca de la víctima, llegando incluso a eyacular dentro.

#### **ARTICULO 434. ESTUPRO DE PREVALIMIENTO. DIFERENCIAS CON EL INTIMIDATORIO. DEBILIDAD MENTAL**

*(STS de 14 de junio de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)*

**Primero.** La figura básica del estupro con prevalimiento recogida en el párrafo primero del artículo 434 del Código Penal tras la Ley Orgánica 7/1978, de 7 de octubre, requiere, amén del yacimiento y de una edad de la víctima entre 12 y 18 años, que la misma acceda al acto sexual en circunstancias tales que coarten hasta cierto grado su libertad, de manera que, como señala la sentencia de 9 de febrero de 1987, dicho prevalimiento llega a suscitar un problema de límites con la intimidación, cuestión ésta que debe resolverse atendiendo a que, si bien la fuerza compulsiva se dirige a la producción de un temor encaminado a vencer una voluntad adversa, el prevalimiento consiste en el aprovechamiento de circunstancias que, coincidentes en propiciar una relación de superioridad, motivan a la parte más débil en el sentido de dejar hacer a la contraria, sin que pueda hablarse —si no es con criterio muy amplio— de pugna real entre dos voluntades, pudiendo citarse a este respecto, conforme a una abundante jurisprudencia, de la que son muestras las sentencias de 2 de noviembre de 1986 y 14 de mayo de 1987, la convivencia doméstica, la vecindad o amistad familiar, la dependencia, el respeto venerencial y la notoria diferencia de edad, sobre todo cuando quien comete el yacimiento tiene más o menos reducidas sus facultades mentales, sea por enfermedad mental, sea por oligofrenia, sea por otra causa.

**Segundo.** Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, resulta obligada la desestimación del único motivo admitido a trámite en este recurso, ya que la impugnada calificación de estupro con prevalimiento se desprende sin dificultad desde los hechos probados. El procesado contaba 51 años, mientras que la mujer con la que yace, convecina suya y conocida desde varios años (es decir desde la niñez), tenía 14 años, padeciendo, además «oligofrenia con ligera debilidad mental», lo que explicaba su apodo de «la tonta del cortijo Tolino», de modo que, aun sin aquella deficiencia disminuía

«sólo en grado leve su capacidad intelectual y volitiva para comprender la trascendencia y significado del acceso carnal y rechazar el mismo», ha de concluirse que el ahora recurrente se aprovechó de las dos indicadas circunstancias para obtener un consentimiento viciado, tanto más cuanto que, según advierte algunas sentencias —así la ya citada de 14 de mayo de 1987— la debilidad mental hace a estas mujeres, sobre todo cuando se trata de adolescentes, particularmente proclives a los abusos sexuales porque a sus naturales y recién despiertas inclinaciones no corresponde un sistema de inhibiciones y de valores bien construido, sin olvidar, por último, que la conducta ahora enjuiciada revela como circunstancia complementaria la invitación a la muchacha para que montase en el automóvil del procesado, so pretexto de llevarla a la escuela y la conducción de la misma hasta determinado lugar, donde, «en medio del campo», y «tras advertirle que le pegaría si se lo contaba a sus padres», aquél, «venciendo sólo la débil resistencia opuesta por Encarnación, tuvo ayuntamiento carnal con ella en dos ocasiones, dejándola embarazada». Puede verse la exposición de este mismo criterio en la reciente sentencia de 3 de mayo de 1988, relativa a un supuesto muy similar al presente, en el que juega también papel fundamental la diferencia de edad y la torpeza mental de la estuprada.

#### **ARTICULO 480. DETENCION ILEGAL. AUTORIA**

*(STS de 9 de junio de 1989. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)*

Según la narración histórica, el proceso, al procederse a la ocupación de los locales y retención en los mismos de los funcionarios públicos que allí prestaban sus servicios, procedió a comunicar a los mismos los acuerdos asamblearios de no permitirles la salida al exterior, y además, indica que «en todo momento fue el interlocutor válido entre unos y otros y el portavoz de los ocupantes». Tan expresivas frases conducen «ex se ipsa» a la desestimación del motivo que se examina. Una vez más se ha de recalcar que una cosa es la realización del comportamiento típico y otro, no necesariamente identificable con él, es la ejecución material de los actos normativamente descritos de carácter objetivo. En un delito plurisubjetivo activamente lo decisivo es el dato del «dominio funcional del hecho» derivado del reparto de papeles en la dinámica comisiva. Si el asignado era nada menos que el indicado, la autoría a efectos del artículo 14.1 del Código Penal (por cierto no invocado como infringido, que hubiera sido el correcto) es indudable. Nada importa la falta de constancia de verificación de comportamientos materiales ejecutivos, pues lo decisivo; participación del acuerdo colectivo — con la carga conmitoria que implica— y actuación de portavoz de la muchedumbre delincunete comportaba ese dominio funcional y, con él, la asunción de un papel a título del autor.

#### **ARTICULO 489 BIS. OMISION DEL DEBER DE SOCORRO. DOCTRINA GENERAL**

*(STS de 16 de mayo de 1989. Pte. Sr. Puerta Luis)*

El artículo 489 bis del Código Penal castiga, como es sabido, al que no socorriere a una persona, que se hallare «desamparada y en peligro manifiesto y gra-

ve», cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, y al que «impedido de prestar socorro, no demandare con urgencia auxilio ajeno»; precisando, finalmente, que el hecho será sancionado más gravemente «si la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido».

La jurisprudencia de esta Sala, en referencia a esta figura delictiva, ha declarado que, para su existencia es preciso: 1.º) una conducta omisiva en los casos y circunstancias que describe el tipo; 2.º) una repulsa social de tal conducta; 3.º) conciencia del desamparo de la víctima, así como de la necesidad del auxilio y de la susceptibilidad del deber de actuar (vid., sentencia de 23 de febrero de 1981, 9 de mayo de 1983, 18 de enero de 1984 y de 13 de marzo de 1987, entre otras). De tal modo que, si la víctima no requiere auxilio, no hay delito (vid., sentencia de 19 de febrero de 1970).

#### **ARTÍCULO 516 BIS, 1.º Y 4.º UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULO DE MOTOR. ABSORCION EN EL ROBO**

*(STS de 20 de junio de 1989. Pte. Sr. Díaz Palos)*

**Segundo.** La doctrina de esta Sala, en efecto, viene distinguiendo las tres hipótesis en que se pueden encontrarse relacionados los delitos de robo y de utilización ilegítima de vehículo de motor:

a) Un primer supuesto en que ambos delitos por estar consumados con total independencia deban ser estimados en concurso ya real, ya ideal.

b) Un segundo caso en que aún tratándose de acciones independientes, la conexión entre ellas reunan los requisitos objetivos y subjetivos del delito continuado, en cuyo caso se apreciará éste. Quedarán por tanto excluidos los supuestos en que el robo esté incurrido en cualquiera de las dos especies de robo con violencia (física o moral) por cuanto el artículo 69 bis del Código Penal exceptúa de la continuación delictiva las infracciones que ataquen bien eminentemente personales, siendo posible en cambio tal aglutinación entre el robo con fuerza en las cosas y el de utilización ilegítima de vehículo de motor con fuerza in re o sin ella (vid., sentencia 11 abril 1989).

c) Finalmente, si la acción del robo violento se extiende en el apoderamiento de las pertenencias del perjudicado, al automóvil del mismo, se dará un solo delito de dicha especie, por virtud del mentado fenómeno de *progresión delictiva* dentro de una misma familia patrimonial de delitos, lo que, por otra parte, evita la indeseable consecuencia de que si la apropiación del vehículo hubiera sido definitiva hubiera quedado incluida dentro de la total acción depredatoria, en tanto que si el apoderamiento del automóvil hubiera afectado tan solo a la facultad utendi y se hubiera recuperado antes de transcurrir las veinticuatro horas a que se refiere el párrafo tercero del artículo 516 bis del Código Penal habría dos delitos, lo que sería completamente paradójico, tal como vienen afirmando las sentencias de esta Sala citadas por el recurrente.

**Tercero.** En consecuencia, no es que deba pensarse el delito de uso de vehículo de motor sin la calificativa de la intimidación por quedar esta absorbida en el delito de robo violento en cuyo ámbito tuvo lugar mentado ataque al uso, sino que es el delito entero de uso indebido del vehículo el que queda integrado

en el de robo violento, tal como también puntualiza el Ministerio Fiscal en su apoyo del recurso, de acuerdo en un todo con la doctrina de esta Sala antes expuesta.

Por lo mismo, estimado el único motivo del recurso que e ha mantenido por el recurrente, debe dictarse nueva sentencia en que se condene al mismo por los delitos de robo con intimidación y tenencia ilícita de armas, en los mismos términos proferidos en la sentencia de instancia y se le absuelva del delito de uso ilegítimo de vehículo de motor ajeno.

### **ARTICULOS 516 BIS 2.º, 505.4.º Y 510.3.º UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULO DE MOTOR. FUERZA EN LAS COSAS. LLAVES FALSAS**

*(STS de 27 de junio de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)*

La expresión contenida en el factum que alude a «utilizando llave que no era la propia del vehículo, abrieron y se llevaron el vehículo» se ajusta a la precisión legal del artículo 510 número 3.º del Código Penal, puesto que no era aquella la destinada or el propietario para abrir la cerradura violentada por el culpable, lo que le incardina en el robo con fuerza en las cosas del artículo 504.5.º (sic); uso de llaves falsas, y por tanto, en el párrafo 2.º del artículo 516 bis, al haberse ejecutado el hecho empleando fuerza en las cosas, que resulta de la concordancia de los aludidos artículos 516 bis y 504.5.º (sic), en relación con el 510.3.º, todos del texto punitivo y así lo entiende la doctrina científica mayoritaria y la jurisprudencia de esta Sala —cfr. sentencias 30 octubre 1981, 3 marzo 1986 y 22 enero 1988—, que ha declarado que la referencia a la fuerza entre las cosas, supone una remisión a las modalidades del artículo 504 del Código Penal, y sin discusión alguna, toda vez que la fuerza se utilizó para abrir el vehículo y no para ponerlo en movimiento —cfr. sentencias Tribunal Supremo 4 febrero 1975 y la ya citada de 3 de marzo de 1983.

### **ARTICULO 519. ALZAMIENTO DE BIENES. NATURALEZA**

*(STS de 4 de mayo de 1989. Pte. Sr. Barbero Santos)*

**Cuarto.** El cuarto motivo, por infracción de Ley, subsidiario del anterior, con apoyo en el artículo 849.1 LECr, estima indebidamente aplicado el artículo 519, en relación con el 3, ambos CP, ya que el delito de alzamiento debió ser estimado en grado de tentativa.

El propio recurrente reconoce que es doctrina pacífica de esta Sala (SS 6 mayo 1946, 4 y 27 noviembre 1987) que el alzamiento de bienes es un delito de mero riesgo, o actividad, que se consuma por la causación de una situación de insolvencia total o parcial, sin que sea necesario que el perjuicio patrimonial se produzca.

Puesto que el legislador pretende que este perjuicio no se verifique ha anticipado la consumación a un estado anterior, lo que impide, lógica y técnicamente, como en todo delito de peligro, la posibilidad de apreciar las fases imperfectas

de consumación del delito. No cabe frustración ni tentativa. El delito es perfecto cuando al acreedor se le imposibilita satisfacer su crédito por la situación fraudulenta de insolvencia del deudor. Como aquí ocurre.

El motivo no puede prosperar.

## ARTICULO 528. ESTAFA PREVIA A LA SUSPENSION DE PAGOS

*(STS de 11 de mayo de 1989. Pte. Sr. Moyna Ménguez)*

**Unico.** Los contratos civiles o mercantiles son vehículo o instrumento de desplazamientos patrimoniales y en su desarrollo pueden darse hipótesis de incumplimiento que salen de la órbita civil cuando en el momento del concierto o celebración subyace un ánimo o dolo defraudatorio, es decir, cuando el sujeto sabe de antemano —al exteriorizar su voluntad contractual— que no se halla en condiciones de hacer frente a la contraprestación ofrecida; este estado de conciencia, hay que deducirle de las circunstancias anteriores, simultáneas o posteriores que concurren en los hechos inferencia o deducción que, por tratarse de un juicio de valor, es revisable en el recurso casatorio si la parte perjudicada, en este caso la empresa vendedora y acusadora particular, se levanta contra la sentencia absolutoria e invoca la inaplicación de los artículos 528 y 529.1.º del Código Penal (motivo del recurso).

El acusado sostenía desde hacía más de tres años —tomando el hilo del relato— relaciones comerciales con la Sociedad Anónima «Hierros del Mediterráneo», a la que compraba materiales férricos para las actividades industriales que desenvolvía con un montante mensual y sostenido de cien mil pesetas, y en el mes de setiembre de 1983, hizo un pedido por un importe de cuatro millones setecientos setenta y siete mil setecientos sesenta y nueve pesetas (4.777.769 pesetas), presentando al mes siguiente expediente de suspensión de pagos. El análisis e interpretación de estos hechos permite afirmar la intención defraudatoria que inspiró la última petición de materiales por un valor muy superior a los pedidos mensuales y cuando el comprador se hallaba en trance de suspensión de pagos que tomó estado judicial un mes más tarde; la base argumentativa de esta aseveración reside en que al realizarse el último pedido la empresa del acusado pasaba por los momentos de crisis o de desarreglo económico que normalmente precede a las solicitudes de suspensión de pagos o de quiebra («tempus proximum decoctionis»), y en este estado, caracterizado por la demora y cesación en los pagos derivados de una situación de iliquidez o de larvada insolvencia, rompió el acuso —sin que conste la existencia de un momento excepcional de trabajo en su empresa— el ritmo habitual de las relaciones comerciales con una solicitud de materiales cuarenta y siete veces superior, dejando el crédito resultante, sometido a los avatares de una suspensión de pagos que no llegó a cristalizar en convenio alguno.

Ciertamente que este pedido excepcional y excesivo no pasó inadvertido a la Sociedad suministradora de materiales férricos, que exigió para la operación letras aceptadas y a menor plazo, pero ello no puede interpretarse como aceptación del riesgo de incumplimiento, porque tal precaución no incorporaba al crédito ninguna garantía eficaz contra el riesgo de insolvencia, ni autoriza a suponer que pudiera conocer la situación de inminente sobreseimiento de pagos en que

se hallaba el comprador, hasta entonces respetuoso con los compromisos adquiridos. Tampoco el expediente de suspensión de pagos purga o purifica un preexistente ánimo defraudatorio, aunque pudiera llegarse a un acuerdo satisfactorio a través del convenio; la solvencia no está reñida con el propósito o dolo de estafa, pero en este caso la situación económica de crisis o cesación de pagos enlazada a la petición de una remesa enlazada a la petición de una remesa de materiales desproporcionada con las compras habituales, funda no sólo sospecha, sino verosimilitud en orden a la voluntad defraudatoria inspiradora de la operación.

### **ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. LOTERIA. ABONO DE HECHO**

*(STS de 31 de mayo de 1989. Pte. Sr. Soto Nieto)*

**Tercero.** El procesado «encargado», de la administración de lotería «con plenas facultades de administración de sus titulares», actuando en nombre y por cuenta del querellante, proporcionaba a éste los décimos referenciados, los que quedaban bajo su guarda hasta el momento en que comparecía el Sr. S. de C. a hacerse cargo de los mismos y a liquidar su importe, con las eventuales deducciones que procediera. El imputado no era dueño de los décimos en cuestión, sino poseedor «in nomine alieno», con obligación de entrega a su dueño, se encontraba respecto de aquéllos en una relación jurídica tal que suponía la recepción de los billetes con obligación restitutoria al ser requerido para ello. No puede menos de acusarse la presencia de un título en virtud del cual se constituye la posesión de las cosas con adyacente y conjunta obligación de entrega, iprescindiblemente ligada al propio título. Según la sentencia de esta Sala de 16 de junio de 1987, siendo cierto que sólo la apropiación de lo ajeno puede generar el delito definido en el artículo 535 del Código Penal, sin embargo, no es preciso que el dinero u otra cosa mueble lo haya recibido el sujeto activo del delito, es decir, que haya habido traslado material del objeto, pues basta la adscripción ideal «ex iure domino», para que surja la figura delictiva, ya que en nuestro ordenamiento jurídico tanto es admitida la tradición material, como la instrumental o simbólica o convencional, bajo las dos modalidades, «brevimanu» y «constitutum possessorium», en cuyo supuesto el vendedor se halla en posesión de la cosa mueble a título de dueño, y en virtud del depósito u otro título innominado, se transforma en posesión de cosa ajena, sin que haya desplazamiento material del «corpus possessionis», sino que sólo cambia el signo en virtud del cual se posee, pero con obligación de devolverla, cuando sea requerido a tal fin. En igual línea sentencias de 25 de mayo de 1981, 20 de diciembre de 1985, 24 de febrero, 9 de junio y 24 de diciembre de 1986, entre otras. Todo ello refuerza la conclusión de la sentencia, dado que, aun no produciéndose una tradición material de los títulos, en méritos a los pactos existentes entre las partes del Sr. S. de C. adquiría el dominio de aquéllos y el procesado se constituía en depositario de los mismos en el tramo temporal que iba desde la adquisición y guarda de los décimos hasta su efectiva restitución al querellante. La invocada sentencia de 12 de junio de 1979, por referirse a presupuesto fáctico claramente diferenciado del presente, relación ésta negocial mantenida y confirmada durante más de

quince años, nada supone en contra de las consideraciones que preceden. Y ello tanto se parta de que Eduardo B., adquiría desde un principio los décimos en nombre y por cuenta de S. de C., como de que, ostentando el primero una posesión de aquéllos en razón a su cualidad de encargado de la Administración, en base al convenio con el querellante transmutaba tu título posesorio por el de depositario de los billetes, los que se asignaban en propiedad al Sr. S. La actitud del inculpado incorporando a su patrimonio los décimos premiados, negando la propiedad del Sr. S. de C. y oponiéndose a su entrega, supone el comportamiento típico del delito de apropiación indebida, ruptura de los límites contractuales mediante acto de disposición de carácter dominical. Ha de desestimarse el motivo, al igual que el segundo, en el que también por idéntica vía procesal del número 1.º del artículo 849 de la LECr, se señala vulneración por interpretación errónea del artículo 535 del Código, por decirse no existir previo «*constitutum possessorium*».

**ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. ALCANCE  
DE LA REMISION PUNITIVA A LA ESTAFA. AGRAVACION  
POR EL VALOR**

*(STS de 9 de mayo de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)*

El *factum*, ciertamente, muy escueto, pone de manifiesto, como el procesado dispone en su provecho de las primas que recibía como agente a comisión de la Compañía de Seguros, y que debería remitir a aquélla, lo que no efectúa, haciéndolas suyas, por un montante de 2.741.442.

La incardinación de aquellos hechos en los artículos 535, 528 y 529.7.º del Código Penal, está justificada plenamente, por lo expuesto con anterioridad, en cuanto al primer precepto. Fue igualmente acertada la agravación, dada que la cuantía de la infracción supera con creces el límite a partir del cual, la doctrina de esta Sala, opta por el subtipo agravado. La remisión punitiva del artículo 535 de dicho texto punitivo, a su artículo 528, alcanza también el artículo 529, —*cfr. sentencias 10 febrero 1987—* y los límites para apreciar la agravación y se sitúan entre las 500.000 pesetas y el millón, para la circunstancia no cualificada, y por encima de ésta última para la de especial consideración —*cfr. sentencias 7 octubre 1986 y 3 junio 1988.*

**ARTICULO 549.2.º INCENDIO. CHABOLAS**

*(STS de 5 de junio de 1989. Pte. Sr. García Miguel)*

El precepto consignado en el artículo 552 CP es residual, en cuanto que se refiere a las *coss* no comprendidas en los artículos anteriores, o sea, que en él se atiende, exclusivamente, a los daños materiales que puedan producirse con el incendio, a diferencia de lo que acontece en los preceptos anteriores, en los que se atiende tanto a los daños materiales como a las situaciones de riesgo, participando, por tanto, de un carácter mixto, como indudablemente aconteció

en el caso, sin que pueda constituir el menor impedimento para la subsunción de los hechos en el artículo 549.2 CP la naturaleza del objeto o de la cosa a la que los procesados prendieron fuego, ya que dentro del concepto de edificio o casa habitada han de comprenderse toda clase de construcciones, por modestas que sean y sea cual fueren los materiales empleados en su construcción, siempre que constituyan el hogar o lugar de alojamiento de una familia, como lo era sin duda la chabola incendiada por los procesados, pues es dejar de prestar protección penal por razón de la naturaleza de la construcción no solamente implicaría añadir a la injusticia que supone el que haya familias que tengan la desgracia de tener que vivir en construcciones de tal naturaleza, la injusticia de privarles de la protección prestada a quienes tengan la suerte de vivir en construcciones de mejor calidad, sino también el desconocer una evidente y manifiesta realidad social, como es la de la existencia de numerosas familias para quienes las llamadas chabolas constituyen su única vivienda.



## SECCION DE BIBLIOGRAFIA

### Revista de Libros

**ASCIONE, Guglielmo y DE BIASE, Domenico:** «*La nuova disciplina dei provvedimenti restrittivi della libertà personale*», *Giuffré Editore, Milán, 1989, VIII + 174 pp.*

La acomodación del ordenamiento jurídico penal (material y procesal) a las exigencias garantistas que impone al Estado la Constitución es, sin duda alguna, una actividad permanente, porque el contenido y los límites de los derechos y las libertades fundamentales, por su propia esencia, evolucionan al par de los avances técnicos, políticos, económicos y sociales. La admisibilidad constitucional de los instrumentos de tutela penal de la sociedad, en consecuencia, ha de ser constantemente replanteada, y así lo hacen los distintos Tribunales Constitucionales de los países de nuestro entorno cultural. Impulsado, por lo común, por esas resoluciones, el derecho penal comparado experimenta modificaciones que, en la medida en que inciden en instituciones jurídicas comunes, no es posible desconocer.

En esta perspectiva comparatista, el ordenamiento penal italiano constituye, posiblemente, el más claro ejemplo de esta vitalidad ordinamental: su Corte Constitucional efectúa constantes interpretaciones de las normas penales y éstas incorporan habitualmente nuevas regulaciones que se estiman más adecuadas al modelo constitucional de tutela penal.

Entre las innovaciones legislativas más recientes, la Ley 330, de 5 de agosto de 1988, tiene una doble y especial trascendencia: en primer lugar, porque introduce una nueva regulación de los procedimientos restrictivos de la libertad personal, más acorde a la prevalente posición que en el sistema constitucional italiano ocupa la libertad personal; en segundo lugar, porque este nuevo régimen legal supone (como así lo reconoce, sin ambages, la propia Exposición de Motivos de la reforma) una significativa anticipación del proceso penal que está diseñándose en Italia para un futuro muy cercano.

Las líneas de tendencia de esta reforma anunciada, en lo que se refiere a las técnicas de limitación del derecho fundamental a la libertad personal están, en efecto, ya esbozadas en la Ley 330, y son, concretamente, las siguientes: en primer lugar, la atribución a la autoridad jurisdiccional de la competencia exclusiva para la captura de los imputados, sustrayendo su titularidad al Ministerio público y a los pretores; en segundo lugar, una sustancial reforma de la detención cautelar, con previsión de medidas de coerción no restrictivas de libertad (prestación de cauciones; obligaciones de presentación periódica ante la policía judicial; prohibiciones u obligaciones de residencia, etc.), introducción del principio de

adecuación de las medidas coercitivas a la naturaleza y al grado de la exigencia cautelar que debe satisfacerse en el caso concreto, la eliminación de la obligatoriedad de la captura en determinadas figuras de delito y la desaparición de la institución de la libertad provisional, entendida como beneficio concedido por el Juez y sujeto a condiciones; en tercer lugar, una importante ampliación de las garantías de la defensa, atribuyendo a los defensores tanto el derecho a asistir a los careos entre cómplices, así como entre imputados y testigos, como la facultad de intervenir en el examen de los procedimientos restrictivos de libertad ante la Corte; y, en cuarto y último lugar, la íntegra reformulación de aquellas disposiciones que habían sido declaradas en parte constitucionalmente ilegítimas.

El libro que comento (que continúa la interesante labor glosadora que caracteriza a la colección «Teoria e Pratica del Diritto», de la Editorial Giuffrè), efectúa un análisis urgente, pero no por ello menos riguroso, de esta nueva normativa, interpretando y valorando jurídicamente las medidas que la misma incorpora. El tono general de la obra es laudatorio, y los autores no ocultan la simpatía que les provoca el texto de la norma que analizan, pero ello parece suficientemente justificado: esta reforma procesal pretende instrumentar un uso más equilibrado y responsable del poder restrictivo de la libertad personal y, para ello, la prevalencia del *status libertatis* del imputado y del respeto al principio de proporcionalidad en la aplicación de las instituciones restrictivas de libertad se configuran como elementos estructurales de carácter esencial.

Desde esta perspectiva, los autores destacan cómo la atribución al Poder Judicial de la competencia exclusiva para decretar la captura de los imputados satisface la exigencia de un más riguroso e imparcial ejercicio del poder de detención; y, en semejantes términos, se afirma que la reordenación de la custodia cautelar sigue las líneas marcadas por diversas Resoluciones del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, según las que la cárcel preventiva no debe ser obligatoria, debiendo orientarse su existencia al cumplimiento del principio de proporcionalidad.

El respeto a este principio se encuentra también, en opinión fundada de los autores, en la base de la cancelación de la obligación legal de captura de los autores de determinados delitos (graves, con pena superior, por lo común, a cinco años de prisión): en efecto, en el régimen normativo derogado, tal obligación se sostenía sobre la presunción absoluta de peligrosidad del sujeto imputado, en tanto que la Ley 330 establece, por el contrario, que el poder del Juez de emitir un mandato de captura sólo podrá ejercerse si es apreciable un peligro concreto, por alguno de los motivos taxativamente establecidos en el artículo 253.2 C.p.p. (subsistencia de inderogables y concretas exigencias de tutela para la consecución de específicos medios de prueba; fuga del imputado, o concreto y fundado peligro de fuga; o exigencias de tutela de la colectividad basadas en la peligrosidad del imputado, derivada de su personalidad y de las circunstancias del hecho). Aun más, para la emisión del mandato de captura no es suficiente tan sólo la concurrencia de una de estas causas, sino que es también preciso que el Juzgador valore si, por el delito por el que se procede, puede imponerse una pena que exceda de la duración de la medida cautelar. Consecuencia de ello es otra destacable innovación: si desaparecen las exigencias cautelares, el Juzgador queda obligado a decretar la libertad del imputado.

Los avances, innegables, de esta nueva regulación en orden a la protección de la libertad personal en el proceso de instrucción penal no pueden ocultar,

sin embargo, algunas disfunciones que se seguirán, necesariamente, del hecho de que los nuevos principios e instituciones han de coexistir (por la propia naturaleza parcial de la reforma) con otras disposiciones ancladas en principios no tan avanzados: las dificultades de compaginar la taxatividad de los supuestos en los que es admisible la emisión de órdenes de captura por los Jueces y Tribunales, con el ámbito de discrecionalidad con el que se configura la detención por parte de la policía judicial, y que llega a admitir incluso la detención por indicios de criminalidad (problema al que específicamente se dedican los capítulos II y III); y la confusa regulación de las competencias jurisdiccionales, así como de los recursos admisibles contra sus resoluciones, en materia de libertad personal, son posiblemente las notas más desfavorables de esta reforma. Los autores son conscientes de ello y así lo señalan, formulando incluso alguna propuesta de interpretación normativa superadora de tales conflictos.

Esta es, en fin, una obra que propicia la reflexión y el debate jurídico. Su utilidad para el investigador español, en el presente contexto de necesaria reforma de los ordenamientos penal y procesal penal, es evidente.

ESTEBAN MESTRE DELGADO  
*Profesor Titular de Derecho Penal.*  
*Universidad de Alcalá de Henares*

**CARBONELL MATEU, J. C.; GOMEZ COLOMER, J. L. y MENGUAL I LULL, J. B.: «Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales». Ed. Civitas, Madrid, 1987, 336 pp.**

Bajo el título «Enfermedad mental y delito» se recogen tres estudios parciales del problema del tratamiento jurídico-penal que, en un sentido amplio, dispensa el Derecho español al sujeto enajenado que ha cometido un hecho típicamente antijurídico en ese estado o que devino en la enfermedad mental con posterioridad a su ejecución.

Advierten los autores en la nota preliminar que esta monografía es el resultado de la actualización y recomposición del Informe solicitado por el Ministerio de Justicia italiano sobre este problema en España con el fin de integrar, junto con otros extranjeros, un estudio de Derecho Comparado en el que se atendieran las vertientes jurídico-penal, jurídico-procesal y psiquiátrica de la enfermedad mental, aspectos que se corresponden, precisamente, con las tres partes del libro a las que a continuación voy a referirme.

#### **I. Primera parte: Aspectos penales, por Juan Carlos Carbonell Mateu**

El autor aborda en esta sección la cuestión central que el problema plantea en el ámbito jurídico-penal, esto es, la imputabilidad, en torno a la cual lleva a cabo el análisis de las manifestaciones jurídico-positivas de la inimputabilidad, como exigente completa o incompleta, por razón de la enfermedad mental (enajenación mental) y por causa de alteraciones en la percepción, así como el estudio

de las consecuencias previstas para tales casos (las medidas aplicables y la responsabilidad civil). A este estudio añade unos comentarios dedicados a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal, de 1983. A la descripción de estos contenidos dedicaré las siguientes líneas.

1. Previamente, el profesor Carbonell considera necesario realizar unas consideraciones sistemáticas y dogmáticas sobre el papel desempeñado por la imputabilidad en la teoría del delito, ante la falta de un concepto legislativo al que acogerse y la diversidad de concepciones doctrinales existentes sobre él. Con este fin, expone su concepción de la imputabilidad como capacidad de culpabilidad y de ésta como reproche personal por la infracción del deber, y en este sentido identifica «capacidad de culpabilidad» y «capacidad de deber», señalando que tal capacidad sólo se puede concebir si el sujeto es apto para ser obligado por un deber jurídico, único supuesto en el que podría sufrir un reproche como consecuencia de su incumplimiento.

Pero la capacidad de deber requiere la admisión de la posibilidad de que el individuo se determine de acuerdo con las prescripciones del ordenamiento jurídico, por lo que precisa, en todo caso, el reconocimiento del libre albedrío en el sujeto, cuestión ésta sumamente controvertida en la doctrina por su indemostrabilidad.

No obstante, de acuerdo con las tesis de Cobo del Rosal y Vives Antón, entiendo el autor que desde la libertad se explica mejor el Derecho penal y, en este sentido, considera vanos los intentos llevados a cabo por otros autores bien para prescindir de la culpabilidad como elemento del delito, bien para proponer una nueva concepción de ella que soslayase el problema de la libertad humana, por incurrir siempre en cierta circularidad argumentativa que termina por requerir la admisión de la libre determinación de la voluntad en el sujeto.

2. Entrando en el análisis del texto legal (art. 8.º 1.º C.p.), el autor se pronuncia favorablemente por una concepción psicológica de la enajenación con el deseo de dotar a este vago concepto de una extensión (conforme con su idea de la imputabilidad) de la que ha carecido tradicionalmente para la jurisprudencia. Admite, así, la posibilidad de un concepto normativo de la misma, de acuerdo con la definición dada de la inimputabilidad como capacidad de deber (esto es, de reproche por la infracción del deber de abstenerse de cometer conductas antijurídicas).

De acuerdo con ello, para conseguir esa mayor amplitud, procede a relativizar los tres requisitos que el Tribunal Supremo ha venido exigiendo para la apreciación de este estado (el origen patológico, la producción de un efecto psicológico consistente en la total anulación de la inteligencia y/o voluntad del sujeto y la permanencia de la situación), al mismo tiempo que reclama, para su determinación, una más estrecha colaboración entre el juez y el psiquiatra, y para la imposición del tratamiento más adecuado, la audiencia —ineludible— de este último.

3. Centra el profesor Carbonell el comentario relativo a las medidas de seguridad en torno a la más grave de las que se contemplan en el artículo 8.º 1.º del Código: el internamiento. En cuanto que en esta medida la curación resulta útil para la prevención de los bienes, estima compatible su simultáneo contenido curativo y asegurativo, aunque advierte que, por su propio carácter, sólo deberá imponerse —como el respeto de las medidas previstas— en aquellos casos en los

que conste la peligrosidad del sujeto y, únicamente, durante el tiempo estrictamente necesario.

A propósito de esto, recuerda que en Italia se declaró inconstitucional la presunción —*iuris et de iure*— de peligrosidad criminal, contenida en los artículos 222.1.º, 204.2.º y 209.2.º del Código penal. Con base en el principio de igualdad, el Tribunal Constitucional italiano estimó que así como para el sujeto imputable se hace necesario comprobar la culpabilidad, para el inimputable es preciso confirmar la peligrosidad. En este sentido, la imposición obligatoria de una medida de seguridad por el Código penal español —sin previa comprobación de la peligrosidad del sujeto— presenta, en opinión del autor, idénticos visos de inconstitucionalidad.

4. Las alteraciones en la percepción (art. 8.3.º C.p.) son objeto de atención en este estudio en cuanto que constituyen una circunstancia eximente de la responsabilidad criminal basada en la producción de un efecto psicológico (asentado esta vez sobre una base indudablemente biológica) consistente en la incapacidad de motivación normal del sujeto, efecto que coincide con el requerido para la exención de responsabilidad por causa de enajenación. Siendo así, y atendido el carácter más acorde de la medida prevista para el caso de las alteraciones en la percepción, entiende el autor que este supuesto del número tercero ha de ser, en su caso, de aplicación preferente a la enajenación mental.

Ello no obstante, critica el preceptivo internamiento del sujeto en un centro educativo especial, así como considera cuestionable la virtualidad práctica de alguna de las medidas que se ofrecen como sustitutivas a aquélla.

5. El análisis de la circunstancia eximente incompleta se refiere a una cuestión de orden formal y a otra de orden material. La primera hace referencia al término «semiimputabilidad», que el autor considera inadecuado atendiendo a que la imputabilidad, como capacidad de culpabilidad, ha de apreciarse o no, enteramente considerada, lo que no constituye óbice alguno para la consideración de las condiciones particulares del individuo a la hora de la determinación de la pena.

La segunda cuestión es la relativa al pretendido sistema vicarial, introducido por la Reforma de 1983, por el que el tribunal puede dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al tratamiento (a los resultados de la medida de seguridad). Opina el autor que este sistema puede dar lugar a un trato discriminatorio de dudosa constitucionalidad al olvidar que el semiimputable ha sido considerado merecedor de una pena, además de peligroso.

6. Como consecuencia patrimonial del hecho típicamente antijurídico causado por el inimputable, prevé el artículo 20 del Código la responsabilidad civil. Tras la Reforma de 1983 queda claro que tanto los delitos cometidos en estado de enajenación como en situación de trastorno mental transitorio originan esta responsabilidad y se termina con la presunción de la culpa in vigilando en el guardador legal o titular de la patria potestad en los casos en que el inimputable ocasionó el daño, de modo que sólo cuando concurre negligencia en el guardador pasa éste a responder por el daño causado, rigiendo, en los demás casos, los «criterios generales de la responsabilidad civil».

7. El comentario destinado a la vigencia de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social es, efectivamente, breve y tajante, de acuerdo con el ánimo con el que lo aborda el autor. Su conexión con el tema de este estudio se halla en

el hecho de que la embriaguez habitual y la toxicomanía se configuran en esta Ley como estados peligrosos, al mismo tiempo que son estados susceptibles de integrar situaciones de trastorno mental transitorio.

Critica por ello la violación del principio «non bis in idem» y también la previsión de medidas predelictuales —e incluso «paradelictuales»— y señala que esta ley constituye el mayor peligro legal del Estado de Derecho, por lo que pide su inmediata derogación.

8. Para terminar, comenta brevemente la nueva regulación de esta materia por la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal, de 1983, que estima más deseable que la actual.

## **II. Segunda parte: Aspectos procesales, por Juan Luis Gómez Colomer**

En el ámbito jurídico-procesal el problema de la enajenación y del trastorno mental transitorio se plantea de forma distinta según el momento en el que la afeción mental tiene lugar. Efectivamente, tanto las previsiones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con las que a este tema refiere el Código penal, parten de diferentes presupuestos de capacidad procesal en el imputado y establecen diversas formas de proceder en el proceso según que la alteración de las facultades mentales se produzca en el sujeto simultánea o posteriormente a la comisión del hecho típico.

1. En primer lugar, el autor se ocupa de la capacidad del imputado para comprender la acusación, seguir los actos procesales y ejercer su derecho a la autodefensa (capacidad procesal). A este respecto señala que aunque quien es inimputable es incapaz de participar conscientemente en juicio, el Derecho presupone la capacidad procesal en el sujeto en el caso de que la afeción mental concurra en el momento de realizar el hecho para que se pueda celebrar el juicio en el que se despejen las dudas sobre su salud mental. (El profesor Gómez Colomer elude, en este punto, la virtualidad fundamental del juicio, en estos casos, para la determinación —previa a otro pronunciamiento— de la comisión o no de un hecho típico y de la antijuridicidad de la conducta.)

2. En segundo lugar, el estudio se dedica al análisis del tratamiento que la legislación procesal prevé para los supuestos en que, como ya he señalado, la afeción mental sea coetánea o sobrevenida a la realización del hecho típicamente antijurídico.

2.1. La forma de proceder ante la comisión del delito en estado de enajenación o trastorno mental transitorio se resuelve atendiendo a las —escasas— reglas que proporciona la LECrim. y a las que dedica el Código penal. Aun cuando los actos procesales a seguir son los comunes al proceso ordinario, conviene destacar las singularidades que el autor plantea, concretamente, en cuanto a las medidas cautelares, la forma de la resolución del tribunal y la ejecución de la medida de internamiento.

Considera que como medida cautelar sólo puede adoptarse —aparte de las que de carácter patrimonial corresponden— el internamiento en un centro psiquiátrico penitenciario, ya que, sin perjuicio de la previsión de otras medidas por el Código penal, parece ésta la más aconsejable y la más utilizada en la práctica (aunque con frecuencia se interna al imputado en un establecimiento penitenciario normal ignorando la necesidad de asistencia psiquiátrica que presenta).

Por lo que se refiere a la forma de la resolución judicial con la que se ha de poner fin al proceso, entiende el autor que caben, ante la concurrencia de una eximente completa, las dos posibilidades que ofrece la LECrim: el auto de sobreseimiento libre (art. 637.3.º) o la sentencia absolutoria. Aunque indica que en la práctica el cauce del sobreseimiento no se utiliza, sostiene la posibilidad de recurrir a él en aquellos casos en los que conste al tribunal la certeza de la concurrencia en el sujeto de la eximente primera del artículo 8.º del Código; por consiguiente, en estos supuestos el órgano jurisdiccional deberá proceder exactamente igual que si hubiera dictado sentencia absolutoria y, así, impondrá la medida de seguridad que considere apropiada conforme a aquel precepto. En el caso de que la resolución judicial sea una sentencia, si el tribunal considera al acusado inimputable, fallará la absolución por enajenación mental, trastorno mental transitorio o alteración en la percepción y decretará, si fuere enajenación, el internamiento del sujeto en el centro psiquiátrico penitenciario; además, la sentencia habrá de resolver la cuestión de la responsabilidad civil y dará paso a la iniciación del procedimiento civil de incapacitación.

Las consideraciones del autor acerca de la ejecución de la medida de internamiento presentan también un interés suficiente para destacarse en estas líneas, de acuerdo con su propósito. Se advierte que la regulación de este tema presenta inadmisibles lagunas y que existe la general opinión de que todo lo que afecta al trastornado mental es un «auténtico desastre» en la actualidad. Su pormenorizado análisis desciende en este punto al detalle del procedimiento a seguir para el internamiento del enajenado, de la enumeración de los tipos de centros psiquiátricos existentes y al modo de conclusión del internamiento. Procederé a reseñar algunos aspectos sobre el tratamiento de estas dos últimas cuestiones.

Con respecto a los centros psiquiátricos, teóricamente —como apunta el autor— el trastornado sólo puede ser internado en uno de los dos Sanatorios Psiquiátricos Penitenciarios existentes (en Alicante y Madrid), pero por razones prácticas (falta de plazas, cambios de criterio de internamiento psiquiátrico) los tribunales obligan, en ocasiones, a internar al enajenado en las Salas Psiquiátricas de los Hospitales Provinciales o en los Hospitales Psiquiátricos Provinciales. La escasez de centros hace que el cumplimiento de la medida suele a veces producirse en un centro no adecuado y pone de manifiesto el riesgo que existe para los derechos del internado por la pérdida de contacto con el abogado y con el tribunal sentenciador, cayendo con frecuencia su caso «en el olvido de un expediente empolvado» en una lejana Audiencia.

La terminación de la medida de internamiento tendrá lugar bien en el momento en que sea sustituida por otra de las que ofrece al Código, bien llegado el momento en que se cumpla el tiempo que habría correspondido a la pena impuesta por el delito cometido en condiciones de impuntabilidad, sin perjuicio de que, de «lege data», la duración del internamiento sea indeterminada. Ello no obstante, esta reclusión podrá continuar, en el mismo centro o en otro, si persistiesen razones que desaconsejasen la puesta en libertad del enajenado, pero ello sólo podrá ser a partir de una orden judicial de naturaleza civil.

2.2. El estudio del procedimiento a seguir en los casos en los que la enajenación sobrevenga tras la comisión del hecho resulta más completo porque requiere una solución en cada uno de los momentos en los que pueda acaecer. La LECrim. atiende a algunos de estos casos, pero ha olvidado señalar qué hacer

cuando el trastorno devenga en el momento de la detención policial o estando la causa en la fase intermedia o en la de juicio oral. Al modo en que el profesor Gómez Colomer soluciona estos supuestos voy a referirme a continuación.

Con respecto al primero de ellos, cuando después de la detención del sospechoso se advirtieran en él síntomas de enajenación, la policía debe suspender inmediatamente sus averiguaciones personales y remitir al detenido a la Autoridad judicial según se deduce de la normativa general de la LECrim. respecto a la detención y de la particular relativa al trastorno sobrevenido en el sumario.

Cuando la enajenación sobrevenga en el momento de la fase intermedia, concluido ya el sumario y pendiente aún de apertura el juicio oral, en opinión del autor, procede la aplicación —con algunas particularidades— de las mismas normas que regulan el trastorno sobrevenido durante el sumario, pues hasta el momento de la acusación las normas procedimentales tenderán a meritarse si se puede acusar o no.

No es tan sencilla la solución al caso de la enajenación que sobrevenga una vez abierto el juicio oral. La falta de regulación es aquí especialmente grave, aunque determinar cuál sea la legislación a aplicar no constituye una tarea tan ardua (la solución más adecuada consiste en recurrir a las normas establecidas por la LECrim. para el trastorno mental sobrevenido en el sumario) como la de la fijación de sus efectos. Efectivamente, el contenido del artículo 383.I requiere un detenido análisis, pues cambia el momento en el que la afección se presenta.

Y concluye el profesor Gómez Colomer que el sumario habrá de permanecer abierto, el tribunal deberá dictar un auto de archivo en el momento en que aprecie el trastorno mental, ordenar, en su caso, la práctica de la pericia psiquiátrica y la revocación de las medidas cautelares personales, la conservación de las patrimoniales, el destino de las piezas de convicción y el inicio del proceso civil de incapacitación. No parece que ello deba producir, sin embargo, la suspensión de la causa, pues el carácter indefinido de su paralización dota al acto del tribunal de efectos más bien interruptorios. Lo que dará lugar a las consecuencias previstas en el artículo 749 de la Ley procesal penal, aunque indica el autor que una mejor solución que la propuesta por este precepto respecto a la repetición de la vista, sería la de reiterar toda la fase del juicio oral y, previamente, la intermedia, para que las partes pudieran ejercer su derecho, al control de la formación del sumario. Por último, también procedería la imposición de cualquiera de las medidas ofrecidas por el artículo 8.1.º del Código penal.

3. Esta parte correspondiente al estudio de los aspectos procesales concluye con unas consideraciones acerca del derecho de defensa del trastornado mental, fundamentalmente referidas al control de la fase ejecutiva, y sobre las particularidades que el tema de la enajenación presenta en el proceso de menores.

### III. Tercera parte: Aspectos psiquiátricos, por Joan B. Mengual i Lull

La última parte de este estudio de la enfermedad mental como hecho con virtualidad jurídico-penal, se refiere a la vertiente médica del problema, al análisis desde el punto de vista psiquiátrico de las circunstancias legales de exención de la responsabilidad relacionadas con la enfermedad mental, en sus aspectos terminológicos y conceptuales.



1. Su autor comienza exponiendo el cuadro legislativo vigente —penal y civil— sobre el enfermo mental y comentando la deficiente situación general de la asistencia psiquiátrica en España. Aborda, a continuación, el estudio del peritaje psiquiátrico, en el que advierte contradicciones en cuanto a su función, problemas metodológicos y procedimentales (entre otros, la peritación «ex post facto») y discrepancias entre quienes han de efectuarlo, dificultades todas para una conciliación entre las demandas legales de determinación de la peligrosidad del sujeto enajenado (el autor denomina a este sujeto «n=1», por rigor científico y por consideraciones humanitarias y éticas) y las posibilidades científicas que la Psiquiatría ofrece para ello. Sobre estos antecedentes, desarrolla detenidamente los supuestos de la enajenación mental, del trastorno mental transitorio y de las alteraciones en la percepción y dedica unas consideraciones a la minoría de edad, para terminar con unas referencias críticas al exhibicionismo, a la conducta alcohólica y al trastorno mental sobrevenido al delito, como destacados problemas aplicativos con relación a las categorías de la enajenación mental y del trastorno mental transitorio.

2. El análisis de los tres supuestos centrales de la inimputabilidad (enajenación, trastorno mental transitorio y alteraciones en la percepción) se orienta a mostrar las dificultades aplicativos que en la práctica plantea la divergencia existente entre la terminología legal, jurisprudencial y psiquiátrica y acerca de la intensidad y la extensión de estos conceptos.

El autor señala que el cuadro de enfermedades que el Derecho penal entiende susceptibles de dar lugar al estado de enajenación —psicosis, oligofrenias, psicopatías y neurosis— resulta incompleto, obsoleto y falto de rigor técnico. Los pronunciamientos jurisprudenciales acerca de estas afecciones mentales se basan en viejas nomenclaturas y anticuadas clasificaciones y al mismo tiempo que contienen afirmaciones que muestran un absoluto desfase con los avances de la medicina, comprenden otros que pretenden cerrar categóricamente debates aún pendientes de solución en el seno de esta ciencia. Parten, así, del establecimiento de orígenes de los trastornos que aún se consideran inciertos por las ciencias de la conducta, mezclan posturas psicoanalíticas con otras procedentes de psicologías animistas o propias de la psicología cognitiva, hablan de «inteligencia» y «voluntad» con gran vaguedad y dificultando la aproximación del lenguaje científico, requieren imprecisos elementos cualitativos, cuantitativos y cronológicos para el encaje del padecimiento en la categoría de la enajenación o del trastorno mental transitorio, y ordenan el internamiento independientemente de lo inadecuado que pueda resultar esta medida desde el punto de vista terapéutico estimado por los médicos. Con tales afirmaciones se erigen los tribunales, en fin, en psiquiatras, pues, de acuerdo con sus declaraciones, «no es preciso poseer especiales conocimientos psiquiátricos» para saber cómo proceder en algunos de estos casos; en los demás, no obstante, basta —según entienden— con recurrir al precedente.

3. Finalmente, estima el autor que la categoría híbrida del trastorno mental transitorio debe desaparecer por la falta de rigor científico de su concepto y por las extremas dificultades que existen para su práctica apreciación debido al ineludible carácter «ex post facto» del peritaje. Y en cuanto a las alteraciones en la percepción, destaca la incertidumbre de sus contenidos y critica la incomprensible previsión de la medida de internamiento para una categoría que, en principio,

puede ser susceptible de acoger estados de muy diversa especie no todos, quizá, necesitados de tan extrema medida.

### **Valoración final**

Este libro constituye en la actualidad la obra más completa con la que se cuenta en España sobre el tratamiento jurídico-penal, procesal y psiquiátrico de la enajenación mental como circunstancia eximente o atenuante de la responsabilidad criminal. La oportunidad del tema, su acertado desarrollo interdisciplinar y su adecuada estructura y visión pormenorizada de los problemas que se tratan en cada una de las partes, proporcionan un amplio análisis de la realidad teórica y práctica de la enfermedad mental en ámbito del Derecho penal español, del que resultan decididas críticas, tomas de posición y posibles soluciones con respecto a muchas de las cuestiones abiertas que el tema presenta. La extensa bibliografía que se aporta contribuye también, finalmente, al ya destacado interés de la obra.

ANTONIO DOVAL PAÍS  
*Becario de Investigación.*  
*Area de Derecho penal.*  
*Universidad de Alicante*

# NOTICIARIO

## NUEVO CATEDRATICO DE DERECHO PENAL

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, ha obtenido la Cátedra de Derecho penal don Antonio Cuerda Riezu, en la Universidad de León.

## MANIFIESTO POR UNA NUEVA POLITICA SOBRE LA DROGA

Los abajo firmantes, juristas preocupados profesionalmente por la problemática de la drogadicción, desean llamar la atención de la sociedad española en general y de los poderes públicos en particular sobre el fracaso que ha obtenido la acentuación de la política represiva producida en los últimos años.

1. Ante todo, no se han logrado las metas supuestamente perseguidas: Erradicar o disminuir sensiblemente el tráfico y consumo de drogas. Pese a la frecuencia de los decomisos se acepta de modo generalizado que el porcentaje de droga interceptada es mínimo respecto al cada vez mayor que se pone a disposición de los consumidores. Tal aumento de la oferta está en consonancia con el continuado incremento de la demanda por parte de los consumidores.

2. Simultáneamente, la droga se ha convertido en un producto muy caro, datos los elevados márgenes comerciales que retribuyen los riesgos de traficar con un producto tan perseguido. Esto ha originado, en primer lugar, la aparición de poderosas organizaciones de traficantes con un poder económico sin parangón en toda la historia de la criminalidad y que en sus niveles medios y superiores eluden fácilmente la persecución penal. En segundo lugar, causa o agrava la marginación social de una buena parte de los consumidores que no poseen los medios económicos necesarios para adquirir la droga, lo que les obliga a realizar actividades asociales o a caer en la delincuencia.

3. Consecuencia de lo anterior es que los recursos del sistema judicial penal se ven desbordados por la criminalidad vinculada al tráfico de drogas. Del mismo modo, el aumento de la población reclusa a que esa criminalidad está dando lugar empeora notablemente las condiciones de habitabilidad de las prisiones, dificulta aún más la aplicación de la Ley General Penitenciaria y refuerza las mafias carcelarias conectadas al suministro de drogas a los internos.

4. Las negativas repercusiones sobre la población en general son evidentes: Ella es la que sufre directamente el inusitado aumento de la delincuencia dirigida a procurarse dinero para adquirir droga. Ella es asimismo la que padece medidas indiscriminadas de control de esa delincuencia poco respetuosas con los principios de un Estado de Derecho, como las redadas masivas o los reconocimientos anales y vaginales.

5. El Estado de Derecho está siendo conmovido igualmente desde otros puntos de vista: Ante todo, la acentuación de la vía represiva ya ha mostrado que no se detiene ante los principios garantistas del Derecho Penal, habiéndose creado figuras delictivas que violan los principios de seguridad jurídica o de proporcionalidad de las penas. Por otra parte, el poderío económico de los traficantes de medio y alto nivel les permite corromper instituciones esenciales de las democracias, desde los órganos de persecución penal hasta las más altas instancias representativas, por no citar las instituciones financieras.

6. En otro sentido, la protección de la salud a la que se aspira con semejantes preceptos resulta notablemente distorsionada. En primer lugar, porque, a diferencia de lo que suele ser habitual en nuestra sociedad entre ciudadanos adultos, no se respeta el principio de que la salud sólo puede ser protegida con el consentimiento de la persona afectada. En segundo lugar, porque es precisamente la prohibición la que, al imposibilitar el control estatal sobre la producción y venta, convierte la droga en un producto de escasa calidad o de una calidad imposible de conocer por el consumidor en cada caso, lo que es origen de daños tan importantes a la salud como las muertes por sobredosis, SIDA, hepatitis B u otras complicaciones sanitarias. A su vez, la regulación represiva, al suponer una mayor marginación del consumidor, lejos de obtener la tutela de la libertad de auto-determinación del ciudadano, produce un efecto pernicioso para la misma.

7. Los efectos de la prohibición a nivel internacional son igualmente negativos. La cuestionable distinción entre drogas legales e ilegales ha pasado a convertirse en una nueva forma de opresión cultural y económica de los países poderosos: Se obliga a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas ajenas a la occidental mientras se fomenta el consumo de las drogas propias de esta última. Por otra parte, la necesaria expansión de los principios de Derecho internacional se realiza en clave represiva y en detrimento de la soberanía de los Estados más débiles.

8. La actual política básicamente represiva tiene nefastos efectos sobre los imprescindibles esfuerzos dirigidos a la prevención, entendida como la promoción de actitudes vitales basadas en la autonomía y responsabilidad personales. Por una parte, fomenta la integración del consumo de drogas entre las pautas propias de la conducta rebelde, con la consiguiente atracción sobre la juventud. Por otra, permite eludir las responsabilidades de la propia sociedad sobre el citado fenómeno, dejándolo todo en manos de los órganos represivos.

9. Por otro lado, la actual política represiva se limita a la adopción de una intervención asistencial centrada en un porcentaje mínimo de consumidores —los más deteriorados—, impide la asunción de objetivos que tiendan a mejorar sus condiciones personales, familiares y sociales, y privilegia la confusión entre asistencia y control con efectos claramente perniciosos.

Ante esta situación, creemos que es hora de frenar la tendencia hacia el aumento de la represión, cuyos ejemplos últimos son la reforma española de 1988 y la

Convención de las Naciones Unidas del mismo año, manifestándonos asimismo rotundamente en contra de cualquier intento de penalización del consumo. Se ha de reflexionar seriamente sobre el posible desarrollo de otras alternativas que alteren el actual énfasis puesto en las medidas represivas penales.

La nueva política debería trasladar el centro de atención al campo de la prevención de la demanda y la asistencia a los consumidores. Sólo una intervención preventiva basada en mensajes positivos, realizada por los cauces y agentes normales de la intervención educativa y una política asistencial centrada en el objetivo de reducir los riesgos derivados del consumo puede tener una razonable esperanza de éxito.

No debería ser delito el tráfico de drogas entre adultos; antes bien, estos deberían tener la posibilidad de acceder legalmente a la posesión de las mismas.

Es preciso un análisis normalizado de las conductas relacionadas con el tráfico de drogas que lleve a su tratamiento en consonancia con los principios que rigen en Derecho penal respecto a comportamientos similares.

Nadie duda que debería existir un estricto control administrativo de su producción y venta, con especial atención a la calidad de la sustancia, y que las infracciones más graves de tal control pudieran constituir delito, a semejanza de lo que sucede con los productos alimenticios o con medicamentos u otras sustancias que pueden ser nocivas para la salud.

También debería merecer consideración por parte del Derecho penal el suministro de drogas a menores de edad o a personas carentes de modo evidente de capacidad de decisión autónoma, del mismo modo que sucede en relación con otros ámbitos vitales.

Las dificultades de aplicación de los preceptos penales en los dos sectores citados terminarían siendo semejantes a las actualmente existentes en los ámbitos que se toman como modelo, donde tales dificultades se consideran socialmente aceptables. La probable persistencia del tráfico ilícito en esas esferas no debe hacer olvidar que el mercado ilegal, con sus secuelas ya conocidas, habría sufrido una sustancial restricción.

Adoptadas las vías penales anteriores, parece lógico pensar que se produciría una notable disminución del poder de las grandes organizaciones de narcotraficantes: el volumen de tráfico ilícito se reduciría de modo decisivo, y el margen de beneficio de este tráfico, o del ilícito si se readaptaran a él, sería mucho menor. En cualquier caso, sus persistentes comportamientos ilícitos debieran tratarse en el marco de los delitos contra el orden socioeconómico.

La dimensión internacional es básica para la efectividad de estas propuestas. Las esferas oficiales españolas deben, sin embargo, dejar de utilizar este hecho como una coartada: en el plano nacional rechazan entrar en el debate político-criminal alegando que éste debe situarse en un nivel supranacional, y simultáneamente, cuando acuden a los foros internacionales correspondientes, los representantes oficiales españoles adoptan actitudes claramente promotoras de la represión o, cuando menos, tendentes a rehuir el debate y absolutamente receptivas a las nuevas propuestas endurecedoras de la punición.

Por todo lo anterior, los abajo firmantes instan a los poderes públicos a que fomenten abiertamente un debate en la sociedad española en los términos antedichos, abandonando actitudes de descalificación hacia la denominada alternativa despenalizadora, y haciendo llegar estas inquietudes a las instancias oficiales in-

ternacionales. Del mismo modo los signatarios de este documento se comprometen a aunar esfuerzos de cara a concretar progresivamente la alternativa esbozada.

En Málaga, a 2 de diciembre de 1989.

*Perfecto Andrés Ibáñez*, Magistrado-Juez de la Audiencia Provincial de Madrid.  
*Heriberto Asencio Cantisan*, Magistrado-Juez de Vigilancia Penitenciaria de Sevilla.  
*Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.

*Javier Boix Reig*, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alicante.  
*Juan Bustos Ramírez*, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

*Rocío Cantarero*. Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.

*Juan Carlos Carbonell Mateu*, Catedrático de Derecho Penal y Decano de la Facultad de Derecho de las Islas Baleares.

*Clara M. Careaga*, Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

*Manuela Carmena Castrillo*, Magistrada-Juez de Vigilancia Penitenciaria de Madrid.

*Cándido Conde-Pumpido Tourón*, Presidente de la Audiencia Provincial de Segovia.

*José Luis Díez Ripollés*, Catedrático de Derecho Penal y Decano de la Facultad de Derecho de Málaga.

*María Dolores Fernández Rodríguez*, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Murcia.

*Ana Ferrer García*, Magistrada-Juez de Instrucción de Madrid.

*Mercedes García Arán*, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

*Enrique Gimbernat Ordeig*, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.

*José Luis González Cussac*, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

*Carlos González Zorrilla*, Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.

*Luis Gracia Martín*, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza.

*Soledad Jurado Rodríguez*, Magistrada-Juez de Distrito de Málaga.

*Gerardo Landrove Díaz*, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia.

*José Manuel Lorenzo Salgado*, Catedrático de Derecho Penal y Decano de la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela.

*José Luis Manjón-Cabeza Marín*, Juez de Distrito de Fuengirola.

*Borja Mapelli Caffarena*, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

*María Luisa Maqueda Abreu*, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

*Javier Martínez Lazaro*, Magistrado-Juez de Instrucción de Barcelona.

*Fermín Morales Prats*, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Central de Barcelona.

*Francisco Muñoz Conde*, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

*Joaquín Navarro Esteban*, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid.

*Ventura Pérez Mariño*, Magistrado-Juez de lo Penal de Burgos.

*Mario Pestana Pérez*, Juez de Instrucción de San Lorenzo de El Escorial.

*Bernardo del Rosal Blasco*, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.

*Ramón Sáez Valcárcel*, Magistrado-Juez de Distrito de Madrid.

*Juan Terradillos Basoco*, Catedrático de Derecho Penal y Decano de la Facultad de Derecho de Cádiz.

*José Manuel Valle Muñiz*, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Central de Barcelona.

*Ramiro Ventura Faci*, Juez de Menores de Barcelona.

# INDICE

Págs.

## SECCION DOCTRINAL

<i>Criminología y Lingüística</i> , por Jean Pinatel .....	879
<i>La «determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado</i> , por Diego-Manuel Luzón Peña .....	889
<i>Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio</i> , por Gonzalo Quintero Olivares .....	915
<i>¿Terrorismo o terrorismos? Diálogo sobre un singular plural</i> , por Reynald Ottenhof .....	947
<i>La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común</i> , por Carmen Lamarca Pérez .....	955
<i>Punición o despenalización de la proposición para delinquir</i> , por Ignacio Muñagorri Laguía .....	989
<i>Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado</i> , por Hernán Hormazábal Malaree .....	1021

## CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en el Derecho penal</i> , por Günter Jakobs .....	1051
---	------

## CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

<i>A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 6 de diciembre de 1988. Instrucción núm. 1/89, de 27 de febrero</i> .....	1075
<i>Sobre las normas transitorias para la aplicación del procedimiento abreviado de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre. Instrucción núm. 2/89, de 2 de marzo</i> .....	1079
<i>Instrucción núm. 4/89, de 12 de julio</i> .....	1081
<i>El Ministerio Fiscal y los Tribunales Superiores de Justicia. Instrucción núm. 5/89, de 17 de julio</i> .....	1083

## SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , sección dirigida por Santiago Mir Puig: <i>Algunos aspectos conceptuales de la inducción</i> , por Francisco Baldo Lavilla .....	1091
<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González Cuéllar García .....	1125
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares Samaniego ..	1153

## SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de Libros</i> .....	1177
--------------------------------	------

## NOTICIARIO

<i>Nuevo catedrático de Derecho Penal</i> .....	1187
<i>Manifiesto por una nueva política sobre la droga</i> .....	1187



