

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

TOMO XLIII
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMXC

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

CARLOS GARCIA VALDES

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR G.*

Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

Secretario:

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Extremadura

Vicesecretario:

ESTEBAN MESTRE DELGADO

Profesor 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.* del Tribunal Supremo

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

FERNANDO DIAZ PALOS

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

MANUEL GARCIA MIGUEL

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

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Murcia

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Alcalá de Henares

ADOLFO DE MIGUEL GARCIA-LOPEZ

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

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Sevilla

HORACIO OLIVA GARCIA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

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

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Oviedo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid

TOMAS SALVADOR VIVES ANTON

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica
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, 5.000 ptas. Extranjero, 5.400 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.980 ptas. Extranjero: 2.400 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 XLIII
FASCICULO I

ENERO-ABRIL
MCMXC

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

N.I.P.O.: 051-90.008-8

I.S.B.N.: 84-7787-077-2

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

Depósito Legal: M. 126-1958.

**Artes Gráficas Suárez Barcala, S. L.
Santa Engracia, 139. 28003 Madrid.**

SECCION DOCTRINAL

Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (*)

EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO

Catedrático de Derecho penal
de la Universidad Complutense de Madrid

1. Comenzaré con unas afirmaciones elementales relativas al bien jurídico que, sin embargo y precisamente por ese carácter, son fundamentales para la exposición que, seguidamente, me propongo hacer.

Toda norma jurídica incriminadora surge por y para amparar algo. Y a alguien. Algo y alguien relacionados. Relación que expresa un interés.

Sea cualquiera el lugar, el tiempo y el signo político de ese surgimiento y sea cualquiera la índole del interés, tengo por cierto que una norma jurídica incriminadora nace porque y para que un interés resulte preservado.

Y en el momento en que esa norma alcanza vigencia, y sus términos reflejan adecuadamente la protección buscada con ella, aquel interés —preexistente— se transforma en interés jurídico. Y en el mismo instante, la taumaturgia del Derecho lo tornará en un «bien». Tanto si, con óptica metafísica o material, el interés se estima (individual y/o colectivamente) «bueno», como si no se entiende así. De aquí el calificativo con que se acompaña al nombre: un bien, ciertamente; pero, un bien jurídico (1).

(*) El presente texto tiene su origen en la ponencia que, bajo el mismo título, defendí en el Seminario «El bien jurídico: función y criterios de selección. Especial consideración del problema de los bienes jurídicos colectivos», que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de Universidad de Granada los días 27 y 28 de mayo de 1988. Reelaborado, lo expuse como conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, en San Sebastián, el día 30 de noviembre de 1989. Quiero expresar mi agradecimiento a quienes, en cada caso, me invitaron a participar en las actividades académicas de su centro.

(1) Entienden que «el concepto de bien jurídico no puede modelarse sobre la idea de interés», MANUEL COBO y TOMÁS SALVADOR VIVES, *Derecho penal. Parte General*, 2.^a ed., Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1987, p. 221. Por su parte, HASSEMER (en WINFRIED HASSEMER y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 111-112) piensa

2. Si se acepta lo anterior, decir —como es usual— que el Derecho penal ha de responder al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, acaso parezca una tautología.

Sin embargo, no es tal. No lo es porque, en realidad, con esa formulación ya no tiene que pretenderse descubrir lo que el Poder ocultara celosamente durante siglos. Que, en efecto, tras las prohibiciones o mandatos normativamente acuñados, existe la protección de intereses. Y no el reflejo de una voluntad divina o la plasmación de un orden natural, de donde dimanan nudos deberes que, por ese origen, han de ser acatados bajo amenaza de que su infracción implicará un castigo. Esto hoy debiera parecernos obvio.

Se trata, empero, de una obviedad que no todos advierten o quieren advertir. Y conviene subrayarlo. Porque, con frecuencia, todavía es preciso en la actualidad oponerse explícitamente a acríticos —o calculadores— puntos de vista, profundamente enraizados en ciertos sectores doctrinales, y destacar qué intereses subyacen a determinados tipos penales o administrativos y cómo, por tanto, las conductas consideradas en ellos no son tan sólo, o no lo son en absoluto, meros quebrantamientos de deberes (de lealtad, de fidelidad, de jerarquía, de obediencia, del cargo, de la profesión u oficio, funcionariales, empresariales, comerciales, matrimoniales, paterno-familiares, para con el Estado, para con el Fisco, para con la Autoridad, etc.), sino que han de ocasionar, precisamente, la perturbación (en cuanto a lesión o puesta efectiva o potencial en peligro) de los intereses amparados por las normas sancionadoras.

que «interés» es un concepto vacío que cada uno puede llenar a su arbitrio; pero no da transcendencia a esto, se decanta por un concepto abierto de bien jurídico, propugna la precisión de su objeto no desde una perspectiva conceptual, sino desde la óptica del proceso social y político constitutivo del bien jurídico y define éste (usando, justamente, la palabra «interés») como «interés humano precisado de protección jurídico-penal». Para debatir la cuestión suscitada por los primeros, sería preciso lograr antes una convención terminológica (cfr. JUAN TERRADILLOS, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 63, 1981, p. 131, de cuyo planteamiento sobre este particular participo, pero de cuya conclusión al respecto —vid. También *ob. cit.*, p. 133—, obviamente discrepo). Sin pretensión de resolver ahora el problema, quiero aclarar que prefiero la referencia al «interés» por razones de intentar marginar el aspecto (no necesariamente implicado, pero sí, corrientemente atribuido) más inmediatamente metafísico que ofrecen los términos «bien» o «valor» (cfr. TERRADILLOS, *ob. cit.*, pp. 131-133) y destacar lo material, interindividual, personal, socializado, histórico, dinámico que, más directamente, se expresa con el término «interés». Y ello no tanto desde un punto de vista de *iure condendo* como de *iure condito*. En el primero se sitúa mas bien la propuesta de TERRADILLOS (*ob. cit.*, p. 136 y ss.), concretada en «identificar el bien jurídico con las posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas» en el sentido que a éstas últimas da ulteriormente. En él, es claro (como el propio autor pone de manifiesto más tarde: *ob. cit.*, pp. 144 y ss.) que el Derecho penal protege intereses que no responden a ese concepto de necesidades (por lo que se le critica y se demanda su reforma). En cambio, a mi juicio, las necesidades que también protege, pueden reconducirse a la idea de interés.

Esto último ya comienza a poner de manifiesto que la tautología antes sugerida, realmente no existe. Pues lo que se pretende al proclamar el sometimiento del Derecho penal al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no es simplemente redundar en la elemental afirmación de la que he partido. Tal afirmación deriva de la observación directa de las normas penales incriminadoras, que revela cómo éstas nacen en consideración y con objeto de ofrecer tutela a ciertos intereses, denominados «bienes jurídicos». En cambio, al enunciar el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se persigue algo más. Se intenta asignar una función o, mejor, unas funciones a la idea de «bien jurídico» en relación con el ejercicio del poder punitivo estatal.

En resumen: se trata de mostrar las posibilidades de ese concepto, para servir de límite a ejercicio del poder punitivo (más ampliamente: sancionador) detentado —¿ostentado?— por el Estado.

Lo que, a mi entender, ha de hacerse en clave histórica y materialista.

3. Distingue Hassemer entre concepciones del bien jurídico de carácter crítico y concepciones del bien jurídico de carácter sistemático (2). A esta diferenciación prefiero —por lo demás, como se verá, desenvolviéndola en terrenos inicialmente similares— la del desempeño por el bien jurídico de una función prevalentemente política y otra dogmática y, por consiguiente, garantística o de seguridad (3). La primera —que también lo es en el orden cronológico— se desarrolla en el momento legislativo. La segunda se desenvuelve en el momento judicial de interpretación y aplicación de la Ley.

Pues bien, como decía, para formular este planteamiento es necesario adoptar un enfoque histórico y materialista sobre el bien jurídico (4). No referiré aquí la evolución histórica de este concepto (5), que exigiría una extensión ajena a mis propósitos. Lo que quiero decir ahora es que sólo a partir de un estudio histórico que desvela la asunción por el concepto de bien jurídico de un contenido material

(2) «Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale. Aspetti giuridici», en *Dei delitti e delle pene*, núm. 1 de 1984, pp. 104-105.

(3) Sobre las funciones asignadas al bien jurídico, *vid.* MIGUEL POLAINO, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, pp. 286 y ss. y COBO y VIVES, *Parte General cit.*, pp. 221-225.

(4) En éstos ámbitos buscan desenvolverse las propuestas de TERRADILLOS, «La satisfacción...» *cit.*, pp. 136-141 y JUAN BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1989, pp. 53-56.

(5) Sobre ella *vid.* SANTIAGO MIR, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Editorial Bosh, Barcelona, 1976, pp. 128 y ss.; EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1981, pp. 336 y ss.; HERNÁN HORMAZABAL, «Política penal en el Estado democrático», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, fase II de 1984, pp. 334 y ss.; BUSTOS, *Parte General*, *cit.*, pp. 45 y ss. Para una crítica a varias de las concepciones que a continuación indico, *vid.* TERRADILLOS, «La satisfacción...» *cit.*, pp. 129-137.

(no asignándole, por tanto, simples cometidos de sistematización o de averiguación del «sentido» de las normas penales incriminadoras; ni entendiéndolo de manera que resulte inconcretable; ni, menos todavía, manipulándolo al modo de la escuela de Kiel) y superando en esa materialidad el muy restringido criterio del ataque a un «derecho subjetivo» y el más que evanescente (6) de la «dañosidad social», las funciones que he mencionado pueden, a mi juicio, llevarse realmente a la práctica (hasta el punto que veremos). Y ello no únicamente en lo que se refiere a la función política, sino también en lo que concierne a la dogmática.

En otro caso, según creo, ya no hablaríamos del bien jurídico, sino de algo así como el sexo de los angeles. Que, como es sabido, aunque exista —si es que existen— no cumple función alguna.

4. Así pues, un concepto material de bien jurídico que oponer a la —como se ha dicho con frase de harto expresiva (7)— «vocación prepotentemente totalitaria del Estado». Pues se trata no ya de descubrir qué interés ampara al Estado con las normas que dicta —eso también—, sino de obligar al Estado a proteger ciertos intereses mediante esas normas y de impedir que tutele determinados otros intereses.

Esta es la función a cumplir por el bien jurídico en el plano legislativo. Y para ser viable demanda una cierta clase de Estado: la que el artículo 1.1 de la Constitución Española condensa en la fórmula «Estado social y democrático de Derecho» (8).

Semejante configuración del Estado es el punto de partida para que la aludida función del bien jurídico en el plano legislativo pueda efectuarse (9) y, a través de ella, quepa trazar un cierto límite al ejercicio del poder punitivo estatal. Sin tal base cualquier propuesta de concreción de los bienes jurídicos —eterno caballo de batalla en la discusión doctrinal al respecto (10)— está abocada al fracaso o al papel de legitimadora del sistema no democrático establecido, por muy racionalizadora que en principio pueda parecer. Sin el acogimiento

(6) Salvo en lo que puede tener de conservador de acuerdo con ciertos planteamientos actuales.

(7) En referencia a la obra de PIETRO RESCIGNO, GIOVANNI TARELLO, «Orientamenti della magistratura e delle dottrina sulla funzione politica del giurista-interpret», en PIETRO BARCELLONA (a cura di...), *L'uso alternativo di diritto. T. I: Scienza giuridica e analisi marxista*, Editori Laterza, Bari, 1973, p. 83.

(8) Cfr. COBO y VIVES, *Parte General cit.*, pp. 224 i. f.-225 y HASSEMER, en HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción cit.*, p. 113.

(9) Cfr. HORMAZABAL, «Política penal...» *cit.*, pp. 342-343.

(10) Cfr. MIR, *Introducción... cit.*, p. 132; BUSTOS, «Política penal e injusto (Política criminal, bien jurídico, desvalor de acto y de resultado)», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, núm. 1 de 1978, pp. 121-122; JOSÉ MANUEL GOMEZ BENITEZ, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de preventión general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto 1980 de Código penal)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 3 monográfico, 1980, p. 149 y «Sobre la teoría del «bien Jurídico» (aproximación al ilícito penal)», en la misma *Revista*, núm. 69, 1983, p. 86; TERRADILLOS, «La satisfacción...» *cit.*, p. 124.

pleno y desde el primer momento del factor político, volveremos a versar sobre los géneros angelicales o, lo que es peor, pasaremos de inmediato al servicio del Poder.

Dicho de otra manera, que en diferente lugar he empleado (11): debemos tener «conciencia de que la condición de límite del bien jurídico... procede de la condición democrática del Estado de cuya afirmación se parte y no, obviamente, del medio de concreción» que se propugne para determinar los bienes jurídicos. De ahí que me oponga —como hace años ya me oponía (12), sin obtener, por cierto, contestación— a las teorías funcionalistas y sistémicas, cuando se adoptan sin ese presupuesto, aplicadas a la averiguación de los bienes jurídicos. Teorías, por lo demás, que —en el ámbito jurídico— tampoco me parecen convincentes en sí; o, al menos, insusceptibles de críticas lo suficientemente sólidas, como para dudar con seriedad que puedan aceptarse sin más.

Sentado lo anterior, la cuestión reside ahora en indagar cuáles son los criterios para hacer eficiente el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que afirmamos derivado de la condición democrática del Estado.

Expresado de otra forma: es preciso señalar los criterios conforme a los cuales el bien jurídico puede cumplir la referida función restrictora del ejercicio por el Estado del poder punitivo en el momento legislativo. Momento con el que comienza el proceso de criminalización. Apreciación esta última, que implica el acogimiento de una cierta perspectiva que conviene recordar constantemente.

5. A mi entender, y por decirlo con concisión, lo que a ese propósito aparece claro en un límite negativo en relación con la vigencia del repetido principio. Las barreras que no se pueden superar en el ejercicio estatal del poder punitivo.

Indicarlas, supondrá destacar el primer aspecto de la función restrictiva del alcance de dicho ejercicio en el terreno legislativo.

Tales limitaciones negativas se encuentran en la Constitución y en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad a los que, también, está sometido el Derecho penal.

Quiero decir: la leyes penales no pueden amparar con sus normas intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución. Ni tampoco pueden proteger aquellos otros que, siendo constitucionalmente viables, reciben tutela bastante por parte de las demás ramas del Derecho. De manera, en relación con esto último, que si para llevar a cabo el control social que pretende el Derecho, se observa que son suficientes otros mecanismos jurídicos menos traumáticos que los penales, se tiene que recurrir a aquéllos y desechar éstos.

(11) *Sobre el concepto...* cit., p. 344.

(12) *Ob. cit.* en nota anterior, pp. 340-351.

Consideraciones con las anteriores pueden parecer superfluas, genéricas y de escasa significación. No lo creo así. A mi entender son necesarias, bastante concretas e implican mucho: nada menos que todo un expurgo legislativo de cuantas normas jurídicas incriminadoras se opongan, en punto a su objeto de amparo, a la Constitución; y nada menos también que la difícil tarea de proceder, por una parte, a la concordancia de las leyes penales con el resto del Ordenamiento y, por otra, a la investigación de la efectividad de éste a la hora de preservar efectivamente los intereses que dice tutelar. Algo que genéricamente no se ha acometido, pese a resultar ocasión más propicia para ello cada una de las numerosísimas reformas de la legislación penal que se han sucedido en la última década y, especialmente, la que parece inalcanzable de elaboración de un nuevo Código penal. Y algo que específicamente tan sólo se ha hecho al cutre impulso de la coyuntura y aún ello única, y parcialmente, por lo que a la adecuación constitucional de los textos punitivos se refiere. no habiéndose abordado todavía ni una auténtica tarea de concordancia de esta legislación con el resto del Ordenamiento, ni —menos— de recogida de datos y estudio de la efectividad del Derecho sancionador.

Con todo, como queda apuntado, las observaciones precedentes sólo sirven para destacar uno de los aspectos de la función reductora del poder punitivo del Estado (en el ámbito legislativo), derivada de la idea de bien jurídico: el aspecto negativo. Es decir, aquel que atiende a impedir que el Estado ampare jurídico-penalmente determinados intereses.

Queda por señalar el otro aspecto: el positivo. Aquel que se refiere a cómo obligar al Estado a otorgar, mediante sus leyes, protección penal a ciertos intereses diferentes.

6. Una función positiva que, pese a los importantes y loables esfuerzos habidos en este sentido (13), no creo que pueda desempeñar la Constitución.

Precisamente, por lo que ésta ha de tener —durante su vigencia— de marco insuperable y, por ello, necesariamente muy amplio, desde el que normalmente no debe prejuzgarse la necesidad de la intervención punitiva, regida siempre por los principios de fragmentariedad y subsidiariedad. Principios firmes a tal punto, que son la vía de intro-

(13) Especialmente en Italia. En España *vid.* ciertos comienzos en JOSÉ MARÍA ESCRIBA, «Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución», en *Papers: Revista de Sociología*, núm. 13, 1980, pp. 157-158; algún apunte en LUIS ARROYO, «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1987, pp. 100-101 y 103; más ampliamente y con especial referencia y proximidad a la doctrina italiana, JUAN JOSÉ GONZALEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Madrid, 1983, pp. 23 y ss.; y, singularmente, FRANCISCO JAVIER ALVAREZ, *Bien jurídico y Constitución*, Madrid, 1987 (mecanografiado inédito, consultado y citado con permiso del autor). *Vid.* también la propuesta ecléctica de FERMÍN MORALES, en GONZALO QUINTERO, *Derecho penal. Parte General*, 2.^a ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1989, pp. 295-296.

ducción en el Derecho penal del germen de su deseable, pero todavía no previsible, extinción futura.

Por otra parte, si bien es predicable de la Constitución la amplitud y la durabilidad, no es esperable la omnisciencia y el don de la adivinación perfecta y completa. De manera que profetice el «devenir» y lo que éste pueda imponer en orden a la protección penal de nuevos intereses ahora impensables. Lo que rechaza cualquier pretensión de ver en ella un catálogo de bienes jurídicos a tutelar (obligatoriamente y con exclusión de otros) por la ley punitiva (14).

Aunque no quepa ignorar que, como lugar de proclamación e imposición supremas de las grandes reglas por las que ha de regirse el resto del sistema normativo, la Constitución juega también un importante papel respecto de esa función: el de dar expresión a los logros máximos que, en el momento histórico correspondiente, se han alcanzado en la conformación del Estado y en la estructuración jurídica de la sociedad civil.

Expresión no sólo en cuanto a la fórmula de síntesis con que indica la clase de Estado que constituye. La cual, en sí, resultará enormemente fructífera. También en cuanto a la enunciación de los principios, reconocimiento y asignación de la promoción de los derechos e imposición de los deberes más importantes que caracterizan a esos Estado y sociedad. Principios, derechos y deberes más importantes, que han de servir de guía a la labor normativa que efectúa el resto del Ordenamiento y a la aplicación administrativa y judicial de éste.

Pero la cuestión atinente a la imposición de un contenido positivo, identificable como bien jurídico, al ejercicio del poder punitivo estatal, me parece que supera el marco constitucional. Y el discurso para su solución no creo que deba seguir ópticas meramente hermenéuticas y «panaceísticas» de la Constitución. En definitiva, a mi juicio dicha cuestión nuevamente ha de ponerse en clave histórica y materialista.

7. En este sentido pienso que para solventarla conviene partir de la idea, proveniente del pensamiento marxista, de que las relaciones jurídicas están vinculadas en términos de dependencia con las transformaciones materiales de la sociedad (15). Existe, en efecto, una tensión constante entre ambas. Que alcanza su punto crítico cuando las primeras comienzan a impedir el desarrollo social substantivo. En ese momento pugnan en abierto conflicto. Y, entonces, si no se modifi-

(14) Cfr. BUSTOS, «Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 11 monográfico, 1986, pp. 155-157 (también publicado en JUAN BUSTOS, *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 181-203).

(15) Cfr. IAN TAILOR, PAUL WALTON y JOCK YOUNG, «Criminología crítica en Gran Bretaña; reseña y perspectivas», en los mismos autores (bajo la dirección de...), *Criminología crítica*, trad. de Nicolás Grab, Editorial Siglo XXI, México, 1977, pp. 77-78.

can las relaciones jurídicas, se provocará la emergencia de conmociones sociales muy graves que, de todas maneras, a la larga obligarán a variar las relaciones jurídicas hasta adaptarlas a las transformaciones sociales.

Se alcanza así una explicación convincente de algo históricamente comprobable: que las transformaciones materiales de la sociedad se corresponden con las sucesivas mutaciones del modelo de Estado. Y que, consecuentemente, hay una correspondencia paralela entre la sucesión de esos modelos de Estado y los avances progresivos que experimentan las normas jurídicas creadas por cada uno de ellos. Lo que, evidentemente, tiene su reflejo en las modificaciones que se van produciendo en el terreno de los intereses protegidos por esas normas jurídicas.

Se trata, en suma, de la dinámica histórica de las conquistas de hombre frente al Poder. Una dinámica caracterizada por el no retroceso; por el asentamiento de los logros alcanzados como base de lanzamiento hacia ulteriores objetivos.

En contra de ella, quienes en cada etapa se han visto obligados a ceder en su dominio tienen una opción defensista: bien provocar enormes traumatismos sociales, de los que conocen que, al cabo, no son obstáculo definitivo para el cambio y cuya magnitud les resulta, de ordinario y cada vez menos, muy poco compensadora; o bien, en aplicación de una especie de técnica «lampedusiana» para preservar sus intereses, precaver instrumentos alternativos (entre ellos los jurídicos) respecto de aquellos que les han sido arrebatados.

Como inmediatamente veremos, esa no vuelta atrás de lo conseguido es transcendente para dotar de contenido material a la idea de bien jurídico. Y, como más tarde también tendremos ocasión de ver, ese empleo de instrumentos jurídicos alternativos respecto de los conquistados por el avance social, en muchos casos posee gran transcendencia cotidiana para, a la postre, vaciar de contenido al bien jurídico o, al menos, para disminuir notablemente su alcance.

8. La historia de la adquisición de contenido material por el bien jurídico va, por tanto, pareja a la historia de la transformación del Estado (16).

Es la historia de la sustitución del Estado absolutista por el Estado de Derecho. Que reconocerá formalmente los derechos individuales a través de las normas jurídicas que emana, entre las que se encuentran las penales.

Es la historia de la variación del Estado de Derecho puramente garantístico hacia el Estado social, que se obligará mediante normas

(16) Sobre ésta última *vid. BUSTOS*, «Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología», en ROBERTO BERGALLI y JUAN BUSTOS(Obra dirigida por...), *El pensamiento criminológico. T. II: Estado y control*, Editorial Península, Barcelona, 1979, pp. 11-35 y *Parte General cit.*, pp. 40-43.

al intervencionismo asistencial y protegerá con normas penales cada vez más intereses colectivos o de masa.

Es la historia de la salida al paso de la perversión totalitaria del Estado social que supone la emergencia del Estado social y democrático de Derecho. Aquel del que se exige que esté «al servicio de todos los ciudadanos» y propicie «condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo» (17), al mismo tiempo que debe respetar las limitaciones propias del Estado de Derecho y, a cambio, transmutar en efectivos los derechos individuales sólo formalmente reconocidos por éste. Lo que demanda un aparato jurídico-normativo de obligaciones y tutela y, en ciertos casos, de protección penal.

Consiguientemente, las posibilidades de que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos limite, en el momento legislativo, el ejercicio por el Estado del poder punitivo, discurren por la siguiente y elemental línea dialéctica:

Frente al paroxismo de la concentración del poder político y de las leyes, alcanzado bajo el Estado absolutista, el Estado liberal reconoció los derechos individuales y la soberanía popular a ejercitar conforme a mecanismos de representación. Lo que implicó la imposición de importantes topes al poder punitivo estatal, pues hubo de ofrecer cobertura jurídica (incluida la penal) a tales derechos y de aceptar los cauces parlamentarios para la elaboración de las leyes y la vinculación de los jueces exclusivamente a éstas.

Más tarde, la superación del concepto de «estado gendarme» (expresivo de un garantismo neutral) dió lugar al Estado social, que, a la par de su reclamado intervencionismo en otras áreas, pasó a entender el Derecho penal como instrumento no estático, sino dinámico. No de simple reacción ante lo ya cometido (retribucionismo clásico), sino de activa «lucha contra el delito» en procura de su no comisión (prevencionismo general y especial). Un derecho penal, en consecuencia, empleado por el Estado para incidir sobre una realidad previa, de la que extrae los objetos de protección punitiva. Los cuales —como «bienes jurídicos»— comienzan entonces a poseer un contenido material y, en este sentido, a significar un límite al poder punitivo estatal. Pues el Estado ya no «crea» mediante el Derecho los intereses a tutelar jurídico-penalmente, sino que los «recoge» de esa realidad preexistente que debe mejorar al servicio de la sociedad. Lo que, al tiempo, provoca que haya de amparar una cierta cantidad, paulatinamente mayor, de intereses de titularidad común.

Pues bien, esta dinámica histórica consistente en, por una parte, sujetar de manera externa la actividad del Estado y, por otra, apelar a ella para el cumplimiento de ciertos fines implicadores de una limitación interna, tendrá su colofón contemporáneo con la formulación

(17) MIR, *Función de la pena teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Editorial Bosh, Barcelona, 1979, pp. 13-16.

del concepto, compuesto por elementos interactivos, de Estado social y democrático de Derecho. Surgido frente a los descomedimientos de un precedente Estado social tergiversador de los fines para cuyo cumplimiento nació y falaz identificador de la sociedad con el Estado. Y, así, el Estado social y democrático de Derecho recibirá y mejorará la situación anterior al heredar, pero corregir su efectividad selectiva, los límites derivados de la implantación del Estado liberal y al reconducir por la senda de la participación y el respeto al individuo el intervencionismo ínsito en la idea de Estado social. De ahí que se encuentre obligado a proteger jurídicamente y, en ocasiones, jurídico-penalmente todo un conjunto de viejos intereses, hasta el momento no tutelados o no suficiente y/o eficientemente amparados, y un buen número de nuevos intereses, surgidos al compás de las mutaciones habidas en los modos de producción. Intereses, unos y otros, cuya promoción y cuidado es, precisamente, lo que caracteriza a esta clase de Estado. Como a continuación intentaré poner de manifiesto.

9. La quintaesencia de lo que el Estado liberal supuso en el terreno punitivo, es el llamado «principio de legalidad penal». En el que se conjuntan y le dan fundamento, de un lado, la aspiración a que sólo la «voluntad general» (la ley parlamentaria) sea capaz de prohibir ciertas conductas (como delitos) por medio de amenazar su comisión con ciertos castigos (como penas) y, de otro lado, la aspiración a que se garantice la seguridad de los individuos respecto a poder saber de antemano cuáles sean esas conductas y esos castigos (emisión previa, escrita y estricta de la ley penal) (18).

De manera similar, el denominado «principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», únicamente adquiere pleno significado con la acción del Estado social y democrático de Derecho en el ámbito penal (19). Cuando en efecto, como consecuencia de la conquista de

(18) Principio de legalidad con el que se encuentra rigurosamente conectado el (todavía inadecuadamente) llamado «principio de culpabilidad», en cuanto significativo de la necesidad, para estimar delito un determinado comportamiento típico y no justificado, de que el autor del hecho haya podido saber su significación antijurídica (conocimiento potencial de la antijuridicidad) y, así, quepa considerar si era capaz de motivarse normalmente en contra de su realización (motivabilidad, imputabilidad). Lo que evidentemente demanda la existencia previa al hecho de la ley penal, que lo define como delito y lo conmina con pena al objeto de causar un efecto inhibitorio en los individuos a que se dirige con propósito de que autorregulen su comportamiento de acuerdo con ella.

(19) *Vid. supra nota 8.* Tiene razón MUÑOZ CONDE (en HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción...* cit., p. 21), y en línea similar a la que apunta se desenvuelve este trabajo, cuando dice: «... tan importante como el «interés humano necesitado de protección penal» es el proceso mismo social y político a través del que se constituye...». En mi opinión, no la tiene, en cambio, cuando inmediatamente antes dice que el objeto de la tutela penal no existe «antes de que el legislador le otorgue la protección "sacándolo", por así decir, de la realidad social en la que vive», sino que es «una creación artificial, el producto de un consenso o de un proceso constitutivo, en el que necesariamente es reelaborado y, a veces, manipulado y pervertido en sus elementos esenciales». No la tiene, en primer término, por un argumento lógico: si lo que va a ser objeto

esa caracterización, se está en condiciones de imponer al Estado (que en otro caso no poseerá tales rasgos) ciertos contenidos en los objetos de protección de las normas jurídico-incriminadoras que crea. Y cuando además, y por lo mismo, se le puede imponer la creación de ciertas normas penales para la protección de esos objetos y la derogación de la tuteladoras de ciertos otros intereses.

Intereses a proteger y a destituir por el Derecho penal que serán, precisa y respectivamente, aquellos nacidos y recibidos y aquellos puestos en vías de extinción a causa de las mismas transformaciones materiales de la sociedad que han dado origen al Estado social y democrático de Derecho.

Lo cual —frente a lo que pudiera argüirse— no implica un inconcreto criterio de averiguación de los bienes jurídico-penales. O, por menos decir, no implica una inconcreción mayor que la que pueda aquejar —o interesadamente pretenda achacarse— al método de singularización de los fundamentos y finalidades del propio Estado social y democrático de Derecho. Que, por otra parte, ayuda a circunscribir el alcance del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y, así, mejora las posibilidades de determinar cuáles sean éstos, por medio del acogimiento —también derivado de esos fundamentos y finalidades que lo caracterizan— de otros dos principios regidores de la legislación penal: el de subsidiariedad y el de fragmentariedad. Sobre cuyo igual origen en la condición democrática del Estado, nadie duda. Como no duda nadie sobre sus capacidades para engendrar límites efectivos al ejercicio del poder punitivo estatal, aunque tam-

de la tutela penal no existe (ciertamente constituido mediante un proceso social, histórico, espacial) antes de que el legislador le otorgue su protección (constituyéndolo mediante un proceso político, jurídico), entonces no es posible que en el camino que conduce a ese otorgamiento de tutela legal se «reelabore» (lo que exige que esté previamente elaborado), se «manipule» (lo que demanda la precedente existencia de aquello sobre lo que se pone manos) o se «pervierta en sus elementos esenciales» (lo que supone la presencia anterior de tales elementos esenciales que, después, resultan pervertidos). Tales afirmaciones podrían compartirse si se hicieran respecto del interés, tomado de la realidad social preexistente que, por medio del proceso legiferante y de la interpretación judicial de la ley creada, va a tornarse en «bien jurídico» (en éste sentido *vid.* las observaciones de HASSEMER, en la misma *ob.*, p. 111). Aunque bajo condición de que la selección del interés al que se va a otorgar protección legal y, así, a transformar en «bien jurídico», hubiera sido acertada. Justamente por ello es tan importante «el proceso social y político a través del que se constituye» el bien jurídico y por lo mismo cabe afirmar lo que en el texto afirmo: que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos adquiere pleno significado con la acción del Estado social y democrático de Derecho en el ámbito penal, pues sólo de la acción del Estado democrático es dable esperar que se realice adecuadamente el proceso de selección de los intereses sociales transformables en bienes jurídico-penales y que en esta transformación no se reelaboren incorrectamente, no se manipulen degenerativamente o no se perviertan en sus elementos esenciales tales intereses. Lo que no quiere decir que no exista riesgo de que no ocurra así, ni tampoco que dicho riesgo no se materialice en ocasiones. Quiere decir, que bajo la acción punitiva del Estado democrático el riesgo es menor y mayores las posibilidades de controlarlo o, en su caso, de corregir su materialización.

co den lugar a una especie de fórmula mágica concretadora. Verdadera zanahoria tras la que corre el caballo de la mejor doctrina penalista, sin alcanzarla jamás. Una receta definitiva tanto o más inesperable en la ciencia (política) del Derecho que en cualquiera otro ámbito científico. (20).

10. Ausencia de fórmula mágica pese a la cual la concreción es perfectamente posible. Pues si se considera bien todo lo anterior, comporta que el Estado social y democrático de Derecho, para ser tal, debe amparar jurídicamente y, por ser preciso de momento, proteger jurídico-penalmente, los siguientes «bienes» entre otros:

— Aquellos de carácter social y titularidad colectiva que subyacen a muchas de las más importantes tareas asistenciales y reequilibradoras que, en beneficio de la mayoría, ese tipo de Estado está obligado a realizar.

En el terreno penal esto se manifiesta a través de la tutela punitiva de ciertos aspectos concernientes a, por ejemplo, las actividades laboral y mercantil, la tributación al Fisco, el patrimonio artístico, histórico y cultural, la salud pública, el «medio ambiente», etc. (21).

Ahora bien, habida cuenta la novedad, o relativa novedad, de alguna de estas materias en lo que atañe a su protección punitiva, es preciso discernir con cautela, pero con decisión, qué aspecto de ellas justifica el recurso de Derecho penal sin producir detrimento al principio de intervención mínima por el que, asimismo, debe regirse este instrumento último del Ordenamiento (22). De manera que, por ejemplo, no se produzca una desvinculación del bien jurídico (especialmente factible en relación con los que hablamos, dada su entidad) en la constitución de lo injusto de los nuevos delitos —así, en el Código penal español, los llamados «delitos contables», situados entre los contrarios a la Hacienda Pública (23)—, ni tampoco sirvan de coartada para la imposición de determinadas creencias morales o

(20) Cfr. HASSEMER, en H ASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción cit.*, p. 112, donde patrocina una precisión del bien jurídico «no desde el punto de vista conceptual, sino desde el proceso constitutivo mismo social y político del bien jurídico» y pone de manifiesto las dificultades definitorias y de concreción, sin que, en su opinión, ello suponga impedimento para el uso y la efectividad tanto de la idea de bien jurídico como de otras muchas que emplea el Derecho penal con igual difuminación conceptual.

(21) Sobre la viabilidad del concepto de bien jurídico para incluir intereses colectivos, *vid.* BUSTOS, «Los bienes jurídicos colectivos...» *cit.*, pp. 150-160. *Vid.* también el cambio de sentido en la determinación del contenido de estos bienes jurídicos que implica una óptica personalista, en HASSEMER, dentro de HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción...* *cit.*, pp. 108-109.

(22) Cfr. BUSTOS, *ob. cit.* en nota anterior, pp. 162-163.

(23) Respecto de éste problema *vid.* HASSEMER, «Il bene giuridico...» *cit.*, pp. 109-110 y TULLIO PADOVANI, «La problemática del bene giuridico e la scelta delle sanzioni», en *Dei delitti e delle pene*, núm. 1 de 1984, pp. 120-121, que llaman la atención hacia el uso de tipos de peligro abstracto en la criminalización de los ataques a estos bienes jurídicos, y el punto de vista sobre éste particular de BUSTOS, «Los bienes jurídicos colectivos...» *cit.*, p. 160.

para el mantenimiento de ilegalismos inconvenientes por lo que, en realidad, tienen de criminogenéticos más allá de la directa criminalización que implican (así, en punto a la salud pública, un torpe prohibicionismo respecto al consumo y tráfico de drogas).

Sin embargo, no se trata sobre este particular (24) de buscar una función de prevención general positiva en las normas penales existentes. Función de base filosófico-idealista; de tinte, en el mejor de los casos, paternalista; y que, bien examinada, muestra peligrosas adherencias (25). Se trata, más bien, de llevar a cabo una adecuada política criminal en la selección de los comportamientos criminalizables (26). Esto es, de una labor previa y coetánea a la creación de las leyes penales.

— Los tradicionalmente llamados «derechos individuales». Pero desde una perspectiva de protección de las posibilidades efectivas de su ejercicio y no de las meramente ideales. Cual corresponde, como rasgo característico, al Estado democrático frente al liberal o al Estado intervencionista extremo.

Perspectiva que en el ámbito penal significa, de una parte, la no inmiscución punitiva en la esfera moral o el mínimo control penal respecto al ejercicio de las libertades de expresión, reunión, asociación, culto, etc. Y, de otra parte, la incriminación de las conductas dirigidas a impedir o restringir gravemente las posibilidades reales de disfrute de esos derechos (desmesuras en las activaciones gubernativas o jurisdiccionales al respecto, comportamientos discriminatorios por razón de sexo, religión o raza, etc.).

— Y la práctica adecuada y eficiente de las actividades administrativas y judicial e, incluso (con la habitual, pero restrictivamente entendida, condición de perseguitabilidad, si se quiere), algún aspecto de los comportamientos propios de los parlamentarios. Apartándose para ello tanto del mero garantismo (siempre tendente a disminuir el control de, por ejemplo, las conductas omisivas), cuanto del inter-

(24) De otra opinión MIR, «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 12, 1987 (publicado en 1989), en Homenaje al Profesor José Antonio Sainz Cantero, T. I, p. 248.

(25) Cfr., por ejemplo, DIEGO-MANUEL LUZON, «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, pp. 97 y ss.; ALESSANDRO BARATTA, «Integrazione-prevenzione. Una nuova «fondazioni» della pena all'interno della teoria sistemica», en *Dei delitti e delle pene*, núm. 1 de 1984, pp. 5 y sgs. (hay traducción al español de Emilio García-Mendez y Emiro Sadoval Huertas, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 24, 1984, pp. 533 y sgs.); MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 41 y sgs. (*vid.* también en HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción...* cit., las matizaciones del primero en p. 192, nota 228). Para un estudio completo de la materia, *vid.* MERCEDES PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1988 (tesis doctoral inédita, consultada y citada con permiso de la autora).

(26) Cfr. TERRADILLOS, «La satisfacción...» cit., pp. 124-125.

vencionismo autoritario o, peor, totalitario (cuya única óptica, tan efectiva sin embargo, es la estatalista).

En el campo del Derecho penal ello supone que, por ejemplo, se incriminen determinadas interferencias de unas en otras de aquellas actividades estatales. O que se varíe radicalmente la comprensión tradicional de los bienes jurídicos en consideración a los cuales se definen legalmente los denominados «delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»; en el sentido de abandonar su entendimiento como incriminaciones que buscan la protección del Estado (27), y a pasar a explicarlos como tipos previstos para tutelar el servicio que las administraciones públicas y la de Justicia han de prestar a todos los ciudadanos (28).

11. Todo lo que llevo dicho no sirve para destacar la imposición al Estado de la obligación de proteger bienes jurídicos con sus normas penales. Esto —como al principio decía— lo hará en todo caso. Sean o no «bienes jurídicos» que se traduzcan en intereses cuya protección punitiva se comparta. Para lo que sirve —recordémoslo— es

(27) Todavía afincado en esta perspectiva, manifiesta en la referencia al deber del cargo y subyacente al eufemismo encubridor expresado con la fórmula «confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de Derecho», ENRIQUE BACIGALUPO, «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios», en *Documentación Jurídica*, núm. 37/40, 1983, Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código penal, vol. 2, pp. 386-387. La importación de ésta fórmula, proveniente de la jurisprudencia y cierta doctrina alemanas (cfr. HEINZ WAGNER, *Amtsverbrechen*, Duncker und Humblot, Berlín, 1975, p. 43 y nota 10 de ésta p.) aporta poco y obscurce mucho. A ella se puede oponer lo mismo que ya he opuesto (*La prevaricación del funcionario público*, Editorial Civitas y Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 269) a la precedente y coincidente opinión de REINHART MAURCH (*Tratado de Derecho penal. Parte General*, traducción y notas de derecho español por Juan Córdoba, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, T. I, p. 11 y *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch*, 5 Aufl., Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1969, p. 740), según la cual el bien jurídico protegido con la incriminación de estos delitos es «la confianza pública en la pureza del ejercicio de la función». Decía entonces: «Si, sintéticamente, hubiera de determinarse un bien jurídico en los delitos de funcionarios, éste no sería... la confianza en la pureza del ejercicio de la función, sino, precisamente, la pureza del ejercicio de la función. Sólo protegiendo ésta podrá, quizás, lograrse tal confianza pública, pero no al revés; al margen de que una tal configuración más se aproxima a una especie de difamación que a un delito de funcionario». Por lo demás, BACIGALUPO (*ob. cit.*, p. 386), ciertamente con la amabilidad que le caracteriza, confunde mi propuesta de bien jurídico protegido por la existencia del delito de prevaricación, con la que hago respecto al objeto de protección del conjunto de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo. En cuanto a la crítica que —equivocadamente, por tanto— dirige a la primera y no a la segunda de ellas (*ob. cit.*, p. 387), sólo repondré que, en contra de lo que parece entender, la legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa o las potestades atribuidas a la Administración, a mi juicio no nacen de los deberes asignados a los funcionarios públicos, sino justamente al contrario: éstos surgen de aquéllas y están a su servicio. Por ello, si la infracción de las primeras implica el quebrantamiento de un deber funcional, la sola referencia a este último no colma las exigencias del concepto de bien jurídico (*vid. La prevaricación...* *cit.*, pp. 239-262).

(28) Ultimamente en este sentido MUÑOZ CONDE, en HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción ... cit.*, p. 185, nota 132.

para intentar dotar de ciertos contenidos materiales a esos bienes jurídicos. Es decir, para obligar al Estado a deparar protección normativo-penal a determinados intereses y a no otorgársela a otros. Este es el auténtico significado del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como límite, en el momento legislativo, del ejercicio estatal de poder punitivo.

Un significado que, según creo, no cabe de esperar que se lleve a la práctica como consecuencia de supuestas capacidades endógenas de autoconversión o adaptación unilateral del Estado. Como parece esperarse desde los mejor intencionados planteamientos del neutralismo funcionalista o sistemático. Ni tampoco de la exégesis o del aprovechamiento interpretativo del texto constitucional. Aunque la Constitución desempeñe, en el sentido más atrás apuntado, un papel importante (no determinante) en la tarea de averiguar los bienes jurídicos penalmente amparables. Sino que es producto de la lucha contra el Poder. Derivado de la confrontación histórica entre quienes —por encima de cambios cosméticos— procuran la inmovilización del sistema jurídico o su variación en el único sentido del afianzamiento y expansión más sutil de su poder, pues con ese sistema satisfacen sus particulares intereses (de siempre ya realizados), y quienes pugnan por su modificación auténtica, y no sólo por su leve permeabilización, ya que todavía no da cobijo o no lo da suficientemente a los intereses disfundidos de la mayoría y al ejercicio efectivo de los que formalmente se reconocen a cada individuo (que aún están por realizarse).

12. Ahora bien, como ya hemos indicado, la limitación del poder punitivo estatal que implica la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no se manifiesta tan sólo (con los perfiles hasta aquí resumidos) en la elaboración de la ley penal. También ha de reflejarse en las posteriores tareas de interpretación y aplicación judiciales de esa ley.

Es en este momento cuando el bien jurídico debe desempeñar la segunda de las dos funciones que antes he distinguido: la función dogmática. Productora, esencialmente, de un efecto de seguridad.

Para realizar la función limitadora del poder punitivo del Estado en el momento legislativo, el bien jurídico, todavía como interés a proteger normativamente, tiene que ser anterior a la ley con la que se pretende darle cobertura. De otra forma sería imposible intentar la limitación de la actividad legiferante a través del criterio del pre establecimiento de la materia a tutelar legalmente.

Pero, una vez seleccionado el interés amparable por la ley, es ésta, con los términos en que expresa el comportamiento que lo ataca (elementos típicos), con la carga histórica que recoge y la realidad social que significa la definición legal del delito de que se trate, con la concreta ubicación que dé a esa definición en el contexto de la propia ley y, en ocasiones, con la rúbrica que emplee en el apartado donde

se sitúa la norma incriminadora, la que «modela» y permite inferir al intérprete ese interés que se ha querido proteger (29).

Mas, con esta inferencia del objeto de protección de la norma tipificadora, no termina la labor que al respecto corresponde al intérprete y al aplicador de la ley penal. Tienen que determinar además un elemento del tipo directamente vinculado con el bien jurídico y con la forma de expresión de la conducta que se conmina al objeto de mantener la incolumidad de dicho bien. Tal elemento es el resultado típico entendido como ataque al bien jurídico. Un resultado que, a diferencia del naturalístico (exigido sólo por los llamados «tipos de resultado»), es elemento objetivo de todos los tipos delictivos legalmente previstos. Resultado que la ley diseña como lesión o como puesta efectiva o potencial en peligro del bien jurídico en cuestión (30).

Esto, y no únicamente la *ratio* de la incriminación por referencia al objeto de tutela, tiene que determinarlo el intérprete. Así como el aplicador de la ley ha de comprobar su existencia en el concreto asunto que examina. Pues sin ella faltaría un elemento del tipo de lo injusto y, por consiguiente, habrá de concluir que no se ha cometido el singular delito que analiza.

Si se identifica el ataque al bien jurídico con uno de los elementos del tipo, y se conviene en que la tipicidad —en cuanto expresión dogmática del principio de legalidad— cumple fundamentalmente un cometido de seguridad, se comprende la afirmación de que el bien jurídico desempeña, en el momento judicial, una función dogmática y, por ende, de seguridad. De garantía para el ciudadano y, en tal sentido, limitadora del poder punitivo del Estado cuando este poder se manifiesta a través de la actividad de la Administración de Justicia.

La anterior caracterización del «reflejo» del bien jurídico en la composición del tipo de lo injusto de todos y cada uno de los delitos, tiene numerosas consecuencias en distintos lugares de la teoría jurídica del delito. Consecuencias a las que después haré referencia.

13. Antes creo necesario destacar ciertos aspectos de la práctica judicial de la que hablo que, al menos, llevan a relativizar la transcendencia que se quiera otorgar a la función limitadora del poder punitivo estatal que debe desarrollar el bien jurídico en el momento legislativo y recibir ulteriores concreciones en el judicial.

Ocurre que en éste último vuelve a comprobarse la presencia del conflicto de intereses cuya existencia he señalado al referirme al momento legislativo. Pero ahora con alguna peculiaridad añadida. Aquella, antes apuntada, que supone el empleo, por parte de los integrantes

(29) Para una diferenciación entre *ratio legis* y bien jurídico, *vid.* COBO y VIVES, *Parte General*, *cit.*, p. 222. Cfr. TERRADILLOS, «La satisfacción...» *cit.*, p. 129.

(30) Respecto a todo lo que precede bajo este epígrafe, cfr. EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO y SUSANA HUERTA, *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2.^a ed., Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pp. 76-77 y 159-160.

tes de los grupos sociales hegemónicos, de instrumentos jurídicos alternativos a las cesiones que, estos mismos sujetos, han tenido que hacer en el ámbito de la legislación punitiva. Cesiones, en lo que aquí interesa, relativas a la protección de ciertos objetos por las normas penales incriminadoras.

Ello provoca que, por ejemplo, con Alvarez-Uría pueda hablarse sobre cómo «la sensible balanza de la justicia, que no cesa de modular las penas para los delincuentes comunes, se obstruye con facilidad a la hora de calibrar las violaciones de la leyes realizadas por hombres de negocios, financieros y políticos corruptos» (31). O que hayan de compartirse argumentos como los de Baratta respecto al «sistema de inmunidad y criminalización selectivas» (32); de Gamberini y Stortoni en torno al enfrentamiento de los mecanismos de criminalización con los de «inmunidad internos y externos a la magistratura» (33); de Resta, Pavarini o Galgano, en Italia, o Andrés Ibáñez, en España, referidos a la dificultad de criminalizar policial, fiscal y judicialmente ciertos hechos delictivos funcionales para el sistema de producción y distribución de riquezas y poder, por contraste con la fácil criminalización, en esos mismos ámbitos, de los hechos disfuncionales para el propio sistema (34); o de Sgubbi en cuanto a la «infrautilización» del instrumento penal para procurar el amparo de los intereses colectivos (35).

Y es que sucede que los límites al ejercicio del poder punitivo estatal, entendido como proceso de criminalización que se inicia con la creación de la ley penal, sigue con la acción de las instituciones vinculadas a la Administración de Justicia y concluye con la ejecución de la pena, resultan perforados en cada uno de esos tres estadios por la incidencia, en ciertas ocasiones, de una legislación extrapenal (civil, mercantil, laboral, administrativa, procesal) frecuentemente sucesora de los contenidos materiales de la legislación punitiva o entorpecedora, incluso paralizadora, de su aplicabilidad y por la adopción, en otras muchas ocasiones, de resoluciones administrativas, judiciales y del Ministerio Público que, por su ideologización o su acentifismo

(31) FERNANDO ALVAREZ-URIA, «Delitos de cuello blanco», en *Diario 16*, 27 de enero de 1989, p. 2.

(32) «Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale», en *La Questione Criminale*, núm. 1 de 1975, p. 60.

(33) ALESSANDRO GAMBERINI y LUIGI STORTONI, «La politica criminale della classe dominante: razionalità e ideologia», en *La Questione Criminale*, núm. 1 de 1975, p. 132.

(34) ELIGIO RESTA, *Conflitti sociali e giustizia*, De Donato editore, Bari, 1977, p. 97; MASSIMO PAVARINI, «Ricerca in tema di «criminalità economica», en *La Questione Criminale*, núm. 1 de 1975, p. 539; FRANCESCO GALGANO, «Repressione penale e riforma civile», en *La Questione Criminale*, núm. 3 de 1978, p. 415; PERFECTO ANDRÉS, «Justicia, conflicto y control social», en *El viejo topo*, extra núm. 7, 1979, p. 19.

(35) FILIPPO SGUBBI, «Tutela penale di «interessi diffusi»», en *La Questione Criminale*, núm. 3 de 1975, pp. 458 y sgs.

en unos casos, o por su parcialidad debida a factores externos de índole política, jerárquica o económica en otros, producen los mismos efectos.

Respecto de esta situación son ilustrativas, por ejemplo, consideraciones como las de Galgano sobre la criminalidad económica —o «socio-económica», según la terminología usual en las contemporáneas doctrinas y propuesta de reforma del Código penal español (36).

Señala ese autor que si, ahora como antes, la sanción penal tiene escasa incidencia preventiva sobre quienes cometen hechos delictivos de la indicada naturaleza, ello se debe a dos grupos de causas: de una parte, a «la potencia corruptora del dinero» que poseen tales sujetos y a «las posibilidades de maniobra que su posición de poder les ofrece»; de otra parte, y principalmente, a la estructuración que tiene el Ordenamiento jurídico, que «concede con una mano lo que rechaza con la otra», de manera que «la represión de la ilegalidad, articulada en el ámbito de la legislación penal, acaba resultando vana por la acción de la legislación civil, por el progresivo afinamiento de ésta de cara a la exigencia, primaria en la sociedad capitalista, de promover el máximo desarrollado de la iniciativa económica, de favorecer con todos los incentivos el destino de la riqueza a la producción de nueva riqueza, o sea, la máxima valoración del capital» (37).

Esta última opinión pone en evidencia, como mínimo, algo ampliamente advertido y a lo que, desde otro punto de vista, más atrás hacia alusión. Me refiero a los defectos de coherencia interna del Ordenamiento, de concordancia o ajuste entre las distintas partes que lo componen con aspiraciones de unidad. Quiebras de esta unidad aparente que, aparte otras consecuencias, en ciertas ocasiones subvierten el carácter de última *ratio* del Derecho penal, frustran su primordial función preventivo-general y hacen de él, en esos casos, un instrumento puramente demagógico.

Semejante conclusión refuerza el criterio, que he venido manteniendo a lo largo de la exposición precedente, según el cual resulta imprescindible interconectar los diferentes principios limitadores del poder punitivo del Estado para poder entender correctamente cada uno de ellos y dotarles de la eficacia reductora que, pretendidamente, implican. De poco o nada sirve, en efecto, proclamar la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, si una inadecuada aplicación del principio de legalidad penal se materializa en tipicidades de elasticidad tan grande que pueden abarcar cualquier com-

(36) Para KLAUS TIEDEMANN, *Poder económico y delito (Introducción al Derecho penal económico y de la empresa)*, traducción de Amelia Mantilla Villegas, Editorial Ariel, Barcelona, 1985, p. 9, esta «vaga expresión...» A la luz de la discusión internacional sobre el tema,... aparece saludable y responde a la tradición de los Países Bajos».

(37) «Repressione...» cit., pp. 417-418.

portamiento por alejado que se encuentre de los objetos de protección, los cuales, así, son *ratio* pero no límite de la incriminaciones. Del mismo modo, tiene escasa utilidad esa proclamación del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos cuando, como acabamos de ver, se incumple el principio de subsidiariedad penal y, con este incumplimiento, se altera la unidad y la coherencia del Ordenamiento jurídico y se hace vacua la estimulación del Derecho penal como instrumento último de entre los que dispone. O bien cuando no se respecta el principio de proporcionalidad de las gravedades del delito y de la pena y, por esta vía, se coopera a la alteración del orden de importancia de los intereses jurídicamente protegidos, con las secuelas que ello puede tener.

Por otra parte, como expresión o bajo la presión —según el caso— de los factores antes indicados, se produce la adopción o la ausencia de ella de decisiones administrativas, judiciales o del Ministerio Fiscal que, por su incorrección superior al mero error (38), en muchas ocasiones también perturban o anulan las capacidades limitadoras del poder punitivo estatal encerradas tanto en la idea de bien jurídico, cuanto en el elemento objetivo de todos los tipos que es el ataque al correspondiente objeto de amparo.

Pudiera pensarse que, en tales casos, la puesta en acción de mecanismos de cierre del Ordenamiento como son las previsiones de los delitos de prevaricación o de cohecho, permite el control de tales incorrecciones en la actividad o en la falta de actuación administrativa, fiscal y/o judicial. Pero la realidad muestra, por el contrario, lo exiguo de esta clase de control (39). A veces, a causa de los mismos vicios que han llevado a la incorrección primera. Otras veces, a consecuencia del establecimiento de cautelas legales, como el antejuicio de jueces y magistrados, no compensadas en lo que tienen de entorpe-

(38) En tanto el error no supere en su origen la imprudencia simple y alcance la temeraria, carece de transcendencia penal: argumento derivado de los elementos típicos empleados para definir la prevaricación activa imprudente («negligencia o ignorancia inexcusable» y carácter «manifiesto» de la injusticia de la resolución dictada, tanto en la prevaricación judicial cuanto en la administrativa: arts. 355 y 358, párrafo segundo CP) y de la ausencia de tipos imprudentes respecto de la prevaricaciones omisivas (arts. 357 y 359 CP).

(39) Cfr. JOAN J. QUERALT, «Irregularidades administrativas y responsabilidad penal (Comentarios al hilo de la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 18 de enero de 1988)», en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, 1989, pp. 417-419, donde, entre otras cosas, dice: «...nuestro ordenamiento jurídico no es ni mucho menos parco en la criminalización de tales comportamientos. Aunque dispersados bajo diversas rúbricas e interesando diversos bienes jurídicos, los delitos que tiene como sujeto activo a funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o con ocasión de tal ejercicio, constituyen, con mucho, la agrupación más importante tras los delitos meramente comunes. A ésta preocupación legislativa no se ha correspondido una fase análoga de persecución y castigo de las infracciones, salvo algunos pocos ejemplos relevantes, que han convertido la excepción a la punición en regla y el castigo en actividad judicial marginal».

cedoras con la admisión de sistemas procesales alternativos, como la intervención del jurado en estos supuestos. Y en otros casos, producto de clamorosas lagunas legales, como las que presentan los delitos de prevaricación respecto al Ministerio Público (40), o de defectos en las definiciones típicas, que siembran de inseguridad su interpretación, como las que se dan en relación con la inactividad administrativa y, dentro de ella, particularmente con el llamado silencio administrativo (41).

Por último, en el tercer tramo del proceso de criminalización en el que antes veíamos que se materializa el ejercicio del poder punitivo estatal, se confirma lo que sucede en los anteriores.

Y, así, en relación con la ejecución de la pena más característica, la de privación de libertad, puede decir, por ejemplo, Baratta que «las estadísticas indican que en los países de capitalismo avanzado, la gran mayoría de la población carcelaria es de extracción proletaria, en particular pertenece a las capas subproletarias.... Lo que no quiere decir por completo que la desviación criminal se concentre efectivamente en la clase proletaria.... la misma criminología liberal, con las investigaciones sobre la cifra oculta, sobre la criminalidad de cuello blanco y sobre la criminalidad política, demuestra, al contrario, que el comportamiento criminal está distribuido en todos los grupos sociales, que la nocividad social de las formas de criminalidad propias de la clase dominante, y por tanto ampliamente inmunes, es bastante más grave que la de toda la criminalidad realmente perseguida»(42).

O que se pueda comprobar un tratamiento desigualitario, por diferente para con estos delincuentes —cuando son condenados—, en asuntos como la clase de establecimientos penitenciarios en que directamente ingresan o hacia los que rápidamente progresan, o como la concesión de indultos.

14. Con arreglo, pues, a las ideas hasta aquí expuestas, no parece que pueda esperarse mucho de la eficacia limitadora del bien jurídico en el momento judicial por lo que al ejercicio del poder punitivo estatal respecta.

(40) Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación...*, cit., pp. 129-130.

(41) Cfr. ob. cit., en nota anterior, pp. 58-67 y 95.

(42) «Criminología liberal...», cit., pp. 59-60. Y no es únicamente que «las pérdidas económicas que para la sociedad representa un solo delito de cuello blanco pueden equipararse tal vez a la suma total de miles de hurtos, robos y atracos cometidos», pues «la importancia de estos delitos no se mide exclusivamente en magnitudes financieras —aun siendo éstas muy importantes—, sino por el daño que infieren a las relaciones sociales», lo que se revela en que, por ejemplo, «la sociedad no considera al autor de uno de estos delitos como a un verdadero criminal» (ALVAREZ-URÍA, ob. y páginas cit.). Con lo que los efectos de criminalización secundaria, cifrados en términos de estigmatización, son también considerablemente menores para quienes cometen esta clase de delitos, que, sin embargo, atentan contra bienes jurídicos de masa que poseen gran trascendencia cualitativa y cuantitativa, que para quienes cometen otros delitos relativos a bienes jurídicos que, según los casos, tienen mucha menos trascendencia cuantitativa o cualitativa.

Lo que, sin embargo, no debe inducir al catastrofismo. Por varias razones:

Primera, porque de ninguno de los principios que se enuncian con objeto de delimitar al poder punitivo del Estado, cabe esperar mucho (43). Aunque sí algo. Tanto más valioso cuanto se estime que es punto de partida y no de llegada. Y tanto más importante cuanto se aprecie no en su soledad, sino en el conjunto de lo que implican los demás límites.

Segunda, porque tales principios no son fórmulas miríficas. Ni su efectividad puede, por tanto, materializarse en resultados milagrosos. No son, en realidad, más que el compendio momentáneo de una dinámica histórica que sigue viva. Cuyos fundamentos materiales, que ya han originado los contemporáneos principios limitadores, apuntan al futuro. A la consecución de mejores logros por aplicación de esos principios limitadores y al surgimiento de límites mejores.

Por lo que concierne al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, cierto es que los avances de las funciones constrictoras que desempeña han sido, y se anuncian, mayores en el campo de la creación de la ley penal que en el de su aplicación. Pero también es cierto que en este último asimismo se han producido avances. Y las, cada vez más frecuentes y numerosas, denuncias de su escasez y puesta de manifiesto de las causas de ella (entre las que, por cierto, destaca aquella, en realidad previa al momento judicial, que he mencionado en primer término: la burla a la aplicabilidad de la ley penal que consienten y aún propician otras ramas del Ordenamiento), han de considerarse premonitorias de ulteriores, y no lejanos, progresos. Progresos a cuya consecución cooperan junto a otros factores —estructurales— de superior transcendencia, que en este momento no podemos analizar.

De momento resulta obligado preguntarse si, en todo caso y todos ellos, los funcionarios públicos que ejercen o están vinculados al ejercicio de la Administración de Justicia se comportan de igual modo. Si no ocurre que un parte —creciente— de ellos, los imbuidos de un pensamiento más democrático, no siguen las formas de actuación a que he hecho referencia y, entonces, pueda esperarse un empleo del bien jurídico que realmente circunscriba, en el sentido apuntado, el alcance del poder punitivo que practican.

Sobre este particular, creo que son esclarecedoras las siguientes palabras de Pulitanó: «la praxis de los magistrados democráticos, de hecho se sitúa y quiere situarse como alternativa no ya a los valores democrático-burgueses (lo que exigiría llevarlos más allá de la legalidad), sino a su deformación autoritaria en la jurisprudencia corriente. Los valores por los que luchamos, como funcionarios de un Estado

(43) Cfr. MUÑOZ CONDE, en HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, cit., p. 21, y HASSEMER, en la misma obra, pp. 112-113.

burgués pero democrático, son por lo común propios de la democracia burguesa, de origen iluminista; pero, a diferencia de los burgueses conservadores, pretendemos tomarlos verdaderamente en serio, hasta su extrema potencialidad democrática. En las libertades fundamentales vemos los derechos universales que, en cuanto válidos para todos, también deben poder ser utilizados por las minorías y por las clases subalternas, como lícito instrumento de lucha frente al orden de poder constituido» (44).

Como en otra ocasión he dicho al reflexionar sobre las opiniones acabadas de transcribir (45), probablemente en ellas (o en propuestas similares) consiste el programa máximo que ahora puede realizar el bien jurídico como límite, en el momento judicial, del poder punitivo ejercido por el Estado social y democrático de Derecho. Pero, y debe subrayarse, al mismo tiempo debiera ser el programa mínimo actualmente exigible.

15. Una última cuestión es cómo llevar a cabo esta pretensión (u otras semejantes) a la hora de interpretar y aplicar la ley penal. Lo que significa tanto como interrogarse sobre qué vías se ofrecen desde la construcción dogmática del delito, para que la idea de bien jurídico sea operativa cuando se trata de apreciar o rechazar que un determinado comportamiento es delictivo.

Tampoco ahora me detendré en una larga exposición sobre teoría jurídica del delito. Tan sólo señalaré, y con ello retomo un asunto que antes he dejado pendiente, algunos de los ámbitos de ésta teoría donde la idea de bien jurídico puede y, a mi juicio, debe emplearse con efectos limitadores de la definición legal de una conducta como delito. Tales ámbitos son, entre otros, los siguientes (46):

- El del resultado en cuanto afección del bien jurídico, resultado que es un elemento objetivo de los tipos de lo injusto absolutamente necesario en todos los delitos.
- El de la imputación objetiva, tanto en su planteamiento general cuanto en todos y cada uno de los singulares criterios de imputación de esta índole.
- El de la constitución y fundamentación de los injusto.
- El de la adecuación social tomada como principio general regulador de los diferentes elementos del delito.

(44) «Le deformazioni autoritarie della giurisprudenza dominante e la lotta di Magistratura Democratica per l'attuazione dei valori democratici», en PIETRO BARCELLONA (a cura di...), *L'uso alternativo del diritto. T. II: Ortodossia giuridica e pratica politica*, Editori Laterza, Bari, 1973, pp. 62-63.

(45) *Vid. Sobre el concepto..., cit.*, p. 348.

(46) *Vid.* la implicación del bien jurídico (entendido de diferentes maneras) y con varios de los ámbitos que a continuación relaciono, en GÓMEZ BENÍTEZ, «Sobre la teoría...», *cit.*, pp. 90-98, 101-104 y 110-111. Para ulteriores detalles sobre la forma de operar el bien jurídico en cada uno de los ámbitos que se indican, *vid.* los lugares correspondientes a su tratamiento en OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA, *Teoría jurídica del delito*, *cit.*

- El de la constitución y fundamentación de la justificación de conductas típicas.
- El del conocimiento de la antijuricidad y el error de prohibición.
- El de la fundamentación de la punición de los actos preejecutivos punibles y de la tentativa, frustración y delito imposible.
- El de la autoría en ciertos delitos especiales.
- El de la exigencia de capacidad individual de obrar como elemento del tipo de omisión propia.
- El de la conformación del deber de garantía en los delitos de omisión.
- El de la exigencia del desvalor del resultado propio de la consumación en los delitos imprudentes.

Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad Autónoma de Barcelona

1. INTRODUCCION

El Proyecto de Ley Orgánica de C.P. de 1980 contemplaba en su título VIII referente a los delitos socioeconómicos, ya en su capítulo primero el delito de quiebra. La reforma parcial del C.P. de 1983 sólo varió la denominación de la pena de este delito de presidio a prisión, conforme a la reducción general de las clases de penas privativas de libertad que llevó a cabo. La propuesta de anteproyecto de C.P. de 1983 mantuvo la quiebra, al igual que el C.P. vigente, entre los delitos contra el patrimonio, apartándose así de la sistemática seguida por el P.80, si bien estableció una pena sumamente reducida en relación a la legislación actual (prisión de uno a seis años y multa para la dolosa, y, prisión de seis meses a dos años o multa para la culposa).

Estas facilidades del legislador a la hora de encontrar una ubicación sistemática a este delito (y también en la determinación del marco penal correspondiente), dicen relación con un largo debate doctrinario sobre la naturaleza de este delito y en definitiva con el bien jurídico protegido. Pero no sólo con eso. En verdad y en último término tal debate doctrinario sobre la naturaleza jurídica del delito de quiebra y sobre el bien jurídico protegido no son una simple disquisición teorizante o puramente normativa, en el sentido de un análisis deductivo o estricto, sino que están inmersos en el desarrollo y evolución histórica que ha experimentado la institución de la quiebra desde su nacimiento en la época romana (1). Y tal evolución y desarrollo a su vez están en estrecha vinculación con el sistema económico de una sociedad, con las necesidades que pretende satisfacer y con los

(1) Cfr. RAMÍREZ, José A.: *La quiebra*. Bosch. Barcelona 1959, T. Ip. 120 ss., quien añade que ya antes de los romanos hubo legislación en defensa de los acreedores frente al deudor común (p. 119).

intereses que se mueven en su interior. Por eso que mientras las sociedades primitivas se basaron sobre el trueque, no podía surgir el concepto de quiebra. Y de ahí que como muy bien recalca Carrara, el delito de quiebra surge con la aparición del comercio: «De esta manera, el crédito, o sea, la creencia en la honradez, se volvió alma, sangre y vida del comercio en los pueblos cultos, de suerte que quien privase de esa confianza al comercio, lo convertiría en un cadáver, en una reminiscencia histórica. Y como la vida del comercio está ligada a la vida de las naciones, el mantener el respeto a esa confianza no es interés tan sólo de unos pocos particulares, sino de toda la sociedad; por eso quien le causa daño y descrédito al traicionarla delictuosamente, ofende algo en cuyo mantenimiento tienen interés y derecho todos los ciudadanos; he aquí por qué la bancarrota de un comerciante debe castigarse como delito en todo pueblo civilizado...» (2).

Ahora bien, aunque lo señalado por Carrara es cierto, se refiere sólo a una determinada época histórica, en que el comercio aparecía como la fuente de la riqueza: «Muchos ejemplos atestiguan que el comercio —significando con ello, en primer lugar y principalmente, el comercio con países extranjeros— era considerado fuerza impulsora vital para la prosperidad de las naciones y la riqueza medio de poder absolutamente esencial, del mismo que el poder era esencial en cuanto que medio para adquirir riqueza.» (3). Se trata del período europeo del siglo XVI al XVIII, en que el comercio juega en Europa un papel central, y de ahí el nombre de época mercantil o mercantilista —sin perjuicio que ya algo semejante sucediera en Roma y también en los apogeos de la Edad Media—. El desenvolvimiento del comercio va unido a todo desarrollo político, económico y social de esa época, al surgimiento de los grandes imperios coloniales, a la aparición de la burguesía reordenando la estructura social de ese período. Y, por cierto, el comercio va ligado a un grupo social emergente, el de los comerciantes, en cuyas manos se concentró el capital de aquella época, sobre la base de la creación de grandes monopolios. El comercio y el comerciante juegan un rol básico en el nacimiento del Estado moderno y en la concepción de la economía. Es esta experiencia social la que recogen las leyes de esos siglos y las primeras codificaciones de la primera mitad del siglo XIX. No es raro entonces que Carrara señala que «La índole de delito *social* es tan inherente a la bancarrota, que sería muy difícil sostener su carácter punible si se le despojara del fin de defender un bien social. Y esto aparece mucho más cierto cuando se reflexiona que la impunidad de la quie-

(2) CARRARA, Francesco: *Programa de Derecho criminal*, P.E., vol. VII, Temis Bogotá 1978, p. 53.

(3) GLAMANN, Cristof: *El comercio europeo (1500-1750)*, en «Cipolla», Carlos M.: Historia económica de Europa (2), siglos XVI y XVII. Ariel. Barcelona. 1981.

bra dolosa en una ciudad comercial perjudica a todos los comerciantes de ésta, aunque no tengan nada que ver con dicha quiebra, ya que el crédito de todos ellos recibe un sacudimiento y una grave herida en todas las plazas comerciales de fuera. Lo innegable de este resultado hace innegociable la índole social del presente delito» (4). No es de extrañar entonces que en los países germánicos —ordenanza concursal prusiana de 1855, la austriaca de 1868 y la bávara de 1869— surgiera frente a la corriente privatística francesa un sistema publicístico (5), en que el Estado entra a controlar la administración de la quiebra, que deja de ser entonces un procedimiento de autogestión o autoayuda de los acreedores. Por eso, tampoco es extraño que para Carrara, el delito de quiebra debiese quedar incluido dentro de los hechos punibles contra la fe pública.

Esta evolución político, económica y social de los siglos XVI, XVII y XVIII da, pues, origen a esta concepción jurídica del comercio y el comerciante, y su importancia hace que se dicte toda una legislación para este sector y este grupo social. Los códigos de comercio y las leyes mercantiles nacen, pues, sobre esta base; la quiebra y el consiguiente delito de quiebra no son sino un subproducto de este estado de cosas, y como la situación más grave que se puede producir dentro de ese tipo de relaciones sociales.

Pero en la segunda mitad del siglo XIX y en especial en el siglo XX cambia esta realidad, el comercio no es ya la fuente de la riqueza, no juega el rol central de la economía, sino la actividad industrial. Un país no es rico por su comercio, sino por sus industrias. La concepción misma de la economía se expande más allá del comercio y de los comerciantes. Por eso que frente a un derecho mercantil o comercial surge un derecho económico, o bien, industrial (o empresarial) y frente al concepto restringido de comerciante surge el de empresario. La empresa es lo propio de la sociedad industrial y el empresario va a configurar el nuevo grupo social emergente. Y aunque formalmente las leyes de quiebra y los delitos de quiebra se mantienen relativamente igual, cambia su contenido, pues se aplican a una realidad política, económica y social diferente. Formalmente el empresario es también un comerciante, pero su papel en la economía no es aquél que jugó el comerciante en los siglos XVI, XVII y XVIII. Ciertamente habrá puntos de contacto, pero el empresario va a tener una actividad mucho más compleja y diversificada, abarcando todos los procesos económicos, productivos, financieros, comerciales, de servicios —estarán tanto en la producción, en la distribución y también en el consumo.

La quiebra aparece entonces como una institución con difícil ubicación dentro de toda esta evolución, o bien, se la mantiene como

(4) CARRARA, Francesco: *ob. cit.*, p. 54.

(5) RAMÍREZ, José A.: *ob. cit.*, p. 139.

aquella producto de esos primeros siglos de nacimiento del Estado moderno o relegada a un segundo plano por los acontecimientos de la segunda mitad del siglo XIX, en que el comerciante cede su puesto al empresario, o se trata, justamente, de acomodarla a la nueva actividad empresarial del siglo XX.

Estos vaivenes histórico-sociales se reflejan en el tratamiento doctrinario de la naturaleza del delito de la quiebra y en la búsqueda y determinación del bien jurídico protegido.

2. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE QUIEBRA

Las concepciones sobre el bien jurídico en la quiebra oscilan entre aquellas que ponen el acento en una perspectiva individualista o privada y aquellas que centran el objeto en un punto de vista supraindividual o colectivo. Sin embargo, hay que destacar que hay un cierto grado de indefinición en la determinación del bien jurídico por la perspectiva individualista, pues, se reconoce que junto al criterio individual habría que considerar de modo accesorio o mediato, bienes de carácter «supraindividual». Así, por ejemplo, Landrove señala: «Sería injusto, y técnicamente incorrecto, ignorar que, en cierta medida, aquellos intereses a que antes nos referíamos resultan lesionados con los actos de criminalización a título de quiebra. El problema se centra en la especificación de la relevancia que debe otorgarse a tal lesión... Se trata, en definitiva, de lesiones simplemente *mediatas* cuya importancia decrece poniéndola en contacto con la estrictamente patrimonial, y no debe olvidarse que los delitos se definen por el interés *inmediatamente* atacado (6). No hay, pues, una tajante separación de lo «individual» y lo «supraindividual» por parte de las perspectivas individualistas del bien jurídico. Pero de ello no surge ninguna consecuencia dogmática, pues, se trataría, como decía ya Delitala, del motivo de la tutela, que no puede confundirse con «el interés tutelado, el objeto de inmediato con aquel mediato» (7). Sólo a veces, se plantea de *lege ferenda* remota: «en estos tipos en que el sustrato económico de los mismos ha sufrido tan serias mutaciones se impone una profunda

(6) LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *Las quiebra punibles*, Bosch, Barcelona 1970, p. 143; así también Martí Sánchez, Jesús Nicolás: «esta lesión del patrimonio no impide que al propio tiempo derive de la comisión de éste un daño o, al menos, un peligro, para otros bienes, incluso de índole social o colectiva, tales como la fe pública, la economía pública, el comercio, etc.» (Algunos aspectos del delito de bancarrota, Goya, Santa Cruz de Tenerife 1962, p. 60); también para DELITALA, GIACOMO la quiebra se castiga no solamente en cuanto produce un daño privado, sino también un daño social (L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta, en *Diritto Penale. Raccolta degli scritti*, II, Giuffrè, Milano 1976, p. 841).

(7) DELITALA, GIACOMO: *ob. cit.*, p. 841.

revisión, ya que su actual redacción, ya centenaria, ha sido pensada para realidades sociales hoy absolutamente perclitadas. Ello traería, en consecuencia, a un primer plano de la cuestión el resultado lesivo de dimensión social, qué hoy se ignora desde el plano legislativo y otorgaría especial transcendencia al detrimento de la economía nacional, por ejemplo» (8).

La discusión sobre el bien jurídico ciertamente no puede darse en este plano, pues, entonces no tendría mayor transcendencia, sino que el sostener una posición «individualista» o bien «supraindividual», significa necesariamente una diferente sistematización del delito y una distinta configuración o interpretación de sus elementos típicos. El bien jurídico en cuanto piedra angular de toda la teoría del delito (9), determina completamente el injusto específico de cada delito en particular y, por tanto, sus elementos esenciales constitutivos. De ahí, entonces, la importancia de la discusión sobre el bien jurídico en cada delito en particular, de otra manera la teoría jurídica general carecería de sentido y sería una disquisición metafísica, sin conexión con la realidad. Naturalmente, en ciertos delitos particulares resulta difícil la determinación del bien jurídico, sobre todo en aquellos ligados de una u otra manera a cuestiones económico-sociales y en que hay la tendencia a relegar éstas sólo a un interés inmediato, o bien, de significación subordinada. Ello, en gran medida, porque al teórico del Derecho penal le ha costado asumir la gran transformación operada en el campo económico y social. Le ha resultado difícil la comprensión que hay un área de intereses que se refiere a todas las personas en su desarrollo vital diario. No se trata, por cierto, de intereses «supraindividuales» en el sentido de la existencia de un ente superior o más allá del individuo —un alma colectiva, una razón superior o social—, sino de un interés que está relacionado con el quehacer diario de *cada una y todas* las personas de un determinado sistema. Es por eso que, como ya hemos señalado, es preferible hablar (10) de bienes jurídicos de carácter microsocial, referidos a la relación de uno y otro, al conjunto de necesidades, cuya satisfacción es esencial para la existencia del sistema, y bienes jurídicos de carácter macrosocial, referidos a las relaciones de todos entre sí, al conjunto de necesidades cuya satisfacción está ligada al funcionamiento del sistema. Esta comprensión de que el funcionamiento del sistema es también indispensable para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, ha sido muy tardía y sólo aparece con la irrupción del Estado de Bienestar.

(8) LANDROVE, Gerardo: *ob. cit.*, p. 147.

(9) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Derecho penal*. P.G. 3.^a edic., Ariel, Barcelona, 1989, p. 155 ss.

(10) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Derecho penal*, P.E., Ariel, Barcelona, 1986, p. 5 ss.; Los bienes jurídicos colectivos, en Control social y sistema penal, PPU, Barcelona 1987, p. 195 ss.

e igual el entendimiento que el Estado no sólo tiene deberes negativos frente a los ciudadanos, sino también deberes positivos (tal como señala el artículo 9.2 de la C.E.). Sólo desde la concepción de un Estado social y democrático de Derecho se puede entender que no tiene sentido la protección de la vida y salud de los ciudadanos si al mismo tiempo no se protege, por ejemplo, el medio ambiente o la calidad del consumo, que aquella primera protección pasa a ser pura demagogia si no se configura el funcionamiento del sistema de tal manera que los ciudadanos puedan disponer de un medio ambiente y de un consumo sano.

Creemos que la indecisión doctrinaria y legislativa hasta nuestros días en relación al bien jurídico en el delito de quiebra, tiene su raíz justamente en la dificultad de aprehender los bienes jurídicos de carácter macrosocial, ligados al funcionamiento del sistema. A la inversa de lo que plantearan las llamadas posiciones «individualistas» (en verdad nunca hay un bien jurídico individual, pues todo bien jurídico está referido a una persona, esto es, a un ente social, a una relación social, por eso es preferible hablar de bienes jurídicos microsociales) sobre el delito de quiebra, lo que se trataría de averiguar es si la defensa del patrimonio que se pretendería proteger con el delito de quiebra, en verdad se logra por otros medios más adecuados ya existentes (estafa, apropiación indebida, etc.); pero al mismo tiempo destacar que en el delito de quiebra habría *algo diferente* que podría merecer la protección penal y que si se eliminara tal delito, por el hecho que el bien jurídico patrimonio está ya suficientemente protegido por otros delitos, ello podría ser grave en razón de que ese algo diferente quedaría sin protección. Y ese algo diferente, al que se hace referencia con las expresiones de interés mediato o subordinado, como se reconoce no tiene un carácter «individual», sino «supraindividual».

De ahí que la presente investigación sobre el bien jurídico en el delito de quiebra, no tiene por objeto en primer lugar, la exposición de las diferentes posturas doctrinarias al respecto, sino sobre todo esclarecer si en el delito de quiebra hay algo más propio a él que el aspecto defraudatorio, en que se pone hincapié cuando se analiza la materia sólo desde un punto de vista «individual» y que, ya como hemos dicho, está cubierto por el establecimiento de otros delitos contra el patrimonio. *Y adelantando nuestro punto de partida, sostendremos como tesis básica que el delito de quiebra no tiene sentido y debería hoy suprimirse si realmente su acento está en lo puramente patrimonial, esto es, en su carácter defraudatorio.*

2.1. Posiciones individualistas: el patrimonio como bien jurídico protegido en el delito de quiebra

La doctrina dominante en España estima que el bien jurídico es el patrimonio en el delito de quiebra. Así, Quintano Ripollés señala: «creo que no hay bastantes razones para mudar su objeto jurídico prevalente, que sigue siendo el patrimonio y precisamente el singular de los acreedores (11); o Landrove: «No dudamos que el patrimonio privado de los acreedores del quebrado es el objeto jurídico prevalente» (12).

Pero como hemos sostenido, el bien jurídico es una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica (13), lo cual significa entrar a analizar los términos de tal relación y considerar entonces, desde esa perspectiva, si hay fundamento para sentar las bases de un injusto en los hechos constitutivos de la quiebra.

Ahora bien, los patrimonios de las personas se encuentran entre sí en una relación de igualdad y sometidos a las diferentes modalidades de tráfico jurídico-económico. En otras palabras, por su propio carácter, han de estar sujetos a las diversas modificaciones y afecciones que implica respecto de ellos el tráfico jurídico-económico; de otro modo no sería éste concebible y ni siquiera el concepto de patrimonio —consustancial al desarrollo jurídico-económico entre las personas—. De ahí que, a diferencia de otros bienes jurídicos personales, como la vida, la salud individual, la libertad, etc., el patrimonio no puede ser protegido penalmente en cuanto a tal, pues ello paralizaría la relación jurídico-económica de las personas, sería una contradicción contraceptual, pues sería negar el propio carácter del patrimonio, éste no podría surgir a la vida jurídica. Por eso que mientras el ordenamiento jurídico no puede aceptar o soportar un menoscabo a la vida o la salud individual, si por el contrario cuando se trata del patrimonio, así una donación es un acto completamente lícito, también una compraventa gananciosa sólo para uno de los contratantes, etc. El patrimonio de por sí no es suficiente base para fundamentar el injusto de hechos que le signifiquen un menoscabo. Luego, para que el patrimonio sea fundamento suficiente, es necesario que los términos de la relación que él implique provoque ciertas formas de especial desigualdad entre los partícipes, que sean estimadas contrarias por el ordenamiento jurídico social respecto a las posiciones que éstos deben guardar entre sí.

De ahí que tampoco se pueda añadir nada nuevo la precisión que

(11) QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, T. III, Editorial «Revista de Derecho privado», Madrid, 1965, p. 65.

(12) LANDROVE, Gerardo: *ob. cit.*, p. 145.

(13) BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Derecho penal*. P.G. 3.^a edic., Ariel , Barcelona 1989, p. 55.

se hace por muchos autores que «el bien jurídico protegido en el delito de quiebra consiste en el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos» (14). Ello vendría a significar, lo que sería un absurdo, que el hecho de contraer deudas sería ilícito, pues, como advierte aun un partidario de la dirección patrimonialista como Rodríguez Devesa, «no obstante, en los países civilizados la insolvencia por sí sola no constituye delito, ni siquiera cuando afecta a una masa de acreedores» (15). Para el sistema jurídico-económico en relación al patrimonio las deudas son un elemento inmanente a su funcionamiento, y en ese sentido, la insolvencia un evento con el cual se cuenta dentro de tal funcionamiento. De modo entonces que no se puede decir que el bien jurídico sean tales derecho de crédito, que no son sino el correlativo de las deudas. Luego la afirmación de Bajo lleva necesariamente a plantear que el hecho de constituir deudas o caer en insolvencia tendría que ser un hecho ilícito, *lo que es falso*.

Tampoco se agrega algo más por el hecho de plantear que el derecho de crédito da un derecho sobre el patrimonio del deudor; así Martí afirma que tiene «el acreedor, como consecuencia del derecho de crédito, un derecho, siquiera difuso, sobre el patrimonio del deudor» (16). Posición sostenida también por diversos autores sobre la base de precisar tal derecho difuso como un derecho de garantía de los acreedores sobre el patrimonio deudor (17). Pero tal derecho es inexistente, pues, como ya señala Nuvolone, «no hay un deber del deudor de no disponer de los propios bienes..., el ilícito no consiste en el hecho de disponer de los propios bienes...» (18). Si esto así fuese se paralizaría toda la vida jurídico-económica patrimonial de un país. Si el comerciante, o mejor, el empresario tuviese tal limitación en la disponibilidad de sus bienes dejaría de ser comerciante o empresario, la naturaleza de su actividad está en oposición al tipo de limitaciones. El acreedor no tiene un derecho o una garantía sobre el patrimonio del deudor, que limite a éste en su capacidad de disposición, sino solamente un derecho a ejercitar determinados medios jurídicos llegado el caso, para que sus créditos no se tornen inefectivos.

(14) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Derecho penal económico*, Civitas, Madrid 1978, p. 167/168.

(15) RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal*. Parte Especial: 10.^a edic. (puesta al día por SERRANO GÓMEZ, Alfonso), Dykinson, Madrid, 1987, p. 485/486. Con lo cual se coloca, con razón, en una posición radicalmente contraria a la de Bajo, para quien «el desvalor del ilícito en el delito de quiebra reside en el hecho de colocarse el deudor en situación de insolvencia». (*ob. cit.*, p. 169).

(16) *Ob. cit.*, p. 63.

(17) Cfr. DELITA, GIACOMO: *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, en «*Diritto Penale*», *ob. cit.*, p. 707 ss.; CONTI, Luigi: *I reati fallimentari*, TORINENSE, Torino 1955, p. 63 ss.

(18) NUVOLONE, Pietro: *Il diritto penal del fallimento e delle altre procedure concursuali*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 22.

En ese sentido en el Derecho penal alemán ha predominado en la perspectiva patrimonialista, que es la dominate (19), un planteamiento de carácter más general y, por eso, se considera como bien jurídico un interés de los acreedores a la satisfacción de sus pretensiones patrimoniales (20); dirección en cierto modo seguida por Landrove cuando afirma que «matizando más, se llega a la conclusión de que la quiebra lesiona las legítimas pretensiones crediticias de los acreedores sobre el patrimonio del deudor comerciante» (21). Pero si bien con ello se eluden las dificultades en que caen todos aquellos que estiman que hay un verdadero derecho, cualquiera que sea su naturaleza, ya sea general de garantía o concreta de prenda (22), sobre el patrimonio del deudor, tampoco se ve claro por qué tal interés de los acreedores a la satisfacción de sus pretensiones patrimoniales, por sí sólo, ha de constituir el fundamento para el injusto del delito de quiebra. Esto es, por qué la no satisfacción de esas pretensiones por parte del deudor ha de constituir un injusto. Más bien pareciera que tal línea de pensamiento es un retorno a la prisión por deudas. Ni las deudas ni tampoco su no satisfacción pueden constituir un ilícito penal; ello significaría echar por la borda todos los principios básicos, tanto materiales como formales, que condicionan la intervención punitiva del Estado.

Por eso que, tratando de lograr mayor precisión en esta dirección, por algunos autores se pone el acento en que lo protegido es la satisfacción igualitaria de todos los acreedores, la *par conditio creditorum*; como señala Punzo, lo que lesiona es el derecho de los acreedores respecto del comerciante «a la igualitaria distribución de todo su patrimonio» (23). Pero ciertamente ni el hecho de la deuda, ni la insolvencia, ni aún el propio delito de quiebra tienen que afectar necesariamente esta distribución igualitaria (24). Ciertamente en ciertos casos tal distribución igualitaria puede quedar afectada, pero no siempre; en todo caso ello implicaría tener que reducir el delito de quiebra sólo a esos casos. Pero, además, tampoco aparecería claro que tal principio de la *par conditio creditorum*, válido sólo dentro de las relaciones civiles y comerciales pueda constituir fundamento suficiente para un injusto penal. Pareciera que en tal caso el Derecho penal perdería su carácter de extrema ratio, de instrumento a utilizar sólo

(19) Cfr. SAMSON, E.: *Systematischer Kommentar*, Metzner, Frankfurt a. M., intro. 283 n.3; SCHIMIDHÄUSER, E.: Strafrecht, B. T., Mohr, Tübingen, Cap. 11, n. 93; Schönke-Schröder, Kommentar Beck, München, intr. 283 n. 2.

(20) TIEDEMANN, Klaus: Konkurs Strafrech, de Gruyter, Berlin 1985, Vor 283, n. 43; en el mismo sentido, por ejemplo, Maurach-Schröder: Strafrecht, B.T., I parágrafo 43 I 3; Schönke-Schröder, intr. 283 n. 2.

(21) *Ob. cit.*, p. 145/146.

(22) Loggetto, *ob. cit.*, p. 833 ss.

(23) PUNZO, Massimo: *Il delitto de bancarotta*, TORINENSE, Torino 1953, p. 28.

(24) Cfr. MARTÍ Sánchez, *ob. cit.*, p. 54.

en última instancia. Se provocaría una confusión entre principios civiles y penales.

Es, por eso, y que con razón Rodríguez Devesa trata de lograr una perspectiva mayor dentro de ésta dirección y señala que lo que persigue «es la conducta del que además del perjuicio, empeora por su negligencia o dolosamente la situación, ya difícil, de los acreedores que colectivamente se enfrentan con un deudor insolvente» (25). Con ello ya no es el patrimonio en sí lo protegido, ni tampoco un derecho o pretensión de los acreedores, ni la pretensión igualitaria del patrimonio deudor, sino que lo que aparecería como protegido es una determinada posición de desvalimiento en que quedaría el acreedor frente al deudor. Es decir, con esta línea de pensamiento se llega a que lo propio del delito de quiebra es el abuso o conducta defraudadora del deudor en la relación patrimonial. Pero con ello, entonces, nos encontramos que el delito de quiebra no tendría entidad propia, pues tal conducta de abuso o defraudatoria no sería posible de distinguir de la estafa, del abuso de firma en blanco, de la simulación de contratos, etc. Sólo podría tener sentido en tal caso como una especie de confusión o absorción universal de todas las defraudaciones particulares, en razón justamente del hecho de la insolvencia. Pero ello, por una parte, significaría reconocer la inexistencia de un bien jurídico propio en la quiebra y, por otra, entrar a discutir en la bondad de una tal técnica legislativa. El hecho que en la propuesta de anteproyecto de C.P. de 1983 se rebajara ostensiblemente la pena en el delito de quiebra, implicó evidentemente una oposición a tal técnica legislativa, que ciertamente puede provocar una gran cantidad de abusos tanto por parte del deudor —que aparecería como privilegiado cuando comete varias conductas defraudatorias— como también por parte del acreedor —que llegado el caso podría coaccionar a un deudor con una pena sumamente desproporcionada por una sola actividad defraudatoria—. En definitiva, una tal dirección no permitiría una justa determinación de la pena respecto de actividades defraudatorias —podría pecar por exceso o por defecto—, con lo cual se estaría contraviniendo el principio constitucional de proporcionalidad (e igualdad).

En suma, el bien jurídico protegido no es posible encontrarlo sobre la base de una perspectiva patrimonial, ni sobre una formulación generalizadora o abstracta como tampoco a través de una concretización del elemento fundamental. El patrimonio, en general o concretizado, no está en condiciones de dar una razón suficiente para configurar un injusto de los hechos constitutivos de una quiebra. Una tal postura lleva necesariamente hacia la antigua posición de la prisión por deudas, a considerar consecuentemente, como lo hace Bajo,

(25) *Ob. cit.*, p. 486.

que el «desvalor del ilícito en el delito de quiebra reside en el hecho de colocarse el deudor en situación de insolvencia» (26). O, por lo menos, a provocar una confusión del delito de quiebra con las actividades defraudatorias singulares del deudor insolvente. Uno y otro camino atenta contra las bases mismas de fundamentación de los delitos y, por tanto, del injusto, esto es, que un delito o un injusto sólo puede surgir desde el bien jurídico protegido. Y en uno y otro caso no habría un bien jurídico protegido.

Con el objeto de superar estos problemas, que parecieran surgir cuando se adopta una óptica puramente patrimonialista o individualista, ciertos autores, partiendo del patrimonio, son partidarios de una concepción ecléctica integradora, esto es, considerar que el delito de quiebra es pluriofensivo, que hay varios y diferentes bienes jurídicos protegidos. Así, por ejemplo, Tiedemann señala «Resumiendo los párrafos 283 y ss. protegen en primer lugar los intereses de los acreedores (actuales) a una satisfacción completa o lo más alta posible de sus pretensiones jurídico-patrimoniales, luego los intereses crediticios de acreedores potenciales que ya están en relación con el deudor y finalmente el funcionamiento de la economía crediticia como un sistema de prestaciones de servicios, cosas y dinero, desprendido del pago al contado y del trueque» (27). Dirección semejante se encuentra en Antolisei: «A éste propósito conviene aclarar que los intereses de los acreedores que la ley tiende a tutelar, no se limitan a la conservación de la garantía sobre el patrimonio deudor, como lo consideran algunos. Junto a este interés, que es ciertamente el fundamental, existen otros que son precisamente los siguientes: 1) el interés de conocer el inventario patrimonial y el movimiento de negocios del deudor, porque sin este conocimiento la garantía patrimonial no se puede prácticamente realizar y la tutela del crédito quedaría privada de eficacia; 2) el interés del tratamiento paritario en caso de insolvencia; y finalmente, 3) el interés de que se les pague en la mayor medida y en el menor tiempo posible» (28). Y agrega: «Consideramos, por lo tanto, que también el interés de la economía pública está igualmente protegido por las normas relativas a la bancarrota. Esto no constituye nada anormal, porque en nuestro derecho son muy frecuentes las incriminaciones dirigidas a la protección de una multiplicidad de intereses, incriminaciones a las cuales corresponde muy bien la denominación de *delitos pluriofensivos*» (29).

En estos planteamiento pluriofensivos nos encontramos con dos niveles, por una parte los bienes jurídicos desde una perspectiva mi-

(26) *Ob. cit.*, p. 169.

(27) *Ob. cit.*, intr. 283 n. 55.

(28) ANTOLISEI, Francesco: *Delitos relacionados con las quiebras*, temis, Bogotá 1975, p. 23/24.

(29) *Ob. cit.*, p. 25.

crosocial y, por otra, bienes jurídicos de carácter microsocial. Ahora bien, una simple sumatoria de diferentes concreciones del bien jurídico patrimonio, realmente no llevan a un concepto superior que elimine las deficiencias de tales concreciones en particular. En otras palabras, cada una de ellas conserva su incapacidad para justificar el injusto del delito de quiebra, y, por tanto, la simple sumatoria no la elimina, sino que la aumenta. Es, por lo demás, lo que sucede siempre con las posiciones eléctricas, en que simplemente se suman diferentes posiciones. Los que se suma es lo macrosocial, así Tiedeman «el funcionario de la economía crediticia» y en Antolisei «la economía pública». Ciertamente, la simple incorporación de un bien jurídico macrosocial no puede provocar una transformación ni desnaturalización de la perspectiva microsocial de naturaleza patrimonialista. Por otra parte, como se trata de niveles completamente diferentes y contradictorios entre sí, no hay posibilidad de lograr una superación de las deficiencias de la visión microsocial patrimonialista, lo cual, naturalmente, se refleja en el tipo legal. La tipificación va a resultar, en definitiva, deficiente o contradictoria, o bien, ambas cosas a la vez. En cuanto, a la bondad o no de los criterios macrosociales utilizados por los autores citados, no es el momento de entrar a analizarlos.

En definitiva, el planteamiento patrimonialista ni en forma exclusiva, ya sea con carácter simple o complejo, ni tampoco integrado con criterios macrosociales está en situación de explicar el injusto en los hechos constitutivos de la quiebra y, por tanto, no puede posibilitar una adecuada tipificación del delito de quiebra.

2.2. Posiciones supraindividuales respecto del bien jurídico quiebra

2.2.1. *La fe pública.*

Quien sostuvo con mayor fuerza éste planteamiento fue Carrara: «De esta manera el *crédito*, o sea, la creencia en la honradez, se volvió alma, sangre y vida del comercio en los pueblos cultos, de suerte que quien privase de esa confianza al comercio, lo convertiría en un cadáver, en una reminiscencia histórica. Y como la vida del comercio está ligada a la vida de las naciones, el mantener el respeto a esa confianza no es tan solo de unos pocos particulares, sino de toda la sociedad; por eso quien le causa daño y descrédito al traicionarla delictuosamente, ofende algo en cuyo mantenimiento tienen interés y derecho todos los ciudadanos; he aquí el por qué la bancarrota de un comerciante debe castigarse como delito en todo pueblo civilizado, y por qué ocupa su verdadero sitio entre los delitos sociales contra la *fe pública*. El crédito es el objeto de la fe pública. De él sacan los comerciantes el beneficio inmenso de crear capitales con

una hoja de papel; de obtener ingentes ganancias sobre capitales todavía no desembolsados;...» (30).

Posición semejante fue sentada ya en España por Gutiérrez (31) y, entre otros, en Italia, por Manzini (32) y De Gennaro (33). Ciertamente tiene razón Landrove cuando señala que en Carrara la expresión fe pública utilizada en este caso no coincide con la de carácter técnico jurídico, que dice relación con la veracidad y autenticidad jurídica, sino mas bien, se la identifica con la buena fe comercial, con lo cual entonces se fuerza el contenido de injusto de este delito (34).

Es cierto que las expresiones crédito y fe están semánticamente emparentadas, pero el problema no se puede hacer residir en una pura aproximación lingüística de las palabras, puesto que desde un contenido sustancial el crédito se constituye en una institución de carácter fundamentalmente económico, básica para las relaciones de carácter mercantil o bien empresarial. En cambio, la fe pública dice relación con la veracidad o autenticidad *jurídica*, por tanto, no está en referencia al comercio o a empresa. Ciertamente, pueden haber coincidencias materiales, es decir, que el crédito aparezca concretado en determinados documentos, es decir, en medios que gozan de fe pública, pero tal coincidencia material no implica una confusión de los contenidos de ambos conceptos. Por cierto, que en una quiebra pueden darse muchos delitos contra la fe pública, pero ello no significa que el delito de quiebra tenga por contenido la fe pública; por el contrario, se tratará de delitos singulares diferentes al contenido propio y exclusivo del injusto del delito de quiebra. En caso contrario bastaría con los delitos de falsedades y no sería necesario el delito de quiebra. La fe pública no está en capacidad de fundamentar el injusto del delito de quiebra, porque no es ella la que está en juego cuando el Estado interviene con su poder punitivo para sancionar los hechos constitutivos del delito de quiebra.

Sin embargo, hay que hacer constar que Carrara pone el acento en un aspecto importante del delito de quiebra desde una perspectiva macrosocial, que es la institución económica del crédito, punto que analizaremos posteriormente, y que como vimos hoy hace alusión a ella Tiedeman.

(30) *Ob. cit.* p. 53/54.

(31) GUTIÉRREZ, José Marcos: *Práctica Criminal de España*, III, Madrid 1806, p. 105.

(32) MANZINI, Vicenzo: *Trattato di diritto penale italiano*, Turín 1926, vol. VI, p. 262 s.

(33) DE GENNARO, Pascuale: *Bancarotta (Reati in materia di fallimento)*, en *Nuovo Digesto italiano*, Vol. II, Turín, 1937, p. 38.

(34) *Ob. cit.*, p. 118/119; con razón señala DELITALA «Si se entiende de este modo el concepto de fe pública pierde cualquier significado. De la forma se pasa a la sustancia; de la fe en la veracidad de los documentos, de las declaraciones, etc., a la confianza en la persona». (L'oggetto. *Ob. cit.*, p. 841).

Tampoco se podría deducir sobre la base de este bien jurídico otro de carácter más abstracto y que en cierto modo surge de todas las palabras de Carrara, esto es, es de un deber de lealtad del comerciante o empresario, que en cierto modo también está presente en aquellos autores que desde una perspectiva microsocial hablan de derecho de los acreedores —lo que implicaría un deber de los deudores a mantener incólumes sus patrimonios—. Pero tal deber de lealtad no puede constituir un bien jurídico, pues se aleja de un derecho penal garantista por el hecho y se alinea dentro de un Derecho penal del ánimo, en que lo que se castiga es sólo la actitud del sujeto y no los hechos injustos realizados.

En definitiva, la fe pública en caso alguno puede ser el bien jurídico en el delito de quiebra, lo cual no quiere decir que el crédito como tal no pueda ser objeto de análisis en vista al bien jurídico.

2.2.2. La Administración de Justicia

El principal sostenedor de esta posición, como bien jurídico exclusivo es Nuvolone. Parte este autor de un ataque a aquellas posiciones que sostienen que el objeto jurídico afectado sería un derecho de los acreedores sobre el patrimonio del deudor, en virtud de que jamás el ilícito puede constituir en «el hecho de disponer de los propios bienes..., sino en el hecho de no cumplir o de hacer imposible el cumplimiento» (35). En otras palabras, para este autor el derecho de crédito no puede ser el objeto de tutela del Derecho penal, y, por eso, «el incumplimiento de la obligación, aunque sea voluntario, no constituye ilícito penal, sólo ilícito civil» (36). Luego, el acento del problema no está en un pretendido derecho del crédito sobre el patrimonio del deudor, sino en aquel instrumento jurídico que procura, por los medios jurídicos de que se dispone, el cumplimiento de toda obligación. Y el cumplimiento de la obligación de quiebra no tiene un carácter individual, sino colectivo, esto es, «del punto de vista del interés público a la satisfacción máxima de todos los acreedores según el criterio de la *par conditio*» (37). En otros términos, el presupuesto *concursal*, que es el que da contenido a ese momento de cumplimiento de la obligación, implica necesariamente la consideración de los acreedores como una masa, pues se trata de proteger a un grupo y no a un individuo, hay, pues, un interés colectivo y no individual, que está inmerso en ese presupuesto concursal e indisoluble con él. Por eso, justamente, «el interés jurídico inmediatamente lesionado es un interés procesal público» (38).

(35) *Ob. cit.*, p. 22.

(36) *Ob. cit.*, p. 24.

(37) *Ob. cit.*, p. 24.

(38) *Ob. cit.*, p. 25.

En términos semejantes se expresa en Alemania actualmente Arzt/Weber para quien «el frustramiento de los derechos del acreedor es por principio impune» (39). Lo cual justamente surge en razón del carácter fragmentario del Derecho penal y se hace especialmente patente en el derecho de las obligaciones y, por eso, Arzt/Weber se ponen en contradicción con la opinión dominante en Alemania respecto de la quiebra señalando que «el mero cumplimiento de la pretensión que le corresponde al acreedor frente al deudor tiene exclusivamente consecuencias civiles, sin consideración al fundamento jurídico de la exigencia (ley o contrato)» (40). Consecuentemente con estos planteamientos para Arzt/Weber «la quiebra como tal no puede ser castigada, ni siquiera cuando se producen daños considerables» (41). Lo cual par Arzt/Weber está en relación con el sistema de libre orden económico (42). Por eso, ni aún un actuar antieconómico grosero puede por sí solo ser considerado injusto y un sistema de libre mercado tiene que asumir que un actuar empresarial puede llevar a la insolvencia: el riesgo de concurso es lo que justamente haría que se hable propiamente de empresa. En otras palabras la empresa como tal siempre significaría éxito o fracaso, y el fracaso desde éste punto de vista es justamente la insolvencia. De ahí entonces, que el Derecho penal en éste caso, en su función de protección, está en relación con el concepto procesal de ejecución universal (concurso), es decir, que lo que se protege por el Derecho penal es el derecho del acreedor a la satisfacción (a prorrota) en la ejecución universal, esto es, en el concurso (43).

Los puntos de partida, muy semejantes tanto de Nuvolone como Artz/Weber son evidentemente razonables. Ciertamente la insolvencia de por sí no puede dar origen a un delito, sería en el fondo penalizar la actividad empresarial económica de por sí, ya que evidentemente, como cualquier otra empresa, puede tener éxito o fracaso. Si se negara esta alternativa y se exigiera actuar siempre sobre seguro, ya no se podría hablar de empresa y se paralizaría toda actividad económica. De ahí que el Derecho penal por su carácter de extrema ratio y fragmentario no puede intervenir sobre tal fundamento, se trata de un ámbito ajeno al Derecho penal, es simplemente el del Derecho civil de las obligaciones. Cualquier otra posición llevaría a una confusión entre derechos subjetivos y bien jurídico; los derechos subjetivos son el objeto de protección del Derecho privado, pero no pueden constituirse en el fundamento de injusto penal, planteamiento que ya desarrollara Birnbaum en el siglo pasado, divulgado por Binding y

(39) ARTZ, Günther y WEBER, Ulrich: Strafrecht. Besonderer Teil, LH4, Gieseking, Bielefeld 1980, p. 73.

(40) *Ob. cit.*, p. 73.

(41) *Ob. cit.*, p. 81.

(42) *Ob. cit.*, p. 80.

(43) *Ob. cit.*, p. 74.

profundamente desarrollado desde un punto de vista político criminal por v. Liszt (44). El derecho subjetivo si se traspasa como fundamento al Derecho penal lleva a poner el acento en un criterio ético-individual, a considerar como lo central, por ello mismo el acto del individuo como expresión de un contenido ético maligno. Se va hacia una eticización del Derecho penal y, en definitiva, a un Derecho penal del ánimo, que es ajeno a un derecho de un Estado de Derecho; es un retroceso y un rechazo a los principios que dieron nacimiento al Derecho penal moderno de principios del siglo XIX. Este planteamiento queda de manifiesto en todas las tesis llamadas «individualistas» patrimonialistas, que tienden a castigar la deslealtad del deudor, a penalizar su actitud, justamente porque pretenden proteger simplemente un derecho subjetivo —el derecho del acreedor (planteamiento fundamentalmente italiano y español) o la pretensión del acreedor (posición fundamentalmente alemana)—. Pero con eso se subvierten las bases mismas del Derecho penal. Y esto aparece todavía más patente en un delito que, como se ha visto, todos destacan, aún los que sostienen posiciones individualistas extremas que mediata o subordinadamente hay también protección de bienes jurídicos «supraindividuales». En el delito de quiebra hay que reconocer, por tanto, un doble interés público, no sólo de carácter general que define al bien jurídico como tal (45), sino ya el específico referido a este bien jurídico concreto.

Pero si bien todo lo anterior es cierto y se conecta con la línea de pensamiento de Nuvolone y Arzt/Weber, el problema es saber si de todo ello se puede llegar a la conclusión que el bien jurídico concreto protegido sería el proceso y, por ello, la Administración de Jus-

(44) Cfr. sobre la evolución del concepto de bien jurídico BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Derecho penal*. P.G., 3.^a edic., Ariel, Barcelona, 1989, p. 45 ss.'

(45) El bien jurídico pone el acento en el interés público o general, en el sentido que lo importante es la igualitaria protección de una relación fundamental de cada uno de los individuos de una sociedad, por eso, el acento no está en la acción, sino en la lesividad de la acción, es decir, que pueda afectar al bien jurídico. La acción no es considerada desde un prisma ético individual, sino por el contrario desde la realidad social. El acento en el bien jurídico significa un nuevo paradigma en el Derecho penal. Durante decenios se estimó que el delito es acción y todo el análisis de los penalistas estaba dirigido a caracterizar a la acción (y con ello el delito) desde un punto de vista antológico, ético, antropológico, moral, social, etc. y en definitiva distinguir entre buenas y malas y acciones, entre acciones normales y desviadas, etc. (y de ese modo también caracterizar el delito). Hoy al poner en el primer plano el bien jurídico, se pone como fundamento un criterio político criminal respecto a las necesidades básicas que han de satisfacerse y protegerse por un Estado social y democrático de Derecho y que se expresan en una relación social. Es por eso que decimos que el bien jurídico es una síntesis normativa concreta de una relación social determinada y dialéctica.

Ahora bien, decimos que hay un doble interés público o general en este caso, en el sentido que este bien jurídico es, además, de carácter macrosocial, referido al funcionamiento del sistema y por ello en relación a todos y cada uno de los ciudadanos al mismo tiempo.

ticia, en la medida que justamente es el proceso el medio que tienen los acreedores para hacer efectivos sus créditos y es ese medio público el que se ve afectado por los actos del deudor insolvente. Dentro de esta perspectiva no creemos válida la razón esgrimida por Antolisei en contra de Nuvolone (46) y seguida en España por Martí (47) y Landrove (48), de que el proceso no es más que un instrumento que es vehículo de intereses sustanciales, y que son estos entonces los protegidos. Una afirmación no va en contra de la otra, es cierto que es vehículo de intereses sustanciales, pero eso no quiere decir como lo demuestran los delitos contra la Administración de Justicia, que el instrumento mismo no pueda ser protegido como bien jurídico en cuanto es constitutivo de determinadas relaciones entre los sujetos que pueden ser muy valiosas para la configuración de la vida social. Por otra parte eso no quiere decir que no se protejan intereses sustanciales a los que pueda servir de vehículo el proceso.

Ahora bien, pero en el caso concreto que nos ocupa, que es el delito de quiebra, esos intereses sustanciales son los derechos subjetivos de los acreedores y esos sólo pueden tener una protección civil o mercantil, pero no una penal, si es que no se quiere caer en la prisión por deudas o en una confusión entre objeto jurídico protegido en el Derecho civil y el Derecho penal. En eso tienen razón Nuvolone y Artz/Weber, de ahí que tengan que construir el delito de quiebra sobre la protección de lo que el proceso concursal mismo significa. Pareciera que no cabe otra solución, ya que los intereses sustanciales no pueden ser protegidos por el Derecho penal en este caso, ellos no pueden darle una fundamentación al injusto del delito de quiebra. Luego si es así, los hechos constitutivos del delito de quiebra sólo podrían fundamentarse en la significación del proceso concursal mismo, en cuanto hay un interés público en que los acreedores vean satisfechos sus créditos mediante el ejercicio de los medios jurídicos de que disponen y es eso lo que sería afectado por el deudor insolvente.

Ahora bien, sin embargo, ésta conclusión pareciera discutible desde diferentes puntos de vista. En primer lugar, ello significaría que siempre el proceso destinado a hacer cumplir una obligación, cualquiera que ella sea (de dar, hacer o no hacer) tendría que estar protegido penalmente respecto del deudor que de algún modo se colocó en situación de no cumplir —por supuesto considerando de modo aparte las estafas, simulación de contratos o cualquier otro ataque de carácter patrimonialista—. Se trataría simplemente del interés público de que todo deudor deba cumplir su obligación.

En el fondo, con ello, de modo oblicuo o subrepticio se llega nuevamente a la prisión por deudas: lo que importa es asegurar pe-

(46) *Ob. cit.*, p. 23.

(47) *Ob. cit.*, p. 51.

(48) *Ob. cit.*, p. 128/129.

nalmente al acreedor que la deuda será cumplida. Ciertamente si los intereses sustanciales, los derechos subjetivos del acreedor, tienen una naturaleza puramente civil, desde el punto de vista de la protección no se ve por qué el proceso público para hacerlos efectivos va a transformarlos en bien jurídico. Por otra parte, en lo cual tiene razón Antoliese (49), ello querría decir que el delito de quiebra no podría fundamentarse sobre hechos anteriores al proceso concursal, lo cual, sin embargo, es legislativamente falso, ya que justamente la mayoría de los supuestos de la ley se refieren a hechos anteriores. Más aún, consecuentemente, habría que concluir que si el interés público procesal es el bien jurídico protegido en el sentido de llevar a cumplimiento las pretensiones de los acreedores, ello querría decir que la declaración de quiebra tendría que ser constitutiva del injusto y no una simple condición objetiva de punibilidad como lo plantea Nuvolone (50).

En definitiva, la Administración de Justicia y en concreto la función del proceso concursal no puede ser el bien jurídico protegido en el delito de quiebra, ya que no logra explicitar una fundamentación de la protección y tampoco por ello mismo permite una adecuada tipificación de este delito.

2.2.3. *El tráfico comercial*

Hasta ahora, las dos vías macrosociales examinadas al rechazarse el planteamiento patrimonialista, desvinculan al delito de quiebra de su raíz económica, con lo cual en cierto modo dan la espalda a la significación socioeconómica de la quiebra y el delito de quiebra. Con lo cual también pueden ser objeto de la crítica fácil por parte de las llamadas posturas «individualistas»: «Nos parece que quien no quiera cerrar los ojos delante de la realidad y ponerse en contradicción con el buen sentido, no puede dudar que la ley protege, ante todo, los intereses patrimoniales de los acreedores.» (51)

El autor que mejor ha precisado este bien jurídico es Pagliaro, para quien si bien en general bien jurídico sería la economía, como se trata de un concepto muy amplio, habría que precisarlo y de ahí que estime que «la bancarrota debe ser colocada entre los delitos lesivos del ordenado ejercicio del comercio» (52). Aquí la expresión «ordenado» adquiere un rol fundamental, ya que plantea la vinculación económica de este delito, se trata de aquel ejercicio del comercio adecuado a las reglas económicas que rigen el sistema. El delito de quiebra es, pues, un delito que ataca un determinado modo de desarrollo

(49) *Ob. cit.*, p. 22; cfr. LANDROVE, Gerardo: *ob. cit.*, p. 128.

(50) *Ob. cit.*, p. 32.

(51) *Ob. cit.*, p. 23.

(52) PAGLIARO, Antonio: *Il delitto di bancarotta*. Palermo, 1957, p. 37.

sano de un cierto modelo económico, el del libre mercado. No se trata, pues, de una consideración jurídica del bien protegido, como en cierto modo aparece cuando se habla de la fe pública y sobre todo de la Administración de Justicia, sino de poner de relieve el aspecto económico, que en cierto modo también aparece mediamente en todas las consideraciones patrimonialistas de este delito. A la inversa de Delitala, aquí lo mediato para él (53), pasa a ser lo inmediato en la protección.

A pesar de que en este planteamiento el acento está más de acuerdo con la realidad socioeconómica que todos reconocen en el transfondo del delito de quiebra y que sería el motivo de la criminalización de tales hechos, esta conceptualización del bien jurídico pareciera, por una parte, muy estrecha y, por otra, muy amplia.

Muy estrecha, porque en la actualidad el problema de la quiebra, como ya hemos dicho, no se puede ligar exclusivamente al comercio, entendido éste como una actividad económica distributiva. Hoy la quiebra no está en relación con el comercio y los comerciantes exclusivamente, conceptos propios de una época mercantilista en la concepción de la economía, sino con la actividad empresarial y los empresarios. La quiebra puede referirse a cualquier actividad empresarial en todo el ámbito de la economía, de producción, financiación, distribución aun de consumo en ciertos casos. Luego, el bien jurídico protegido no podría ser el «ordenado ejercicio del comercio», sino en todo caso el «ordenado ejercicio de la actividad empresarial».

Pero, por otro lado, este concepto de bien jurídico es demasiado amplio, ya que la ordenada actividad empresarial va mucho más allá de la problemática de la quiebra. Parecería ilógico que sólo se recogieran ciertos aspectos de tal orden para ser sancionados y especialmente desde una perspectiva jurídica y no económica. Pero, además, el concepto orden es demasiado vago e impreciso y se prestaría para la arbitrariedad; mas aún pareciera con ello sólo denotarse un aspecto de carácter administrativo y, por tanto, una confusión entre el derecho penal criminal y el derecho penal administrativo, lo cual va en contra del principio de que el derecho penal criminal es extrema ratio.

Por último, si la quiebra es una circunstancia connatural a la esencia de una empresa —es decir, que siempre puede darse un fracaso empresarial y, por tanto, un determinado desorden está siempre presente, pues nunca se podría imaginar una actividad empresarial totalmente preestablecida y fija, sino siempre en relación con nuevas circunstancias—, ello quiere decir que tampoco el concepto de orden puede fundamentar adecuadamente el delito de quiebra. En otras palabras, si así fuese se estaría penalizando la empresa como tal y contradiciendo las bases mismas del sistema.

(53) L'oggetto, *ob. cit.*, p. 842.

En suma, «el ordenado ejercicio del comercio» no puede ser el bien jurídico en el delito de quiebra y tampoco, por tanto, puede servir de base para su tipificación.

2.3. La quiebra como delito socioeconómico

2.3.1. Análisis de la doctrina

El planteamiento socioeconómico de este delito se encuentra ya en Carrara, quien con razón destaca que «La índole de delito social es tan inherente a la bancarrota, que sería muy difícil sostener su carácter punible si se le despojara del fin de defender un bien social» (54). Y, por otra parte, con gran acierto, destaca al crédito como elemento básico económico dentro del sistema social: «Al mercader que en el sitio mismo donde se producían los objetos hacía amplia recogida de ellos para reservarlos a las peticiones de otras personas, no siempre le bastaba el capital propio y con frecuencia tenía necesidad del crédito de los productores. El empresario o director de transportes tenía también necesidad de crédito, pues era imposible pretender de él un depósito equivalente al valor de las mercancías de tierras lejanas al lugar destinado para venderlas, no podía exigírselo en justicia ningún anticipo de capital anterior a su llegada y entrega efectiva, o que precediera a la reventa que después se haría por menor a los consumidores o a otros comerciantes de segundo orden; así, pues, también él tenía necesidad de crédito» (55).

Muchos han sido los autores que han defendido esta posición ya apuntada por Carrara, señalando en forma general que el delito de quiebra ataca la economía pública y en forma precisa la economía crediticia. Entre ellos hay que citar a Candian, para el cual desde un punto de vista general y primero este delito hay que asignarlo dentro de «la categoría de aquellos que lesionan la pública economía» (56) y en concreto dentro de éstos a aquellos que lesionan la «economía crediticia» (57). En el mismo sentido se pronuncia D'Avack, esto es, que en general la economía es el criterio sistematizador en este delito y que el bien jurídico atacado en forma precisa es la economía crediticia (58).

(54) *Ob. cit.*, p. 54.

(55) *Ob. cit.*, p. 53.

(56) CANDIAN, Aurelio: *Della bancarotta*, en «Rivista di Diritto Commerciale», 1935, t. I, p. 218 («El problema de la clasificación en abstracto yo la resolvería asignando el delito a la categoría de aquellos que lesionan la economía pública»).

(57) *Ob. cit.*, p. 219 («Se debiera incorporar en el Código penal una clasificación orgánica que exigiría que se crease un capítulo del título VIII (de los delitos contra la economía pública, la industria y el comercio), dedicado justamente a los delitos contra la economía del crédito»).

(58) D' AVACK, Carlo: *La natura giuridica del fallimento*, Padua, 1940, p. 20 ss. (23, 33).

Por otra parte, también se ha visto que aquellos autores que desde una visión pluriofensiva tratan de superar los problemas con que se enfrentan las posiciones exclusivamente «individualistas», justamente se refieren a la economía pública y en específico al crédito. Así, por ejemplo, Antoliesei: «No obstante todo lo que hemos dicho, la teoría que predomina entre los penalistas no nos parece del todo satisfactoria. Su defecto, a nuestro modo de ver, consiste en contemplar en forma estrecha y unilateral el fenómeno de la insolvencia, pues olvida considerar las graves repercusiones que tal fenómeno produce en la economía general... y, consiguientemente, el perjuicio que se deriva para la normalidad de los negocios y para la confianza en el ejercicio del comercio; en una palabra, para el crédito público» (59). En el mismo sentido se expresa Tiedemann en Alemania, para el cual «El patrimonio financiero del acreedor y el funcionamiento de la economía crediticia son puntos de vista de igual rango en la protección del bien jurídico... luego se protege el crédito como instrumento del moderno tráfico económico» (60).

También en España, aunque desde una perspectiva de *lege ferenda* se ha destacado el aspecto socioeconómico de este delito. Así, Landrove señala: «En estos tipos en que el sustrato económico de los mismos ha sufrido tan serias mutaciones se impone una profunda revisión, ya que su actual redacción, ya centenaria, ha sido pensada para realidades sociales hoy absolutamente perclitadas. Ello traería, en consecuencia, a un primer plano de la cuestión el resultado lesivo de dimensión social, que hoy se ignora desde el plano legislativo, y otorgaría especial trascendencia al detrimentio de la economía nacional, por ejemplo» (61). Palabras semejantes se encuentran en el monografista del tema Carlos Viladás, para quien: «La relación social fundamentada en la propiedad y enmarcada en un contexto de liberalismo exacerbado sobre la que se construía en materia de quiebra la tutela penal de la integridad del patrimonio es obsoleta. *El cambio operado en las relaciones sociales* —en parte por la transición del Estado liberal al social de derecho— obliga a considerar otros objetos de protección.» (62), y más adelante agrega: «Acaso haya llegado el momento de hacer un uso alternativo de la institución de la quiebra guardando sus líneas maestras inherentes al sistema económico vigente, pero despojándola al máximo de su carácter privilegiado, ajustándose en suma al modelo económico que consagra la Constitución española de 1978.» (63).

(59) *Ob. cit.*, p. 24.

(60) *Ob. cit.*, intr. 283, n. 54.

(61) *Ob. cit.*, p. 147.

(62) VILADÁS JENE, Carlos: *Los delitos de quiebra. Norma jurídica y realidad social*. Península, Barcelona 1982, p. 49.

(63) *Ob. cit.*, p. 51.

Ahora bien, las críticas que se han formulado en contra del planteamiento socioeconómico de la quiebra, resultan poco sostenibles, sobre todo si en definitiva, como hemos visto, se termina reconociendo que las perspectiva socioeconómica está siempre presente en el delito de quiebra. Así, por ejemplo, la crítica de Delitala (64) de que el bien jurídico en este delito desde un punto de vista dogmático sólo puede ser el patrimonio y que toda otra consideración es de carácter político criminal —argumento que está presente en todos los contradictores de una perspectiva macrosocial—, se asienta sobre una falsa base en el análisis del bien jurídico. Ya que éste si tiene algún sentido para la teoría del delito es desde una consideración político criminal, ya que una consideración inmanentista del bien jurídico, esto es, como algo que ya está y surge de la norma, se confunde con la ratio de la norma misma y, por tanto, no presta utilidad alguna (65).

El bien jurídico tiene justamente sentido y puede entonces fundamentar y cumplir al mismo tiempo un límite a la intervención punitiva del Estado, en cuanto está más allá del sistema, es decir, desde una perspectiva político-criminal. Por eso los bienes jurídicos están en constante revisión y redefinición y no sólo los nuevos, sino también los tradicionales, como la vida, la salud personal, la libertad, el honor —así bastan como ejemplos, toda la nueva problemática de la intimidad, de la libertad sexual, de la legalización de ciertas formas de aborto, el resurgimiento del problema de la eutanasia bajo la forma de la muerte digna, las cuestiones que provoca la fecundación in vitro y la ingeniería genética, etc.—.

El bien jurídico no es, pues, una categoría dogmática en el sentido tradicional, es decir, que sus raíces son puramente conceptual normativas, sino que primeramente es un problema político-criminal, que recibe una precisión conceptual normativa y tiene por ello mismo una función fundamentadora del injusto. Lo cual es justamente ratificado por el estudio de los delitos en particular. Si no se determina el bien jurídico resulta muy difícil distinguir una figura delictiva de otra. Se producen confusiones y, en último término, arbitrariedades, ya que el ciudadano no puede nunca saber a ciencia cierta qué está prohibido y por qué.

Por tanto, cuando se dice, como Delitala (66) que el bien jurídico inmediatamente protegido es el patrimonio y que mediante la economía, habría que discutir las bases mismas de tal afirmación. Cuando se habla de bien jurídico inmediato desde un punto de vista conceptual dogmático, se hace un análisis puramente formal, ya sea en razón del título o capítulo en que está situado el delito, o bien, en

(64) L' OGETTO, *ob. cit.*, p. 842.

(65) Ver BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Derecho penal*. P.G., 3.^a edic. Ariel, Barcelona, 1989, p. 47.

(66) L' OGETTO, *ob . cit.*, p. 169.

virtud de una pura analogía interpretativa con otros textos redactados en forma similar. Así ocurrió, por ejemplo, durante mucho tiempo con la violación o los antiguos abusos deshonestos, los cuales desde tal perspectiva se entendía que atacaba a la honestidad y no a la libertad sexual. Lo mismo sucede con el delito de quiebra, a pesar de que se reconoce el ataque a la economía, sin embargo, por cuestiones puramente formales, se llega a que es un delito contra el patrimonio. Lo que en definitiva no sirve para la delimitación del injusto y por eso las confusiones con ilícitos puramente civiles o con los riesgos propios a toda actividad empresarial, como en el caso de la insolencia (67). O bien, se tiene que propiciar el carácter de «unidad jurídica» de la quiebra, esto es, que absorbe todas las demás figuras contra el patrimonio que surjan entre el deudor insolvente y sus acreedores (68), lo cual puede ser en general un privilegio —difícil de entender hoy en que la ley ha de ser igual para todos y, por tanto, no se podría discriminar favorablemente en razón de la calidad social de comerciante o empresario—, pero también en ciertos casos puede ser una discriminación desfavorable, ya que lo que respecto de otro podría ser una simple estafa o simulación de contrato o falsedad, se convierte para él en delito de quiebra, con todas las consecuencias universales que ello lleva consigo para el quebrado. Este tipo de contradicciones evidentes y sin posibilidad de explicación son las que surgen si se considera el delito de quiebra desde un punto de vista puramente formal como un delito contra el patrimonio. Luego, entonces, ello tiene que llevar necesariamente a la conclusión que lo esencial en el delito de quiebra no es lo que se dice «inmediato» —que es puro espejismo o reflejo analógico de otras situaciones—, sino lo que se llama «mediato». De ahí, que los autores que han pretendido superar estas contradicciones han recurrido al criterio ecléctico de la plurifonsividad (69), en que justamente el criterio económico viene a servir de elemento que salva las críticas a los fallos inherentes al criterio «individualista». Pero si eso es así no se ve entonces el sentido y la función que cumple ésta última perspectiva, más bien parecería una concesión gratuita a una sistemática del código o bien al legislador histórico o a la concepción dominante.

En suma, las críticas a la determinación económica del bien jurídico en el delito de quiebra no logran tener una sustentación firme, aún aquellas más agudas y penetrantes como las de Delitala, pues,

(67) Así en BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 169.

(68) Cfr. LANDROVE, Gerardo: *ob. cit.*, p. 270 («En efecto, la multiplicidad de los hechos de quiebra da lugar a un delito único y no a singulares delitos, a pesar de que se hayan satisfecho las precisiones lícitas de diversos supuestos en los que se contempla la quiebra punible y cada uno de ellos sea en sí suficiente para aquella clasificación»).

(69) Cfr. ANTOLISEI, Francesco: *ob. cit.*, p 21 ss.

surgen de una concepción equivocada o unilateral respecto del bien jurídico.

2.3.2. Conclusión: El bien jurídico es el sistema económico crediticio

Como ya se ha analizado, el problema de la quiebra surge en un estado del desarrollo social en que aparece un sujeto como intermediario básico entre productores y consumidores y ese intermediario da la imagen que es el generador de la riqueza, se trata del comerciante. Eso se ve con claridad en el apogeo de Roma, en los momentos cúspides de la Edad Media, con sus poderosas y ricas ciudades libres —ya sea en el Mar del Norte, en el Mediterráneo o por donde pasaban las grandes rutas comerciales— y también en los nacientes Estados modernos en los siglos XVI, XVII y XVIII.

Pero la irrupción de éste nuevo grupo social sólo era posible en cuanto se produjera una reestructuración del sistema económico, especialmente de carácter financiero: moneda, bancos, medios de pago indirecto (documentos que acrediten dinero: pagarés, letras, cheques, etc.); en definitiva, en base a todo lo anterior se trata de la concepción del crédito como pieza esencial del sistema económico financiero. Ahora bien, esta pieza esencial del sistema económico financiero aparecía «naturalmente» ligada a la actividad de individuos particulares, eran ellos los creadores de la riqueza, eran ellos los que utilizaban el crédito. En otras palabras la riqueza de un país se identificaba con la riqueza de los individuos y en especial de los comerciantes. Se producía una confusión entre sistema económico y propiedad o patrimonio de los individuos. Por eso, el sujeto no libre (el esclavo, el siervo, etc.) se caracterizaba por no tener propiedad o patrimonio, de no participar en el sistema económico, de no ser libre, el sujeto valía lo que poseía. Planteamiento que sigue aún presente ya terminada la era mercantilista, de ahí el pensamiento censitario de los inicios del Estado democrático, en que se planteó el voto sobre la base de la propiedad, es decir, se es ciudadano plenamente —hombre libre—, si se posee algo.

Es ésta situación la que a su vez lleva a la confusión de la institución del crédito, como elemento vital del sistema económico financiero, con el crédito como el problema jurídico económico del derecho del acreedor a la satisfacción de una determinada prestación evaluable en dinero en su patrimonio. De ahí entonces que la quiebra se visualizara como el delito contra el patrimonio. Pero, entonces, en virtud de ésta confusión entre el funcionamiento del sistema y lo microsocial. Con lo cual implicitamente se señalaba que la quiebra atacaba al mismo tiempo el patrimonio y el funcionamiento del sistema económico. De ahí la transcendencia que se le dió al delito de quiebra en relación a otros delitos contra el patrimonio, pues se atacaba la

institución del crédito, sobre la cual se fundamentaba todo el sistema. Por eso mismo, la quiebra fue un hecho de los iguales, esto es, de los hombres libres, de los que podían poseer y generar la riqueza de un país. De ahí las penas tremendas y elevadas (70), que aún podían consistir en dejar de ser un hombre libre, pues dicha persona había dado pruebas de no tener capacidad para poseer, de crear riqueza. Dentro de una tal concepción de la riqueza no era entonces extraño que hubiese quiebra del comerciante y del no comerciante. Si bien es cierto que el comerciante era quien aparecía como el sujeto predilecto de éste sistema, también había otros sujetos libres, poseedores, y que se aprovechaban del sistema crediticio y que podían entonces también afectarlo, aunque fuese en menor medida, ya que no eran el instrumento básico del sistema crediticio. De ahí que también la quiebra alcanzase al deudor no comerciante, aunque siempre con penas menores. Y a medida que se profundizó en la determinación de la razón de ser de la incriminación, esto es, la perspectiva económica financiera, su situación fue siendo cada vez más marginal o bagatilizada desde una perspectiva incrimadora. Esta situación y éste proceso en relación al deudor no comerciante no tiene posibilidad alguna de explicación para aquellos que sostienen posturas exclusivamente patrimonialistas, pues, consecuentemente con ellas habría que decir que no hay diferencias en uno y otro caso; en ambos se ha atacado el patrimonio del o de los acreedores, que se han visto afectados en sus derechos de crédito, y el deudor ha dispuesto injustamente de su patrimonio. Desde un punto de vista estricto patrimonialista aparece como una contradicción insalvable el diferente tratamiento de uno y otro sujeto; ello sólo se puede entender y fundamentar si se utiliza una visión macrosocial del problema.

También sólo desde un perspectiva macrosocial se puede entender el carácter de unidad jurídica del delito de quiebra o en otros términos su carácter universal. Si sólo fuese un problema microsocial, el del patrimonio, no se entendería el por qué de tal universalidad, por qué aparecía comprometido el sujeto en cuanto persona y por ello la totalidad de sus haberes y hechos en relación a él. Ello resultaría contradictorio con la naturaleza y sentido de los delitos contra el patrimonio, que jamás pueden tener un carácter total. Hay una contradicción evidente entre una concepción patrimonial de carácter micro-social y una visión universal de la quiebra. Ello sólo tiene explicación en la medida en que el sujeto está afectando el funcionamiento del sistema, en que ha fracasado como actor del sistema, como hombre libre, con capacidad de poseer y generar riquezas. Por eso, antiguamente el quebrado era degradado en su condición de igual, de perso-

(70) Cfr. BISBAL MÉNDEZ, Joaquín: *la empresa en crisis y el derecho de quiebras*, Bolonia 1986, P. 94 s.

na o actor del sistema, de hombre libre (71). Si la quiebra afectaba el funcionamiento del sistema, era también lógico darle un carácter universal, totalizador.

Por último, sólo así es además explicable otra característica destacada por todos los autores, esto es, que en el delito de quiebra se trata de *actos del sujeto sobre su propio patrimonio* (72) —como sucede en otros delitos macrosociales, como el delito fiscal o el daño sobre cosa propia de utilidad social—. Resulta sumamente extraño dentro de una concepción patrimonialista de autonomía de la voluntad que se puede incriminar los actos de disposición sobre el patrimonio, es una contradicción con todo el sistema jurídico. Por principio y por esencia los actos de disposición sobre el patrimonio, cualquiera que sea, tienen que ser lícitos. Así, por ejemplo, resultaría absurdo y sin sentido la incriminación de la destrucción de la cosa propia, por eso el artículo 562 del Código penal sólo puede configurar un tipo penal sobre tal hecho en cuanto lo protegido es un proceso de redistribución del uso de determinados bienes. Ciertamente sería un absurdo total pensar que en este caso se está protegiendo la propiedad del sujeto, ya que lo fundamental del derecho de propiedad es la capacidad de disposición, lo que implica en último término la posibilidad de destruir la cosa. De ahí que sólo formal o conceptualmente se podría decir que lo protegido es el patrimonio, por una razón sistemática de ubicación del artículo 562; pero materialmente o desde un punto de vista político criminal, el bien jurídico es de carácter económico público y, por eso, con razón la Propuesta de Anteproyecto del Código penal de 1983 lo sitúa entre los delitos socioeconómicos. En esta misma línea de pensamiento se encuadra el planteamiento de que no se puede castigar los actos del deudor sobre su propio patrimonio, pues eso sería negarle su derecho de disposición sin fundamento alguno plausible. Sólo es posible el castigo al deudor —como al dueño de la cosa—, si uno se sale del nivel microsocial, para plantearse el problema desde la perspectiva macrosocial, esto es, del funcionamiento del sistema. Ello en razón a que se está afectando a un bien que es de interés para todos y cada uno de los que intervienen en el sistema económico social de libre mercado a través de la institución económica del crédito, *luego tanto es de interés para los acreedores como también para el deudor*. La configuración de la empresa (73) (y del propio mercado), su desarrollo y ampliación,

(71) En el transfondo estaba la misma idea de los delitos contra la Seguridad del Estado, un planteamiento de tipo de autor, de naturaleza caracteriológica, ese comerciante era un traidor (un desleal) al sistema —de ahí que no debía ser libre—; eso está también en el transfondo del planteamiento del deber (de lealtad) del deudor con el acreedor.

(72) Cfr. ROY FREIRE, Luis: *Derecho penal Peruano*, T. III, Parte Especial, Lima 1983, p. 283 («el castigo de ciertos actos de disposición efectuados por el deudor sobre su propio patrimonio,...»).

(73) Cfr. BISBAL, Joaquín: ob. cit., p. 44 ss.

conforme al sistema económico imperante, sólo es posible mediante la institución del crédito. De ahí que es necesario protegerla, aún también en consideración al deudor y, por eso, aunque sus actos de disposición en principio no parecería que pudiesen constituir un ilícito, sí que lo pueden ser cuando atacan esta institución —es lo que sucede también en otros delitos socioeconómicos, como en el caso del delito fiscal (74)—. Si no se quiere hacer pura ideología, del mismo modo como no tiene sentido sólo proteger la salud personal y no la salud pública tampoco tiene sentido proteger sólo el patrimonio y no proteger el sistema económico crediticio.

Desde un punto de vista histórico aparece claro que el delito de quiebra fue siempre un delito económico y seguramente el primero y el delito económico por excelencia, sin parangón en la actualidad, justamente por la confusión entre la economía pública y la privada.

Ahora bien, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XIX se produjo cada vez más una mayor determinación de la economía pública, en virtud de la necesidad de intervención del Estado en la economía y, por tanto, una mayor precisión respecto al sistema o modelo económico en cuanto tal y sus necesidades y limitaciones. De ahí que nazca también el derecho económico y que se inicie el desarrollo del delito económico y del delincuente económico, el que va contra el sistema (75). Por otra parte y como producto de la evolución del sistema económico, el comerciante, como concepto y realidad, aparece desplazado por el empresario. Es la actividad empresarial la que puede afectar el sistema o modelo y en concreto el sistema crediticio, es por ello que la quiebra está en relación al empresario —en ese sentido desde otra perspectiva cobra validez la quiebra del no comerciante, en cuanto un empresario puede no ser comerciante desde un punto de vista material—. Por eso que en propiedad la quiebra es una institución que dentro del amplio concepto del derecho económico dice relación en concreto con el derecho de la empresa y en ese sentido también el delito de quiebra (76).

Sin embargo, esta evolución del sistema económico que ya desde fines del siglo pasado empezó a tener gran influencia y desarrollo en otras ramas del derecho y también en la criminología, ha tenido en el campo del Derecho penal una evolución trabajosa, difícil y con

(74) En el delito fiscal también sería absurdo pensar que lo que se castiga son los actos del deudor sobre su propio patrimonio, ya que se trataría nuevamente de una limitación al derecho de disposición, sino lo que se castiga es el ataque mediante esos actos de un bien jurídico macrosocial: el proceso de ingresos y egresos del Estado (véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *bien jurídico y tipificación en la reforma de los delitos contra la hacienda Pública, en los delitos contra la Hacienda Pública*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 21 s.).

(75) Cfr. VILADAS JENE, Carlos: *la delincuencia económica, en Pensamiento Criminológico II*, Península, Barcelona, 1983, p. 273.

(76) Cfr. BILBAL, Joaquín: *ob. cit.*, p. 19 ss.

muchos altos y bajos. Al penalista le cuesta elevarse sobre los bienes jurídicos tradicionales. Más aún, las cuestiones económicas por su lejanía con los temas que trata, le cuesta aprehenderlas y le resultan sumamente complejas, con lo cual entonces siempre ha ido por el camino más fácil, tratar de ampliar los bienes jurídicos tradicionales a estas nuevas figuras, en especial al patrimonio, con las consiguientes contradicciones, imprecisiones y arbitrariedades que ello significa. Lo cual, en definitiva, va en desmedro de la ley, pues anula su eficacia. La doctrina predominante no ha considerado esta evolución que se ha producido en el análisis económico y jurídico en general, y sobre la base de aquella primitiva confusión entre el sistema y lo microsocial ha seguido considerando el delito de quiebra un delito contra el patrimonio. Pero si antes tal posición era comprensible en virtud de la confusión existente entre lo macrosocial y lo microsocial, aunque materialmente era evidente que se trataba de un delito contra el sistema económico, hoy que tal confusión ha desaparecido, tal posición resulta insostenible.

De modo alguno en el delito de quiebra lo protegido es el patrimonio del acreedor o de todos los acreedores presentes o futuros, no es eso lo protegido, pues el deudor tiene el derecho de disposición sobre sus bienes y sus actos sobre él no pueden constituirse en delito, y en todo caso, si ello sucede en un caso concreto, existen otro tipo de delitos que cubren tales hechos (simulación de contrato, estafa, etc.). No se puede configurar un tipo legal en relación a actos sobre el propio patrimonio, eso querría decir que el Derecho penal estaría creando un ilícito propio, en contradicción con todo el resto del ordenamiento jurídico, ya que la teoría de la antijuricidad o ilicitud es única para todo el derecho: el Derecho penal sólo configura tipos penales, pero no ilicitudes. La ilicitud o antijuricidad surge de una consideración del ordenamiento jurídico en su conjunto. Base de esta consideración global es justamente el bien jurídico. Por eso que una errada concepción del bien jurídico en un delito determinado llevará siempre consigo este tipo de contradicciones. El patrimonio aparece, por eso, como un falso bien jurídico en este caso y, de ahí, que entre sus propios partidarios surgen dudas de si es posible el castigo de estos hechos (77).

En la actualidad el bien jurídico sólo puede inferirse desde el sistema socioeconómico, de ahí que el P.80 tuviese razón, al contrario de la PANCP 1983, al incluir este delito entre los socioeconómicos. Lo que se afecta es una determinada concepción del sistema o modelo económico y de sus implicaciones sociales. Para la existencia de un sistema de economía social de mercado, resulta indispensable la institución crediticia en el ámbito financiero del desarrollo empresarial.

(77) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESAS, *ob. cit.*, p. 485 s.

Sin ella no sería posible la configuración global de un sistema que no se puede regir sobre el pago al contado o el trueque y en que todos los sujetos (empresarios, empleados, obreros, consumidores, Estado) están en relación de dependencia de este sistema crediticio. Por tanto, en el sistema crediticio financiero participan cada uno y todos los sujetos del sistema económico social. Están permanentemente y constantemente vinculados y afectados por tal sistema crediticio. Su quehacer ordinario está ligado a tal modelo de vida económica social. Su perturbación es grave para el quehacer social, y en ese sentido, en principio aparece razonable la intervención del Derecho penal dentro de una concepción de extrema ratio (78).

El delito de quiebra afecta, pues, el sistema crediticio, la limpieza del sistema económico social de mercado. Haciendo un parangón con los delitos contra la competencia, que pueden referirse a la competencia libre o limpia, se puede decir que el ataque al sistema financiero crediticio afecta el limpio sistema social de mercado, su trasparencia frente a todos los sujetos. En una línea de consecuencia con este planteamiento y dado que el fundamento de la punibilidad está dado por la afección al sistema económico crediticio, habría que concluir que tal afección es lo distintivo, más allá de si hay quiebra o no (con lo cual se abarca en definitiva el real trasfondo del delito de alzamiento de bienes), y se logra una verdadera autonomía del Derecho penal y una total precisión de un hecho delictivo dentro de una economía limpia social de mercado.

Estos planteamientos no son sólo de lege ferenda, en cuanto implican una futura reestructuración total de esta materia en el Código penal, sino también de lege lata. Es decir, que hay que interpretar que los artículos 520 y ss. (y también el artículo 519) están referidos a la protección del sistema económico-financiero crediticio y no del patrimonio. El hecho que por una mala técnica legislativa el legislador se refiera en la quiebra a hechos que pueden constituir otros delitos particulares (falsedad, estafas, simulación de contrato, etc.) y que implique la aplicación del criterio de absorción llegado el caso (artículo 68), no obsta a tal planteamiento. Ello sólo significaría que según el caso concreto podrá darse la absorción ya sea por el delito de quiebra o por el otro delito particular, si tiene pena más grave, o que si hay muchos hechos delictivos, se den además de posibilidades de absorción, los correspondientes concursos reales e ideales, o bien, por último, si no se da ningún otro delito particular, que estaremos en forma precisa y clara ante el puro delito de quiebra, que no es un delito contra el patrimonio, sino contra el sistema económico-financiero crediticio (79).

(78) Cfr. VILADÁS, Carlos: *ob cit.*, p. 50 ss., 53 ss.

(79) Aunque la PANCP 83 mantuvo el delito de quiebra entre los delitos contra el patrimonio, dejó, sin embargo, más clara la incongruencia con este bien jurídico,

3. EL BIEN JURIDICO Y NECESIDAD DE INCRIMINACION DE LA QUIEBRA

Una vez resuelto el problema del bien jurídico en el delito de quiebra, la cuestión que tenemos que formularnos es si tiene sentido la incriminación del delito de quiebra, si es ello necesario en cuanto que el Derecho penal es *extrema ratio*. Frente a ello surgen las siguientes observaciones: a) a pesar de la gran cantidad de quiebras, son pocos los procesos por quiebra y menos aún los que han terminado en sentencia condenatoria en toda la historia del delito de quiebra; b) la quiebra de una pequeña empresa no parece tener incidencia en el sistema económico crediticio; c) si la quiebra está referida hoy a los emprendedores y a la empresa, ella aparece como una crisis de la empresa, que a menudo implica medidas para salvar empresas viables (e indispensables o necesarias para el sistema económico), con lo cual, el delito de quiebra sólo podría entrar a perturbar este proceso para salvar la empresa (80).

Consideremos la primera observación, referente a las pocas condenas por delito de quiebra. En principio ello no tendría por qué preoclar, todo lo contrario. Si se es consecuente con el principio de que el Derecho penal es *extrema ratio*, ello no sólo debe llevar a que las incriminaciones sean pocas, sólo los hechos sumamente graves, sino necesariamente a que los procesos deben ser pocos. *El principio de extrema ratio ha de tener relevancia tanto penal material como procesal.* Precisamente lo contrario, esto es, el que haya demasiados procesos en relación a ciertos hechos ha de poner en duda que el Derecho penal es *extrema ratio* y que realmente se esté incriminando los hechos más graves (o bien, que no se protegen bienes jurídicos, sino determinadas políticas económicas, culturales, sociales, etc. y que, en definitiva, se está encubriendo con el Derecho penal determinados déficits del sistema).

Pero más allá de lo anterior, lo que preocupa es la certidumbre de la existencia de mucho delitos de quiebra y que estos no se persigan. Esto dice relación con la última observación, esto es, que el problema de la quiebra está referido a la crisis de la empresa y que a menudo se trata justamente de superar tal crisis y no de ahondarla, es por eso que nos remitimos a su análisis.

En cuanto a la segunda observación, esto es, que si la quiebra está referida al sistema económico crediticio y a la actividad empresarial —con lo cual hay que descartar los términos de comerciante y

pues destruye la llamada unidad jurídica de la quiebra, dado que se puede perseguir los delitos singulares de modo independiente (artículo 256.3) y, además, reduce ostensiblemente la pena, con lo cual resulta necesario averiguar qué es lo afectado, que ciertamente no puede ser el patrimonio.

(80) Cfr. BISBAL, Joaquín: *ob. cit.*, p. 25 ss., 281 ss.

no comerciante, que no tiene sentido al respecto—, no hay duda que las actividades de una pequeña empresa no afectan al sistema económico crediticio o su afección resulta intrascendente para el sistema en su conjunto —que es lo que sucede con el deudor no empresario—. Luego, si se es consecuente con el principio de extrema ratio del Derecho penal, aparece como innecesaria la incriminación de tales hechos, bastando entonces con las sanciones mercantiles y administrativas que correspondan. Lo cual, además, se inscribe dentro de la perspectiva propia del Derecho penal económico, esto es, que lo distintivo en el Derecho penal económico es el abuso de una posición de poder (81). Sólo a partir de esta posición de poder en el mercado se puede justamente vulnerar el sistema, es por eso que no tiene sentido la incriminación del deudor no empresario o de empresas de poca envergadura. Este carácter distintivo de la delincuencia económica se tiende a expresar de un modo cuantitativo formal, es por eso que se da delito fiscal o de contrabando sólo a partir de determinado volumen económico. Algo parecido se puede adoptar en el caso del delito de quiebra o bien, y mejor, buscar fórmulas materiales, esto es, sobre la importancia de la empresa en el mercado —lo cual a su vez está en conexión con la última observación—.

La tercera y última observación es la que concierne más precisamente a la decisión sobre la necesidad o no de la incriminación de la quiebra. La tendencia del sistema económico imperante conduce a grandes concentraciones de capital y a que determinadas empresas tengan una gran importancia en el sistema y por ello mismo al caer en crisis de lo que se trata es salvar esa situación y no de ahondarla, justamente por los efectos negativos para el sistema y en definitiva para todos y cada uno de los sujetos participantes en él. Ciertamente el delito de quiebra, su persecución y la condena, lo único que pueden hacer en la actualidad es ahondar en la situación de crisis, y de ahí que todos (también los acreedores) traten de obviar el proceso criminal. De ahí la perplejidad que se produce en todos aquellos que consideran el problema sólo desde una perspectiva microsocial y no macrosocial, esto es, la certidumbre de que intencionadamente no se persiguen los delitos de quiebra.

El hecho de considerar que «La quiebra no es por sí misma un mal, aunque su historia esté repleta de biografías dramáticas. La quiebra es un hecho que debe estar presente en el horizonte estratégico del empresario.... La quiebra es algo inherente al mercado.... Algo que debe tenerse en cuenta en el mismo instante en que alguien decide iniciar una empresa o construir un imperio» (82), obliga a tener una visión completamente diferente del problema. La quiebra (la insolvencia) en sí lo único que revela es la crisis de una empresa y ciertamente

(81) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Derecho P. E.*, Ariel, Barcelona 1986, p. 308 s.

(82) BISBAL, Joaquín: *ob. cit.*, p. 25.

la actividad empresarial resulta indispensable para la subsistencia del sistema, por ello no resulta extraño que el objeto primordial, aun dentro de un procedimiento de quiebra, sea el de salvar todas aquellas empresas viables, más aún si han logrado una gran importancia dentro del sistema. Si esto es así tampoco entonces es extraño que se trate de obviar el proceso criminal, que tal como está hoy configurado dificultaría las medidas para salvar la empresa. Con lo cual nos encontraríamos entonces con que el delito de quiebra queda en la actualidad para las empresas inviables —o como a menudo sucede en el Derecho penal, para el más débil de todos, el pequeño empresario—. Ciertamente esto va en contra de todos los principios de un Derecho penal moderno, que se guía por el principio básico de la necesidad de la pena y de su proporcionalidad. Estaríamos ante un Derecho penal injusto, pues sólo se aplicaría a algunos y no a otros, una selectividad claramente discriminatoria.

Pero si miramos el problema desde la perspectiva macrosocial, en cuanto afección al sistema económico-financiero crediticio, habría que separar la empresa del empresario. La empresa es consustancial al sistema y a menudo ciertas empresas resultan indispensables para su mantenimiento y desarrollo; pero ello no es lo mismo respecto del empresario, que puede ser sustituido y que justamente su falta de previsión puede haber llevado a esa situación de crisis. La antigua concepción mercantilista entre el comercio y la economía, entre patrimonio y riqueza, entre insolvencia y sistema económico-financiero crediticio, ha hecho hasta ahora que la institución de la quiebra resulte poco flexible y desfasada de la realidad.

Se trata, pues, de utilizar el Derecho penal sólo para aquellos casos más graves, que si son tales también deben darse en contadas ocasiones. Luego, desde la perspectiva del bien jurídico, sólo abarcar situaciones en que un empresario de una empresa importante en el sistema económico, en una posición de poder, intencionalmente abusa del sistema económico-financiero crediticio —luego sólo castigar los hechos dolosos, pues ello concuerda con la perspectiva de que el Derecho penal es extrema ratio—. Ello está más allá de si la empresa es viable o no —para lo cual se deden arbitrar las medidas necesarias para que el proceso criminal contra el empresario no afecte el proceso de salvar a las empresas viables— y más allá de si hay quiebra o no —la cual sólo podría constituir una circunstancia agravante según el caso—.

En definitiva, en una perspectiva desde la necesidad de la pena, la incriminación de hechos contra el sistema económico-financiero crediticio han de quedar tajantemente reducidos, ya que en caso contrario la incrementación se convierte en pura ideología y el Derecho penal aparece como un sistema contradictorio, desfasado de la realidad, encubriendo procesos sociales y en una función simbólica exclusiva, de dar la impresión que el Estado se está preocupando por el proble-

ma. La incriminación ha de referirse sólo a los empresarios, exclusivamente a aquellos en que su actividad empresarial mantiene posiciones de poder dominante en el sistema económico y reducida a aquellos que intencionadamente abusan del sistema económicofinanciero crediticio. Sólo así la insolvencia puede adquirir algún sentido desde una perspectiva criminal. Todo lo demás ha de quedar entregado a las sanciones mercantiles y/o administrativas que corresponda.

El nuevo delito de participación con medios peligrosos en una riña confusa y tumultuaría

SUSANA HUERTA TOCILDO

Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Granada

I. ORIGENES DEL NUEVO ARTICULO 424 DEL CP

Una vez más asistimos, por obra y gracia de la Ley Orgánica 3/1989 «de actualización del Código penal», a un fenómeno de parcheado de nuestro vetusto instrumento punitivo. Ante la terquedad de los hechos, no vale la pena insistir aquí sobre la necesidad de evitar nuevas remodelaciones causantes de la aparición de profundas antinomias y discordancias, ni sobre la conveniencia de elaborar un completo texto de nuevo cuño. Me limitaré, pues, a comentar una de las importantes novedades introducidas en su Título VIII: me refiero a la derogación del artículo 408 del Código penal (1) y al nuevo texto del artículo 424 del Código penal (2), redactado ahora en los siguientes términos: *«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».*

La supresión de los delitos de homicidio y de lesiones en riña tumultuaría no constituye ciertamente una sorpresa en el tortuoso pro-

(1) El derogado artículo 408 del Código penal decía así: *cuando riñendo varios y acometiéndose entre sí confusa y tumultuariamente hubiere resultado muerte y no constare su autor, pero si los que hubieren causado lesiones graves, serán éstos castigados con la pena de prisión mayor. No constando tampoco los que hubieren causado lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubieren ejercido violencias en su persona la de prisión menor».*

(2) La antigua redacción del artículo 424 del Código penal era la siguiente: *«Cuando en la riña tumultuaría, definida en el artículo 408, resultasen lesiones graves, y no constase quienes las hubieren causado, se impondrá la pena inmediatamente inferior a la correspondiente a las lesiones causados a los que aparezcan haber ejercido cualquier violencia en la persona del ofendido».*

ceso de reforma sincopada a que actualmente se ven sometidas las leyes penales. Puede decirse, por el contrario, que era una pretensión largamente acariciada por la inmensa mayoría de nuestra doctrina. No es por ello de extrañar que tanto el proyecto de 1980 como la Propuesta de Anteproyecto de 1983 incorporasen alternativas al texto de los artículos 408 y 424 entonces vigente. Más adelante se verán cuáles eran las razones de la señalada insatisfacción doctrinal. Pero, lo que ahora interesa es observar las profundas diferencias existentes entre ambos modelos de reforma.

El artículo 172 del Proyecto de 1980 mantenía en principio la estructura típica característica de los delitos cometidos en los artículos 408 y 424 del Código penal (3). En lo relativo en concreto al homicidio en riña tumultuaria, no suponía grandes variaciones respecto del texto que aspira a sustituir. Seguían en efecto presentes los siguientes elementos: 1) La situación marco, descrita en términos de acometimiento plural de carácter confuso y tumultuario; 2) la exigencia que de la misma se hubiesen derivado una muerte o unas lesiones graves cuyo autor no constaba, y 3) la concurrencia de un comportamiento básico distinto de la mera participación en una riña confusa y tumultuaria. Pero, precisamente, en este último punto es donde cabía apreciar una importante diferencia en relación con el artículo 408 del Código penal. Pues, mientras que este precepto se limitaba a sancionar a aquellos participantes en una riña confusa y tumultuaria que hubiesen ocasionado lesiones graves o, en su defecto, cualquier tipo de violencias en la persona del muerto, el artículo 172 del Proyecto de 1980 hacía responsables a todos aquellos intervenientes que hubiesen «agredido» de una u otra manera a quien posteriormente resultaría muerto, sin distinguir entre la causación de lesiones graves o de simples violencias y sin ni siquiera solicitar que se hubiese producido un concreto resultado lesivo. Podía en consecuencia decirse que la verdadera novedad de esta propuesta consistía en que con ella se eliminaba la técnica «escalonada» de punición seguida en el artículo 408 del Código penal.

El texto del artículo 154 de la PANCP contenía, en cambio, toda un propuesta alternativa (4). A diferencia del anterior, este precepto prescindía ya a efectos de tipicidad de los elementos citados en segundo y tercer lugar, limitándose a exigir que el participante hubiese hecho uso de medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad

(3) Artículo 172 del Proyecto de 1980: *cuando varios acometiéndose entre sí confusa y tumultuariamente, hubiere resultado muerte o lesiones graves y no constare su autor, se impondrá a todos los que hubiesen agredido al ofendido la pena de prisión de dos a cuatro años, en el primer caso, y de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses en el segundo».*

(4) Artículo 154 de la PANCP: *«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 seis meses a dos años o multa de seis a doce meses».*

de las personas. La participación en una riña confusa y tumultuaria pasaba así de ser un elemento de un delito de resultado a integrarse en un delito de peligro. Sin que ello obedeciese a consideraciones emergidas de una profunda reflexión doctrinal o a la existencia de imperiosas razones de carácter político-criminal...

El nuevo artículo 424 es fiel trasunto de este último modelo, salvo en lo que se refiere a la pena. La opacidad del progreso que ha llevado a su inclusión en el código penal impide, sin embargo, conocer a priori los motivos que han conducido a la elección de este sistema entre otros posibles, como alternativa al artículo 408 del Código penal. Esa misma falta de transparencia deja varias preguntas en el tintero: ¿por qué era tan necesario suprimir los delitos de homicidio y de lesiones en riña tumultuaria? ¿Era urgente hacerlo? ¿Por qué entonces no se hizo antes? ¿Por qué se hace ahora? Cuestiones aparentemente sencillas pero, no por ello, de fácil respuesta. Empezaré por intentar dar contestación a la primera.

II. LA POLEMICA DOCTRINAL EN TORNO A LA NATURALEZA DEL HOMICIDIO EN RIÑA TUMULTUARIA Y A LA FUNCION DE LA MUERTE EN LA ESTRUCTURA DEL TIPO

A) Las tesis de la doctrina mayoritaria

Como ya hemos dicho, hacia tiempo que la doctrina mayoritaria pedía la desaparición del mal llamado homicidio en riña tumultuaria. Y digo «mal llamado» porque en realidad no se trataba en modo alguno de un homicidio, por más que la errónea ubicación sistemática del artículo 408 pudiera hacer pensar lo contrario. Y, sin embargo, esto último es precisamente lo que concluyeron la casi totalidad de los autores de unas lesiones graves o de unas violencias, inferidas en el marco de una riña confusa y tumultuaria, habían ocasionado una muerte. Llegándose incluso a afirmar que el artículo 408 del Código penal venía a resolver «un problema procesal de autoría de un homicidio» (6).

Se comprende que a partir de semejante entendimiento del artícu-

(5) *Vid.* en este sentido entre otros: RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho penal español, Parte Especial* 10.^a ed. revisada y puesta al día por Serrano Gómez, Madrid 1987, p. 72; BUSTOS, *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Barcelona 1986, P. 52; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 7.^a ed., Valencia 1988, p. 109, GARCÍA PLANAS, *Notas sobre el tratamiento de la riña tumultuaria en el Código penal español y en la jurisprudencia* en Revista Jurídica de Cataluña, 1979, p. 851; SALAS HOLGADO, *El delito de homicidio y de lesiones en riña tumultuaria* en ADPCP 1987, p. 671.

(6) MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, p. 70.

(7) *Vid.* en este sentido: QUERALT, *Derecho penal español, Parte Especial*, I, Barcelona 1986, p. 13.

lo 408 del Código penal, se solicitase reiteradamente su derogación por estimarlo contrario a la presunción de inocencia, y a los más elementales principios del Derecho penal. Sin embargo, este enfoque no sólo no era obligatorio sino que resultaba francamente absurdo. Por las siguientes razones:

En primer lugar, si hubiese sido cierto que la *ratio legis* del artículo 408 se basaba en la presunción o sospecha (en ningún caso certeza) de que la muerte acaecida en el curso de una riña confusa y tumultuaria había sido causada por el autor de lesiones graves o de violencias en la persona del muerto, la pena correspondiente habría sido idéntica a la prevista para el delito de homicidio. No hay más que recordar los artículos 483 y 485 del Código penal, en los que se contienen sendos delitos de sospecha al parecer «intocables» y en todo caso inmunes a las sucesivas leyes de reforma (8), para darse cuenta de que cuando un tipo penal incorpora una presunción de homicidio o de asesinato, la pena prevista es idéntica a la que corresponde a los delitos cuya realización presume. No sucedía así en el artículo 408 del Código penal, cuya pena era inferior a la que habría de imponerse por homicidio consumado.

Por otra parte, si se hubiese tratado realmente de una presunción de homicidio, dicha presunción se destruiría mediante prueba en contrario (9), siendo en consecuencia inaplicable el artículo 408 siempre que el autor de las lesiones o de las violencias pudiese demostrar que su comportamiento no podía en modo alguno conectarse con el hecho de que el lesionado o violentado hubiese resultado muerto (ej.: en el curso de una riña confusa y tumultuaria, A produce a B lesiones graves en un brazo, resultando que posteriormente B muere de un disparo en la cabeza cuyo autor se desconoce). En este sentido no puede negarse la coherencia del pensamiento de MIR cuando, tras afirmar que en «el homicidio (o lesiones) en riña tumultuaria se presume que el autor de la muerte (o de las lesiones) estará entre los que han causado las lesiones» sigue diciendo que «en caso de contradecirse inequívocamente la presunción (por ejemplo: se comprueba que uno de los que causaron lesiones graves en la riña no pudo haber matado en ningún caso a la víctima) debe negarse la presencia del delito pese a la concurrencia de la condición objetiva» (10). Cierta-

(8) Desde luego que esta técnica es absolutamente rechazable. Y, sin embargo, ahí están los dos citados preceptos sin que hasta la fecha ninguna de las múltiples leyes más o menos urgentes y más o menos parciales de reforma del Código penal hayan considerado conveniente suprimirlos. Ante ello, no puedo por menos que considerar demagógicamente la pomposa declaración contenida en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/89 a cuyo tenor la supresión del artículo 408 del Código penal es debida a «su frontal incompatibilidad con la seguridad jurídica y el principio mismo de culpabilidad».

(9) A menos que se comparte el criterio de SALAS HOLGADO (*ob. cit.* p. 669) de que se trataba de una presunción *iure de causación de muerte*.

(10) *Adiciones a JESCHECK, Tratado de Derecho penal, por Parte General*, vol II, Barcelona 1981, p. 771-772.

mente ello es así en las hipótesis todavía previstas en los artículos 483 y 485 del Código penal; pero no lo era en la antes contenida en el artículo 408 del Código penal.

Recuérdese, en efecto, que para que dicho precepto fuera aplicable se exigía la no constancia del autor de la muerte, con lo que la ley venía a reconocer implícitamente que ésta podía muy bien haber sido causada por una persona distinta del autor de las lesiones graves. Pues, si bien, es verdad que habían de coincidir la persona del muerto y la del gravemente lesionado o violentado (como se deducía claramente del artículo 408.2 y del antiguo artículo 424) (11), una vez producida dicha coincidencia (y descartados ya, por consiguiente, del ámbito de aplicación del artículo 408 los autores de las lesiones graves o de violencias sobre una persona distinta del muerto) no se exigía además la adecuación causal de la conducta lesiva respecto de la muerte. Lo que quiere decir que aunque se comprobase a posteriori que la índole de la lesión grave ocasionada impedía su consideración como apta para causar la muerte, ello no obstante, seguía siendo aplicable el artículo 408 del Código penal.

No otra cosa cabía deducir, por otra parte, del contenido del artículo 408.2 del Código penal. Pues si, en ausencia de toda información sobre quienes habían ocasionado lesiones graves al muerto, había de imponerse la pena prevista en dicho párrafo a «*todos los que hubieron ejercido violencias*» en la persona del ofendido, entendiéndose por tales no sólo las lesiones menos graves sino cualquier vía de hecho, incluido «el simple golpear o maltratar a otro de obra sin causarle lesión» (12), con mayor razón había de aplicarse el párrafo primero de ese mismo artículo a los autores de una lesión grave como la anteriormente descrita, aunque ésta hubiese sido de todo punto inadecuada para ocasionar la muerte (13). Es más: la exigencia de adecuación de la lesión para producir la muerte a lo que habría conducido es a la afirmación de una relación de causalidad entre esa lesión y dicho resultado y en última instancia a la afirmación, si concurrieran los elementos subjetivos precisos, de una autoría de homicidio (doloso o imprudente) que habría hecho inaplicable el artículo 408 del Código penal.

Por si todo ello fuera poco, la propia atribución a la muerte por la doctrina dominante (14) de la naturaleza de condición objetiva de

(11) Cfr.: DEL ROSAL, COBO y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal (Parte Especial)*, *Delitos contra las personas*, Madrid 1962, p. 241-243.

(12) Cfr. BAJO, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) Delitos contra las personas*, Madrid 1986, p. 78.

(13) Por consiguiente, creo que tiene razón BAJO cuando dice que «no se excluye la aplicación del precepto aún cuando se probara que muerte se debe a causas ajenas a la actuación del autor de las lesiones... Por ejemplo: el autor produce lesiones graves por rotura de brazo y la víctima muere a consecuencia de un disparo en el cabeza sin que conste el autor del mismo» (*ob. cit.*, p. 74).

(14) *Vid.* en este sentido, entre otros, MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, *cit.* p. 71.

punibilidad, implicaba la no exigencia de conexión causal alguna entre las lesiones graves o las violencias y la muerte del lesionado o violentado. Por ello, no entiendo cómo Muñoz Conde, tras afirmar que la muerte era una condición objetiva de punibilidad, no sólo decía era absurdo pretender imputar una muerte por disparo en la cabeza a quien se había limitado a romper un brazo al muerto, sino que incluso llegaba a afirmar que la muerte del ofendido tenía que ser imputable al menos a título de culpa al autor de las lesiones graves o de las violencias (15), confudiendo así la estructura del artículo 408 del Código penal con la de un delito cualificado por el resultado; y, lo que es más grave, olvidando que si la muerte era imputable al menos a título de imprudencia del autor de las lesiones graves, este último sería, asimismo, autor conocido de la muerte, con lo que el artículo 408 habría dejado de ser aplicable.

De todo lo anterior se desprende que entre la producción de las lesiones graves o de las violencias y el advenimiento de la muerte, el ofendido podía ser víctima de toda una larga serie de ataques letales por parte de los autores desconocidos sin que por ello dejase de aplicarse a los autores de las lesiones graves o de las violencias lo dispuesto en el artículo 408 del Código penal. Por más que demostrassen fehacientemente que en ningún caso podían haber matado a la víctima. No cabe mayor demostración de que el delito contenido en el citado precepto nada tenía que ver con una presunción de homicidio.

La aplicación del artículo 408 del Código penal no se basaba en una presunción de que los autores de las lesiones graves o de las violencias hubieran *causado* la muerte del gravemente lesionado o violentado. Ni tampoco implicaba una inadmisible *presunción de culpabilidad* respecto de la misma. En realidad, en la estructura del tipo, la muerte estaba vinculada tanto objetivamente como subjetivamente de la conducta consistente en ocasionar lesiones graves o violencias en el curso de una riña confusa y tumultaria.

Por ello mismo los partidarios de la tesis mayoritaria no acertaron a ver en ella el resultado del delito y la calificaron unánimemente de *condición objetiva de punibilidad*. En opinión de Cobo y Carbonell una vez calificado el homicidio en riña tumultaria de delito de sospecha (de homicidio), lo coherente habría sido, sin embargo, atribuir a la muerte la naturaleza de resultado del delito (16). Pero no hay que olvidar «resultado» típico debe ser objetiva y subjetivamente imputable a aquella persona a la que se quiere hacer responsable del mismo. Y que la propia ley reconocía que no constaba el autor de la muerte, única persona en relación con la que podía hablarse de un «resultado» en tanto que suceso objetiva y subjetivamente conec-

(15) *Parte Especial*, cit. p. 71.

(16) Cf.: COBO y CARBONELL en M. Cobo et alt., *Derecho penal, Parte Especial*, 2.^a ed., Valencia 1988, p. 534.

tado con su comportamiento. Ni siquiera la consideración de que el delito contenido en el artículo 408 del Código penal constituía un delito de sospecha (presunción de causalidad y de culpabilidad) podía confundir a que se atribuyese a la muerte naturaleza de resultado del delito, pues, sabido es, que el resultado ha de estar causalmente conectado con la conducta del autor (lo que aquí no sucedía) y ha de poderle ser imputado al menos a título de imprudencia (17). Además de haberse entendido que la muerte era el resultado del delito previsto en el artículo 408 del Código penal, habría que haber castigado a título de tentativa a los participantes en una riña confusa y tumultuaria que hubiesen producido en el curso de la misma unas lesiones graves o unas violencias, aún cuando de ella no se hubiese derivado una muerte. Sin embargo, ello quedaba desmentido por la responsabilidad escalonada establecida en el antiguo texto de los artículos 424 y 583.7 del Código penal (18)..

A mi juicio, tenía razón la doctrina dominante al estimar que la muerte no podía ser el resultado del homicidio en riña tumultuaria. Pero creo, que esta misma doctrina no era coherente cuando afirmaba a un tiempo que el homicidio en riña tumultuaria constituía un delito de sospecha y que la muerte era una condición objetiva de *punibilidad*. Porque, desde esa perspectiva que era la suya, no podía tratarse, desde luego, una verdadera condición objetiva de punibilidad sino, todo lo más de una *impropia condición objetiva de punibilidad* (19).

Ciertamente, todas las condiciones objetivas de punibilidad, propias o impropias, se caracterizan por el hecho de que no es necesario que el dolo o la imprudencia se refieran a ellas. Pero mientras que las primeras constituyen puras causas de restricción de la pena, en el sentido de que de no concurrir la condición en cuestión dejaría de imponerse la pena correspondiente a un hecho que reúne todos los requisitos objetivos y subjetivos que podrían fundamentarla, las llamadas *condiciones objetivas impropias* son verdaderas *causas de agravación encubiertas* «que formalmente se hallan configuradas como condiciones objetivas de punibilidad porque el legislador quiere sustraerlas a la exigencia de dolo o imprudencia» (20). Como es elemental, la no exigencia de que el dolo o la imprudencia abarquen a la condición objetiva propia es irrelevante, ya que los elementos

(17) Precisamente porque la muerte no reunía ninguno de estos dos requisitos, no cabía calificar al homicidio en riña tumultuaria de delito cualificado por el resultado.

(18) Cfr.: BAJO Parte Especial, cit. p. 80.

(19) En este sentido, coherentemente: MIR, *Adiciones*, cit p. 771. Es curioso observar, sin embargo, que mientras que este autor traza un paralelismo en dicho lugar entre los artículos 408, 424, 483 y 485 del Código penal, no hace lo mismo en otros escritores posteriores (*Vid. Derecho penal, Parte General*, 2.^a ed., Barcelona, 1985, pp. 122-123, donde únicamente alude a estos dos últimos preceptos al referirse a los portadores de impropias condiciones objetivas de punibilidad).

(20) Cfr.: JESCHECK, ob. cit., p. 765.

objetivos y subjetivos del hecho han sido comprobados en su totalidad y la condición objetiva no supone en tal caso sino la paralización, por motivos político-criminales, de una pena anunciada. En cambio, la función de la condición objetiva impropia no es frenar una pena por un hecho objetiva o subjetivamente imputable a su autor, sino fundamentar una pena por el hecho que o bien no sería punible, o bien no lo sería en una medida grave. En realidad resulta muy equívoco darles el nombre de «condiciones objetivas de punibilidad» por más que a continuación se las tache de «improperias». Porque si bien son «condiciones objetivas», lo que condicionan no es simplemente la punibilidad de un hecho típico y antijurídico sino la misma tipicidad del hecho o su agravación (ello se ve claramente en los artículos 483 y 485 del Código penal). Son pues verdaderos elementos del tipo que, como tal, deberían estar objetiva y subjetivamente conectados con la conducta del autor y que, sin embargo, eluden dicha conexión mediante el artificio de presentarse como lo que no son, dando lugar a presunciones totalmente incompatibles con el principio de que no hay pena sin dolo o imprudencia (21). Pues bien, de entenderse como así lo entendía la doctrina dominante, que el llamado homicidio en riña tumultaria se basaba en una *presunción* no destruable, como hemos visto, mediante prueba en contrario, resultaba obligado atribuir a la muerte de naturaleza *impropia condición objetiva de punibilidad* o, mejor, de *condición objetiva de agravación de la pena* opuesta a algunos de los principios básicos del Derecho penal. En tales condiciones, no es extraño que se pronunciara en contra de los delitos hasta hace poco contenidos, respectivamente, en los artículos 408 y 424 del Código penal. Pero se verá a continuación, no era éste el único entendimiento posible.

B) La tesis minoritaria: el homicidio en riña tumultaria como delito de lesiones

De distinta opinión era, por ejemplo, Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo, quienes rechazaban que el homicidio en riña tumultaria fuese un delito de sospecha, e insistían por el contrario en el hecho de que existía plena certeza respecto de la comisión de delito de lesiones. A su juicio, la pena prevista en el artículo 408 no se imponía a los autores conocidos de unas lesiones graves o de unas violencias por considerarlos presuntos autores de una muerte, sino por haber perpetrado dichas lesiones graves o violencias «en una riña de tamaña gravedad, y de suyo tan peligrosa que en ella se ha ocasio-

(21) Cfr.: OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, *ob. cit.*, p. 391 y ss.

nado una muerte» (22). Y concluían que el mencionado precepto contenía en su primer párrafo un delito de lesiones graves, y un delito de violencias en el segundo (23).

Por lo demás, estimaban estos autores que la muerte no era el resultado del delito ni una condición objetiva de punibilidad, sino un componente puramente objetivo que caracterizaba y cualificaba la situación en la que habían de realizarse las correspondientes conductas típicas, y que venía a constituir la prueba de la virulencia de la riña, de su peligrosidad (24).

No cabe duda que en una lectura del artículo 408 como la realizada por Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo, el resultado del delito no podía estar constituido por la muerte sino por las lesiones o violencias efectivamente producidas. Más problemática me parece en cambio su afirmación de que la muerte no tenía naturaleza de *condición objetiva de punibilidad*.

De acuerdo con los citados autores hubiese sido erróneo atribuir a la muerte tal naturaleza porque: 1) normalmente no era un hecho futuro e incierto, sino actual y cierto; y 2) podía ser intrínseca a la actividad del sujeto activo, aún cuando ello no constase (25). A lo que añadía bajo que, puesto que el autor de las lesiones había de responder de la muerte, no podía en modo alguno tratarse de una condición objetiva de punibilidad (26). Argumentos todos ellos que podrían rebatirse con los siguientes contraargumentos: 1) no pertenece a la esencia de lo que en dogmática se conoce como condición objetiva de punibilidad el que haya de tratarse necesariamente de un hecho futuro e incierto, sino que la condición puede producirse durante o después del hecho cuya punibilidad condiciona (27); 2) el hecho de que la muerte pudiese no ser por completo extrínseca a la conducta del autor de las lesiones graves o de las violencias —dado que, aunque ello no constase, bien pudiera haber sido éste el causante de la misma— no excluye su consideración como condición objetiva de punibilidad ya que, aunque ello fuese cierto, no cabe olvidar que, en ciertos casos, las condiciones objetivas de punibilidad se presentan causalmente ligadas a la conducta del autor, sin que ello suponga la pérdida de dicha naturaleza (28); y 3) conforme se verá más adelante, no participó desde luego de la afirmación de que el autor de las lesiones graves o de las violencias respondía de la muerte acaecida.

(22) DEL ROSAL, COBO y RODRÍGUEZ MORULLO, *Delitos contra las personas*, cit.; p. 236-237. De la misma opinión: COBO/CARBONELL, *Parte Especial*, cit. p. 532; BAJO, *Parte Especial* cit. pp. 74-75.

(23) *Ob. cit.*, p. 228.

(24) *Ob. cit.*, pp. 232-233.

(25) *Ob. cit.*, p. 232. *Vid.*, en cambio, COBO/CARBONELL (*Ob. cit.*, p. 534)

(26) Cfr. *ob. cit.*, p. 75. *Vid.*, en cambio, COBO/CARBONELL (*ob. cit.*, p. 532) cuando afirman que la muerte no puede ser imputada al autor de las lesiones.

(27) Cfr.: JESCHECK, *Parte General*, cit., vol II, p. 764.

(28) Cfr.: OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, *Parte General*, cit. p. 388.

En consecuencia, y a pesar de coincidir con Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo en que lo verdaderamente contenido en los dos párrafos del artículo 408 eran, respectivamente, un delito de lesiones graves y un delito de violencias pienso, sin embargo, que la muerte no era un mero dato objetivo de la situación de la riña confusa y tumultuaría, sino una condición objetiva de punibilidad. Lo que resta ahora por ver es si se trataba de una verdadera condición objetiva de punibilidad o de una rechazable causa encubierta de agravación de la pena, esto es, de una condición objetiva de punibilidad propia o impropia (29).

Podía, en efecto, pensarse en principio que el artículo 408 contenía una causa de agravación de la pena correspondiente a unas lesiones graves o a unas violencias (30), disfrazada normalmente de condición objetiva de punibilidad para escamotearla a las exigencias de imputación objetiva y subjetiva del hecho a su autor. En primer lugar, porque la simple participación en una riña confusa y tumultuaría no constituía delito; y en segundo lugar porque del artículo 408 podía extraerse la conclusión de que las lesiones graves o las violencias que, no olvidemos, eran punibles *per se* a título de los correspondientes delitos o faltas de lesiones, se agravan no por el mero hecho de haber sido producidas en el marco de una riña confusa y tumultuaría sino porque, habiendo tenido lugar en una riña de las mencionadas características, de ella se había derivado una muerte cuyo autor no constaba. Ergo podía pensarse que la aparición de la muerte era ese hecho coetáneo o posterior al ocasionamiento, en la situación descrita de unas lesiones graves o de unas violencias que condicionaban la agravación de la pena que en otro caso habrían merecido éstas, y cuyo revestimiento con el ropaje propio de una condición objetiva de punibilidad era absolutamente objetable en lo que suponía de elusión de las exigencias de dolo o de imprudencia en relación con la circunstancia agravante. Más, si bien se mira, también podía interpretarse como una agravación sin duda alguna basada en la circunstancia de que las lesiones graves o las violencias habían sido causadas en el marco de una riña confusa y tumultuaría, pero que sólo entraba en juego cuando se daba la mencionada condición objetiva de punibilidad. De admitirse esta interpretación que estimo posible, la técnica utilizada

(29) Según la distinción habitual en la doctrina alemana, por más que en la española sea escasamente utilizada (Cfr.: MIR *Adiciones al Tratado de Jescheck*, cit. p. 770).

(30) Debe señalarse, no obstante, que la pena prevista en el artículo 408.1. De suerte que se producía la absurda consecuencia de que los autores de las más serias de las lesiones graves previstas en el artículo 420 del Código penal no veían su responsabilidad agravada por el hecho de que tales lesiones se hubiesen producido en el curso de una riña confusa y tumultuaría de la que se hubiese derivado una muerte. Pero este evidente defecto técnico podía haberse solventado fácilmente mediante una correcta modulación de las penas que en todo momento se mostrase respetuosa del principio de proporcionalidad. Sobre ello volveré más adelante.

en el artículo 408 del Código penal habría sido la siguiente: por razones político-criminales, el legislador pensó en un determinado momento que las lesiones graves o las violencias inferidas en el marco de una riña confusa y tumultuaría implicaban la existencia de un plus de peligro que había que tener en cuenta en el momento de graduar la pena. Pero, en lugar de crear un tipo de lesiones agravadas por el hecho de que sus autores habían participado en una riña confusa y tumultuaría, en atención al peligro potencial de este tipo de situación (técnica ésta contra la que no se habría podido objetar nada desde el punto de vista de la exigencia de imputación objetiva y subjetiva del hecho a su autor, puesto que el dolo del autor de las lesiones graves o de las violencias obviamente abarcaba el dato de su participación en dicha riña, aunque sí desde el punto de vista contrario a la configuración de delitos de peligro potencial), prefirió (quizá debido a esto último) retrasar las barreras penales de protección imponiendo un último requisito para que la agravación tuviese lugar: la producción de una muerte sin constancia de quien había sido su autor; requisito que, por lo demás, vendría a demostrar la propia peligrosidad de la riña y, por consiguiente, lo fundamentado de la imposición de una pena agravada al autor de las lesiones graves o de las violencias.

Desde esta óptica, el motivo de la agravación de la pena correspondiente a las lesiones no era la muerte producida en el curso de la riña sino el propio hecho de que las lesiones habían sido perpetradas en el marco de una riña confusa y tumultuaría; pero no de cualquier riña de este tipo, sino de aquélla cuya peligrosidad venía avalada por el dato de que de ella se había derivado una muerte sin que constase su autor. De manera que la muerte no constituía una causa encubierta de agravación de la pena correspondiente a las lesiones graves o a las violencias, sino una condición objetiva de imposición de pena agravada.

Semejante interpretación tendría la ventaja de posibilitar la consideración de la muerte no verdadera (o, si se prefiere, *propia*) condición objetiva de punibilidad. Pues forzado es reconocer que, de atribuirle la función de causa encubierta de agravación de la pena (o, lo que es lo mismo, de *impropia* condición objetiva de punibilidad), no podía evitarse la vuelta a la idea de que se trataba de una presunción y, con ello, la atribución al homicidio en riña tumultuaría de la naturaleza de un delito de sospecha.

C) Toma de postura sobre la naturaleza del delito

Todo lo anterior me parece de suma importancia de cara a una correcta comprensión de la verdadera naturaleza del delito en cuestión. Porque, una vez concluido que el homicidio en riña tumultuaría no era un delito de sospecha sino un delito de lesiones en el que

la muerte del lesionado o violentado cumplía la función de una *propia* condición objetiva de punibilidad, puede ya afirmarse que la estructura típica del delito contenido en el antiguo artículo 408 del Código penal estaba compuesta por un delito de resultado (lesiones graves, violencias), punible *per se* a título del correspondiente delito o falta de lesiones, más una agravación (31) basada en el hecho de que el autor de dichas lesiones o violencias las había ocasionado participando en una riña tan peligrosa que de ella había resultado una muerte.

Para castigar a título del desaparecido delito de homicidio en riña tumultuaria no bastaba, en consecuencia, con la simple causación de unas lesiones graves o de unas violencias en el marco de una riña de las mencionadas características, sino que de ella debía haberse derivado necesariamente una muerte; de no ser éste el caso, las lesiones graves o las violencias únicamente eran punibles a título de los correspondientes delitos o faltas de lesiones. Como tampoco bastaba con la simple participación —sin resultados lesivos— en una riña confusa y tumultuaria de la que se hubiese derivado una muerte cuyo autor no constaba; ni mucho menos, con la mera participación sin resultados lesivos en una riña confusa y tumultuaria de la que no se hubiese derivado dicho resultado de muerte. En el primer caso porque, al faltar la segunda parte del binomio antes sugerido como peculiar a los delitos de homicidio (*y, mutatis mutandis* de lesiones) en riña tumultuaria, no había ya razón para castigar por otra cosa que por el delito del resultado efectivamente producido; en el segundo caso, por estar ausente el primer componente del binomio; y en el tercer supuesto por faltar ambos componentes del binomio.

Así pues, el artículo 408 del Código penal suponía la agravación de una pena que ya correspondía por razón de una autoría comprobada en relación con unas lesiones graves o unas violencias, en función del dato de que tales resultados habían tenido lugar al hilo de la participación en una riña tan peligrosa que de ella se había derivado una muerte cuyo autor se desconocía. De suerte que lo que en verdad contenía el citado precepto era un delito de lesiones agravadas por el hecho de haber sido causadas en una situación de peligro comprobado. Si en lugar de haber sido erróneamente ubicado entre los delitos contra la vida, dando pie a la inapropiada denominación de «homicidio en riña tumultuaria», se hubiese configurado como tipo agravado de lesiones, es más probable que no se hubiesen opuesto tantas objeciones a semejante estructura típica. Pero, el legislador español, no sólo acometió este error sistemático al proceder a la descripción típica de las conductas contenidas en el artículo 408 del Código penal, sino otro, a mi juicio más grave, de carácter material. Me refiero a la técnica de escalonamiento de las responsabilidades empleadas.

(31) Con la salvedad apuntada en la nota anterior.

No parece, en efecto, de recibo que se agravase la pena correspondiente, por ejemplo, a unas lesiones menos graves («violencias»), occasionadas en el marco de la participación en una riña confusa y tumultuaría tan peligrosa que de ella se ha derivado una muerte, únicamente cuando no constate quienes eran los que habían causado lesiones graves al muerto. Una de dos: o el ocasionamiento de lesiones de cualquier índole en dicha situación se considera en todo caso merecedor de una pena agravada, o no se considera en ningún caso; y no era que, como en su momento pareció interpretar Gimbernat (32), los autores de las violencias quedasen impunes una vez conocidos los autores de las lesiones graves, pues en todo caso aquéllos habrían de responder de lesiones menos graves o de falta de lesiones. Lo verdaderamente absurdo era que su responsabilidad se agravara o no en función de una especie de lotería: si otros cargaban con la agravación, ellos se salvaban; mientras que si no había otros a quienes imponérsela, eran ellos los que la sufrían.

Pero no era ésta la única situación incongruente presente en el artículo 408 del Código penal. Como he señalado anteriormente (33), no todos los autores de lesiones graves veían su responsabilidad agravada por el hecho de haberlas occasionado en el curso de una riña confusa y tumultuaría de la que se había derivado la muerte del gravemente lesionado a manos de un autor desconocido. Téngase en cuenta, en efecto, que la pena prevista en el artículo 408.1 para tal hipótesis era la misma que la correspondiente a las lesiones graves previstas en el antiguo artículo 420.1 (34). Ello obligaba a concluir que, paradigmáticamente, el tipo cualificado de lesiones contenido en el primero de los mencionado preceptos ciertamente suponía una agravación de las lesiones —ya de por sí graves— previstas en los restantes apartados del citado artículo 420, pero no de aquéllas consideradas precisamente de mayor entidad. Y, por lo que atañe al artículo 408.2 (en el caso de que fuera aplicable por no constar tampoco quienes habían occasionado lesiones graves en la persona del muerto), si bien no podía afirmarse lo mismo, dado que la pena superaba en todo caso a la prevista para las lesiones menos graves y para la falta de lesiones, no por ello debía silenciarse el dato, a todas luces contrario al principio de proporcionalidad, de que preveía idéntica pena para hipótesis de diverso desvalor inicial.

En mi opinión, eran precisamente estos aspectos y no otros los que convertían al artículo 408 del Código penal en un precepto aberrante y, como tal, necesitado de una reforma. Mas no de cualquier reforma.

(32) En QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, T.I, Vol. 1, 2.^a ed. revisada por GIMBERNAT, Madrid 1972, p. 359.

(33) *Vid. supra*, n. 30.

(34) Ahora recogidas en el artículo 421.2 del Código penal.

En realidad, y como también ya he apuntado, habría bastado con eliminar los señalados defectos por la doble vía de suprimir la responsabilidad escalonada, y de modular de manera proporcionada los marcos penales correspondientes a cada hipótesis en función de su mayor o menor gravedad. De lo primero podría haber constituido un ejemplo el artículo 172 del proyecto de 1980 en el que, manteniéndose la misma estructura básica del delito, se imponía sin embargo la misma pena a «*todos los que hubiesen agredido al ofendido*», sin distinción alguna entre los que le hubiesen ocasionado o intentado ocasionar lesiones graves y los que únicamente hubieran perpetrado violencias en su persona. Pero, al introducirse también en dicho precepto una equiparación en lo relativo a la pena imponible a unos y a otros, era inevitable su enfrentamiento con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

En cualquier caso, de todos es sabido la triste suerte que corrió el proyecto 1980. Lo que no quita para que siga siendo sorprendente que, sin mediar discusión doctrinal alguna al respecto, y sin ni siquiera basarse en el texto contenido en las enmiendas presentadas al mencionar artículo 172, la PANCP de 1983 introdujese un nuevo sistema de tipificación de la participación en una riña confusa y tumultuaria. Que, no obstante, no se consideró digno de recepción a la hora de promulgar la Ley Orgánica 8/1983 de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, de 25 de junio de 1983; y si ahora en cambio, de manera inesperada, y al hilo de una reforma de los delitos de lesiones con la que difícilmente casa. Todo un síntoma de la relatividad de los conceptos de «urgencia» y «actualización», al parecer opuestos a los de «necesidad» y «serena reflexión»... Sobre todo si se piensa que era «labor del legislador observar si persistían las mismas razones político-criminales en orden a la conservación o no de la fórmula legal» utilizada en el artículo 408, y que sólo podía llegar a una conclusión en tal sentido con ayuda de «estudios criminológicos o, si se quiere, de sociología criminal, que serán los encargados de suministrarle los datos suficientes de acuerdo con la actual realidad española» (35).

III. POSIBLES MODELOS DE REFORMA DEL ARTICULO 408 DEL CP

Tras lo acabado de afirmar, parece cuando menos discutible la oportunidad de la reforma operada o la racionalidad de sus motivos. Pero es aún demasiado pronto para llegar a una conclusión definitiva

(35) Cfr.: DEL ROSAL, COBO y RODRÍGUEZ MOURULLO. *Delitos contra las personas*, cit. p. 225.

sobre la conveniencia o inconveniencia desde el punto de vista político-criminal de la solución adoptada. Lo que sí que cabe ya afirmar es que, como se deduce de los antecedentes citados, ni era la única ni tal vez la mejor de las posibles.

En efecto: una vez decidido el legislador penal a prestar oídos a la doctrina dominante, y a proceder en consecuencia a la tantas veces reclamada supresión del llamado homicidio en riña tumultuaria, contaba con varias posibilidades. Podía desde luego haberse limitado a derogar los artículos 408 y 424 del Código penal, negando así toda relevancia al hecho de que las lesiones o las violencias inferidas lo hubiesen sido en el transcurso de una riña de las señaladas características. Ahora bien, sino deseaba llegar a una solución tan drástica y si, por el contrario, quería otorgar algún significado a dicha situación-marco, contaba aún con varios sistemas de los que tomar modelo. En este apartado no voy a limitarme al análisis de las consecuencias que habría tenido la mera derogación del artículo 408 del Código penal sino que también me referiré, sin pretensión alguna de exhaustividad, a esos otros sistemas alternativos. Si bien, por razones sistemáticas, remito a un momento posterior el estudio del finalmente recogido en el nuevo artículo 424 del Código penal.

A) Efectos de la derogación de los artículos 408 y 424 del Código penal sin coetánea introducción de un texto alternativo

La derogación del artículo 408 sin la simultánea incorporación de un texto alternativo habría tenido las siguientes consecuencias: 1) la muerte de una persona, acaecida en el transcurso de una riña confusa y tumultuaria y sin que conste su autor, resultaría del todo punto irrelevante; y 2) los participantes en semejante riña únicamente habrían de responder penalmente en el caso de que hubiesen ocasionado algún tipo de lesiones (36), sin que el hecho de haberlas producido en el marco descrito supusiera una agravación de la pena correspondiente a dichas lesiones. O dicho de otra manera: las lesiones ocasionadas en el marco de una riña confusa y tumultuaria y las causadas en cualquier otra situación habrían quedado equiparadas desde el punto de vista punitivo.

Por lo que se ha visto, al pedir la desaparición del homicidio en riña tumultuaria la doctrina dominante pretendía evitar la imputación de la muerte al autor de las lesiones graves o de las violencias. Y en este sentido puede decirse que la mera derogación de los artículos 408 y 424 del Código penal habría satisfecho tal pretensión. No debe

(36) A menos que su conducta pudiese estimarse subsumible en alguno de los tipos constitutivos de desórdenes públicos.

olvidarse, sin embargo, que según la interpretación del artículo 408 del Código penal aquí defendida, la existencia del citado precepto no implicaba que los autores conocidos de lesiones graves o de violencias hubiesen de responder de la muerte del lesionado o violentado. De haber sido así, no sólo no se comprendía la levedad de la pena (prisión mayor) prevista en el artículo 408.1 para la hipótesis de ocasionamiento de una muerte, sino que lo lógico (máxime en los tiempos en que aún existía en nuestro ordenamiento jurídico penal la denostada responsabilidad por el resultado) habría sido proceder a la configuración del supuesto de referencia en términos de delito cualificado por el resultado. Lo que obviamente no se hizo ni nadie lo pretende. La desaparición del artículo 408 no habría tenido pues por efecto evitar la imputación objetiva de la muerte de los autores conocidos de lesiones graves o de violencias, sino eliminar un elemento objetivo de agravación de una pena que ya les correspondía en función de dichas lesiones graves o violencias.

En cualquier caso, y por más que haya decidido prescindir ahora del dato de la muerte para medir el peligro que subyace en toda riña confusa y tumultuaría, el legislador penal español no ha estimado, sin embargo, oportuno negar toda relevancia jurídica al hecho de participar en ella. Pero pienso que ello no ha obedecido a la simple consideración de que no es lo mismo producir un determinado resultado de lesión en una riña confusa y tumultuaría que en otras circunstancias distintas. De haber sido éste su razonamiento, no habría tenido más que introducir una agravación en tal sentido en el delito de lesiones; o también podía haber elevado la simple participación en una riña confusa y tumultuaría a la categoría de delito, lo que habría permitido apreciar un concurso entre dicho delito y el correspondiente tipo de lesiones. Pero no sólo no ha procedido así, sino que el nuevo artículo 424 del Código penal supone un cierto desplazamiento del acento anteriormente puesto en el peligro potencial de la situación en sí (manifestado en la aparición de unos determinados resultados: muerte, lesiones graves) hacia la peligrosidad individual del autor (manifestada en el uso de unos determinados medios). Y este criterio para medir la peligrosidad se reitera en el artículo 421.1 del Código penal, así mismo introducido por la Ley orgánica 3/89. Con lo que la situación actual es la siguiente: la utilización en el curso de una riña confusa y tumultuaría de medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas constituye sin lugar a dudas el delito previsto en el artículo 424 del Código penal; pero si, como será lo normal en la mayoría de los casos, dicha utilización ocasiona una lesión cualquiera, estaremos, así mismo, en presencia de la figura delictiva contenida en el artículo 421.1 del Código penal. De manera que el hecho de que el legislador haya introducido el mismo criterio para, de un lado, dotar de relevancia el hecho de participar en una riña confusa y tumultuaría para, de otro, agravar

la pena correspondiente a las lesiones ocasionadas en ese marco o en otro cualquiera, plantea un difícil problema de convivencia entre los artículos 421.1 y 424 del Código penal. A ello me referiré más adelante. Baste ahora con señalar que, a mi juicio, si bien la derogación sin más de los artículos 408 y 424 del Código penal habría conducido en principio a que los participantes en una riña confusa y tumultuaria únicamente hubieran de responder, en su caso, a título de las lesiones efectivamente ocasionadas, sin que el dato de que éstas se hubiesen producido en la situación descrita constituyese factor alguno de agravación, la paralela introducción del nuevo texto del artículo 421.1 permitiría, sin embargo, agravar la responsabilidad del autor de dichas lesiones cuando en la agresión «hubiere utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de cuasar graves daños en la integridad del lesionado o reveladoras de acusada brutalidad de acción». Y ello con independencia de la entidad real de la lesión producida. De manera que cabría imponer la pena de prisión menor en sus grados medio o máximo a quienes, habiendo participado en una riña confusa y tumultuaria y utilizado en ella medios o instrumentos peligrosos, hubiesen ocasionado una lesión de las previstas en el artículo 420 del Código penal.

B) Posibles alternativas al artículo 408 Código penal

De no quererse proceder sin más a la derogación de los artículos 408 y 424 del Código penal, otra opción posible era tipificar la simple participación en riña confusa y tumultuaria, castigando así a todos los intervenientes en la misma sin exigir para ello ulteriores requisitos. O también podía haberse seguido el modelo alemán, sancionando a todos los participantes en una riña confusa y tumultuaria pero sólo cuando de la misma se hubieren derivado una muerte o unas lesiones graves (de autor conocido o desconocido).

1) *Punición del mero hecho de participar en una riña confusa y tumultuaria*

Como se ve, las dos posibilidades que acabo de mencionar suponen un distinto grado de adelantamiento de las barreras de protección penal. Así, la primera de ellas constituye el máximo exponente de dicho adelantamiento ya que no condiciona la punición a otro requisito que sea el de haber participado en una riña confusa y tumultuaria. Todo el que en ella participe será pues punible, con total independencia de la entidad de su participación. Si además ocasiona un resultado lesivo cualquiera, habrá que apreciar un concurso de delitos entre el delito de participación en riña y el correspondiente delito

o falta de lesiones. La aparición en el curso de la riña de una muerte o de unas lesiones graves cuyo autor no consta, sería irrelevante.

A la vista de ello, lo primero que cabe preguntarse es si está justificado un tamañamiento adelantamiento de las barreras de protección penal. Hay que tener en cuenta que, al contentarse este modelo a efectos de tipicidad con una presunción de que toda riña confusa y tumultuaria es en sí misma peligrosa (con total independencia del hecho de que en ella se produzcan o no unos determinados resultados) seguirlo supondría acoger una figura constitutiva de un delito de *peligro abstracto* que revelaría «un adelantamiento de las barreras penales de protección de los bienes jurídicos especialmente acentuado» y que, de identificarse con la idea de *peligro presunto* (lo que vale la lesión del bien jurídico), atentaría «contra los principios más elementales del Derecho penal constitucionalmente acogidos» (37). Pero aún cuando se rechazase la anterior equiparación entre peligro abstracto y peligro presunto, y se negase el carácter indestructible de la presunción al estimarse que la aportación *ex ante* de una prueba en contra de la peligrosidad del comportamiento prohibido excluye la propia existencia del peligro y por consiguiente la consideración de la conducta como típica (38), no cabrá duda de que la exigencia de que sea el autor de la misma quien deba aportar dicha prueba en contrario supone una violación del principio *in dubio pro reo* (39).

Por otra parte, es muy posible que la riña en cuestión fuese efectivamente peligrosa, pero no así en cambio la conducta de todos los que en ella intervienen sino únicamente la de algunos que, por ejemplo, hacen uso de navajas desde un principio; pues bien: aunque los primeros pudieran aportar una prueba en contrario de la peligrosidad *ex ante* de su conducta, no podrían, sin embargo, aportar prueba en contra de la peligrosidad de la riña entre sí. Se igualaría entonces la responsabilidad de los participantes en la riña que hicieren uso de los medios o instrumentos peligrosos y la de quienes no acudieren a ese tipo de medios. Por todo ello, no parece que sea éste un modelo a seguir a la hora de crear un tipo de delito de participación en una riña confusa y tumultuaria.

(37) Cfr.: OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA, *ob. cit.*, p. 165. Ello, no obstante, la doctrina española dominante considera que en los delitos de peligro abstracto la ley establece una presunción *iuris et de iure* de la peligrosidad de la acción (*Vid.*, por ej.: RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal, Parte General*, Madrid 1977, p. 379 y ss.).

(38) *Vid.*, en este sentido: SCHRODER, *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, en ZStW 81, 1969 y ss.; también MIR es de la opinión de que no hay un delito de peligro abstracto si se prueba en caso concreto que la peligrosidad inherente a la conducta —y que ha sido motivo de su incriminación— está excluida de antemano (*Derecho penal, cir.* p. 171).

(39) Cfr.: SCHUNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik er Färlässigkeits und Gefährdungsdelikte*, en JA 75, pg. 797; CRAMER, en *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 22 Aufl., München 1985, p. 1787.

2) Análisis del modelo contenido en el párrafo 227 del StGB

Otro de los sistemas posibles es el seguido por el párrafo 227 del StGB. Este modelo se distingue del analizado en el epígrafe anterior en que únicamente se castiga la participación en una riña cuando la peligrosidad de la situación viene avalada por la aparición de una muerte o de unas lesiones graves (conste o no conste su autor), resultando en otro caso impune.

Según la doctrina alemana dominante, el citado precepto contiene un delito de *peligro abstracto* (inspirado en la idea de que toda riña confusa y tumultuaria implica un serio peligro para los que en ella participan) en cuya estructura la producción de la muerte o de las lesiones graves constituye una condición objetiva de punibilidad (40). En opinión de algunos autores, esta última característica supone un importante avance en comparación con el modelo anteriormente examinado, ya que demuestra que el legislador penal alemán no ha querido partir de una presunción *iuris et de iure* de la peligrosidad de la riña (lo que habría dado lugar a la existencia de un delito de *peligro presunto* que, como tal, resultaría rechazable a partir de las consideraciones anteriormente expuestas) y ni siquiera de una presunción *iuris tantum* destruible mediante la prueba en contrario aportada por el acusado de que, en las concretas circunstancias, la riña en general o su conducta en particular carecían de antemano de la potencialidad necesaria para poner en peligro la vida o la integridad de las personas (delito de *peligro posible* (41), pero no presunto *en el sentido antes indicado*), sino que es la propia ley la que suministra una prueba a favor de la peligrosidad de la riña al exigir la aparición de una muerte o de unas lesiones graves como índice de dicha peligrosidad. De donde se deduce que la técnica utilizada en el parágrafo 227 del StGB al configurar la participación en una riña confusa y tumultuaria no como un delito de peligro presunto sino como un delito de *peligro posible o hipotético*, cuya punición no depende de que el participante no haya podido aportar una prueba en contra de la peligrosidad *ex ante* de la situación para la vida o la integridad de las personas sino de que de dicha situación se hayan derivado unos resultados (muerte, lesiones graves) que demuestran su peligrosidad, es mucho más defensible que la incriminación de la mera participación en una riña de este tipo con total independencia de los resultados producidos.

(40) Cfr.: STREE, *ob. cit.*, p. 1423.

(41) O hipotético en la terminología utilizada por TORIO (*Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*), en ADPCP 1986, p. 825 y ss.), quien considera que este grupo está integrado por aquellos delitos cuyo tipo no reclama la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico (v. p. 828).

Si ciertamente es de alabar la técnica consistente en incorporar a un delito de peligro abstracto el aspecto limitador inherente a toda verdadera condición objetiva de punibilidad, no por ello merece alabanza el párrafo 227 del StGB. Pues, si bien se mira, la producción de la muerte o de las lesiones graves desempeña en este precepto el papel de causa encubierta de *fundamentación de la pena*, voluntariamente sustraída a la exigencia de que el dolo o la imprudencia se refieran a ella. Téngase en cuenta, en efecto, que de no concurrir dichas muerte o lesiones graves, el hecho principal de participar en una riña sería impune. Luego, como afirma Jescheck aludiendo expresamente al mencionado párrafo, «formalmente, la punibilidad del hecho no resulta fundada hasta que se produce la condición objetiva de punibilidad» (42). Se trata, pues, de una *condición objetiva de punibilidad impropia* y por ello contraria a las más elementales exigencias del principio de imputación objetiva y subjetiva del hecho a su autor.

Así las cosas, no puede considerarse de recibo la enmienda presentada por el Grupo Comunista al artículo 172 del proyecto de 1980, en la que se proponía sustituir el contenido de dicho artículo por una estructura semejante a la del párrafo 227 del StGB (43). Primero porque, he razonado anteriormente, también en el artículo 172 del Proyecto de 1980 y en los artículos 408 y 424 del Código penal, hoy derogados, se acudía a la técnica de las condiciones objetivas de punibilidad. Con la diferencia a favor de estos últimos preceptos de que, como ha quedado dicho, semejante técnica era utilizada de manera correcta y no *impropriamente*. Dicho de otra manera: mientras que el modelo alemán resulta inadmisible por cuanto supone de recurso a una *condición objetiva de punibilidad impropia*, el modelo español respetaba en sus distintas variantes la verdadera esencia restrictiva de la condición objetiva de punibilidad. En consecuencia, sólo este último merecía alabanza por haber condicionado la punición de un delito de *peligro abstracto* (en el sentido de posible o hipotético) a la concurrencia de una verdadera *condición objetiva de punibilidad*.

Por lo demás, el párrafo 227 del StGB no hace alusión alguna a la utilización de medios o instrumentos peligrosos para la vida o para la integridad de personas sino que, dada esa situación de riña cuya peligrosidad viene definida por el hecho de que de ella se ha derivado una muerte o unas lesiones graves (44), se castiga por igual a todo interviniente en la misma, tanto si ha causado lesiones o violencias como si no ha causado resultado lesivo alguno. Lo que no

(42) *Tratado*, II, cit., p. 768.

(43) *Vid.* la motivación de la enmienda n.º 166 del Grupo Comunista en: *Enmiendas al Proyecto de 1980*, p. 332.

(44) *Vid.* en este sentido: STREE en *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 22 Aufl., München 1985, p. 1423.

quiere decir que se iguala la responsabilidad penal de unos y otros partícipes, pues los que hayan ocasionado las lesiones habrán de responder de las mismas en concurso (ideal) con el delito previsto en el parágrafo 227 (45), y si para ello hubiesen empleado medio o instrumentos peligrosos les sería aplicable el parágrafo 223 a) en concurso (ideal) con el parágrafo 227 StGB (46).

Precisamente estas características del párrafo 227 del StGB vienen a corroborar mi tesis de que el modelo español contenido en el artículo 408 del Código penal era más aceptable que el alemán por la sencilla razón de que era más restrictivo. Porque, además de los aspectos positivos anteriormente enunciados (presencia de una *condición objetiva de punibilidad propia* para restringir la apreciación de un tipo agravado de lesiones; utilización de esta técnica como prueba fehaciente de la peligrosidad de la riña) en aquél se exigía que el participante en la riña hubiese ocasionado lesiones graves o violencias, cosa que no exige el modelo alemán. y, por si ello fuera poco, el artículo 408 del Código penal introducía una *segunda condición objetiva de punibilidad* al requerir que no constase el autor de la muerte; lo que tampoco sucede en el párrafo 227 del StGB, en el que la responsabilidad de los participantes en una riña de la que se han derivado una muerte o unas lesiones graves es independiente del dato de que conste o no el autor de las mismas. Por todo ello pienso que tampoco el sistema alemán constituye un modelo de referencia válido para el legislador español a la hora de acometer la reforma del llamado homocidio en riña tumultaria.

IV EL MODELO ADOPTADO POR EL NUEVO ARTICULO 424 DEL CODIGO PENAL. ANALISIS DEL MISMO EN CONEXION CON LA NUEVA REGULACION DE LOS DELITOS DE LESIONES

A) Naturaleza del nuevo delito del artículo 424

La fundamental diferencia entre el modelo mencionado en primer lugar y el acogido en el nuevo texto del artículo 424 del Código penal radica en que este último no castiga cualquier clase de participación en una riña confusa y tumultuaria sino únicamente aquella que ha ido acompañada de la utilización de medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas. Se trata pues, de un delito en el que la acción requiere el empleo de medios legalmente determi-

(45) Cfr.: STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 1426.

(46) Cfr.: STREE, ob. cit., en n.º anterior, p. 1411.

nados, lo que indirectamente produce una selección del círculo de posibles sujetos activos.

Pero aún cabe observar otra diferencia entre ambos modelos que no es sino consecuencia directa de la anterior: en el modelo del artículo 424 del Código penal, no es sólo el peligro potencial para la vida o la integridad de las personas latente en la riña en sí lo que fundamenta la prohibición, sino la peligrosidad individual de los participantes, manifestada en el uso de ciertos medios o instrumentos peligrosos (botellas, navajas, cuchillos, estacas, etc...).

Se abre así paso una figura hasta ahora desconocida en el Derecho positivo español y sin duda alguna original, habida cuenta que no se opta ni por el castigo de la mera participación en una riña confusa y tumultuaría, con total independencia de los resultados acaecidos en el curso de la misma, ni por condicionar el castigo de la participación en dicho tipo de riña a la efectiva aparición de unos determinados resultados (muerte, lesiones graves) demostrativos de la peligrosidad de aquélla.

Por lo demás, es obvio el alejamiento de esta nueva formulación respecto de los derogados artículos 408 y 424 del Código penal y del artículo 172 del Proyecto de 1980. Ya que no sólo se ha evitado incluir en la nueva redacción del artículo 424 todo elemento que pudiera hacer recaer sobre dicho precepto la acusación de que contiene un «delito de sospecha» (47), sino que lo que ahora se produce es un doble adelantamiento de las barreras de protección penal: así, de un lado, a efectos de tipicidad ya no se exige que el partícipe haya causado lesiones graves o cualquier tipo de violencias; y, de otro, la producción de una muerte o de unas lesiones graves cuyo autor no consta, tampoco es ya característica que se requiera para probar el peligro potencial para la vida o para la integridad de las personas latente en la riña. De manera que bastará para que sea aplicable el nuevo artículo 424 del Código penal con que, en una situación de riña confusa y tumultuaría (48), se haya hecho uso de medios o de instrumentos peligrosos, aún cuando no se haya producido en el cur-

(47) *Vid.*, en cambio, el comentario al nuevo artículo 424 expresado en el *Código penal* de Colex (5.^a ed., 1989, p. 269), a cuyo tenor, al no poderse precisar quién ha utilizado los medios peligrosos la responsabilidad se extiende «a todos los partícipes en la riña, con lo que de algún modo sigue perviviendo un cierto aire y estilo de delito de sospecha». No creo, sin embargo, que esta conclusión sea correcta, ya que si en efecto no se puede precisar quién ha utilizado medios o instrumentos peligrosos en el curso de la riña, el artículo 424 dejará de ser aplicable por más que conste que alguno de los contendientes, cuya identidad se desconoce, ha hecho uso de ellos.

(48) El concepto de riña confusa y tumultuaría sigue siendo el tradicionalmente acuñado por doctrina y jurisprudencia y caracterizado por las siguientes notas: se trata de una pendencia en la que intervienen más de dos personas y que, en un determinado momento, adquiere un carácter caótico, lo que puede suceder tanto si hay dos bandos como si no los hay, y tanto si varios luchan contra varios como si una sola persona es acometida por una pluralidad de ellas sin que puedan individualizarse las distintas actuaciones.

so de la misma la muerte de una persona a manos de un autor desconocido, e incluso en el caso de que nadie haya resultado lesionado. El desvalor de acción consiste pues, en este nuevo delito, en particular en una riña confusa y tumultuaria de una determinada manera: a saber, haciendo uso de medios o instrumentos peligrosos. Y el desvalor de resultado se identifica con la creación de un peligro potencial para el bien jurídico vida o integridad personal.

Pero antes de proseguir con el análisis de la naturaleza de este delito, creo conveniente hacer algunas precisiones sobre sus posibles sujetos activos, dadas las dudas interpretativas que sugiere a este respecto el texto del artículo 424 del Código penal.

Podría, en efecto, pensarse inicialmente que el ámbito del artículo 424 queda restringido a aquellos supuestos en los que todos los que se acometen confusa y tumultuariamente hacen uso de medio o instrumentos peligrosos. De seguirse esta interpretación, habría que verificar que, efectivamente, *todos y cada uno* de los contendientes que se acometen entre sí han utilizado un medio peligroso; y, en caso de que tal comportamiento no constase respecto de alguno de ellos, sería inaplicable el artículo 424 del Código penal, por más que se supiese a ciencia cierta que los demás sí que lo habían utilizado. Ciertamente es que, de haberse producido a consecuencia de ello algún tipo de lesión, podría aplicarse a estos últimos el artículo 421.1 del Código penal; pero dicha posibilidad desaparecería en el caso de que no se hubiese ocasionado resultado lesivo alguno, ya que este último precepto requiere que los medios o instrumentos peligrosos sean «susceptibles de causar graves daños en la integridad del *lesionado*». El alcance del artículo 424 del Código penal quedaría entonces excesivamente limitado pues sería inaplicable en el caso de que no todos, sino únicamente algunos de los contendientes, hubiesen utilizado los aludidos medios; y, por otra parte, la utilización de los mismos no acompañada de un resultado lesivo no podría encajarse en dicho precepto ni en el artículo 421.1 del Código penal, siendo únicamente punible a título de tentativa de lesiones del artículo 420 del Código penal. En cuyo caso, el hecho de haber o no utilizado medios peligrosos en el curso del acometimiento confuso y tumultuario carecería de toda relevancia.

También podría pensarse que basta con que uno de los contendientes utilice dichos medios para que el citado precepto alcance también a los restantes contendientes, aún cuando no hubiesen utilizado los medios o instrumentos expresados en el tipo. Pero si bien, tal interpretación permite otorgar relevancia jurídico-penal a la conducta de todos aquellos que aportan su grano de arena a la calificación del acometimiento múltiple como confuso y tumultuario (pues no olvidemos que también los que no hacen uso de medios o instrumentos peligrosos contribuyen a que la situación sea definida como caótica), no parece de recibo haberla cuenta que no supondría en definitiva

otra cosa que la tipificación de la simple participación en una riña de estas características, desde el mismo momento en que uno o varios participantes hubiesen hecho uso de los medios o instrumentos peligrosos; los demás contendientes asistirían de esta suerte a una transformación de su participación en la riña que, por motivos del todo ajenos a su comportamiento, dejaría de ser impune para convertirse en punible, igualándose así indebidamente las actuaciones de unos y otros desde el punto de vista punitivo. Y lo mismo cabría decir si, sabiéndose que algunos de los contendientes han utilizado medios o instrumentos peligrosos, e ignorándose quienes han sido, se extendiese la responsabilidad de dicha utilización a todos los partícipes en la riña (49).

Finalmente, también podría interpretarse el artículo 424 del Código penal en el sentido de que «la estructura del tipo requiere que ambas partes empleen los referidos medios» (50), lo que volvería a plantear la cuestión de qué sucede si sólo una de las partes hace uso de ellos. De acuerdo con esta interpretación, no cabría aplicar el artículo 424 del Código penal y, por otra parte, nuevamente habría que concluir que el artículo 421.1 únicamente sería aplicable en el caso de que hubiese habido un resultado cualquiera de lesión. De suerte que también esta tesis conduciría a la insatisfactoria conclusión de que, de no ir acompañada de algún resultado lesivo, la utilización de medios o instrumentos peligrosos en el curso de una riña confusa y tumultuaria únicamente sería incriminable a título de tentativa de lesiones del artículo 420 del Código penal.

Por todo ello pienso que, con independencia de cuál haya sido el comportamiento de los restantes contendientes, será sujeto activo del artículo 424 todo aquel y sólo aquel que, además de participar en una riña confusa y tumultuaria, se ayuda para ello de los citados medios o instrumentos peligrosos; y ello con independencia de cuál haya sido el comportamiento de los restantes partícipes. Creo por consiguiente que tiene razón Boix cuando dice que «si como consecuencia del carácter confuso y tumultuario de la riña es imposible determinar si se han utilizado dichos instrumentos y, en su caso, quién, no podrá deducirse responsabilidad penal en este concepto» (51).

Aclarado este punto, la siguiente cuestión que ha de dilucidarse es si el nuevo artículo 424 del Código penal contiene un delito de *peligro concreto de peligro abstracto*. Lo primero supondría que el tipo no se conforma con el mero uso de medios o instrumentos generalmente peligrosos para la vida o para la integridad de las personas,

(49) *Vid. supra.*, n.^o 47.

(50) Cfr.: BERDUGO en MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARAN, *La reforma penal de 1989* Madrid 1989, p. 103.

(51) Cfr.: Boix en BOIX/ORTS/VIVES, *La reforma penal de 1989*, Valencia 1989, p. 121.

sino que exige la inminente posibilidad de menoscabo de dichos bienes jurídicos (52) (es decir, que el uso del medio peligroso haya puesto en concreto vida o integridad personal de otro de los participantes de la riña). En tanto que, de atribuirsele naturaleza de *delito de peligro abstracto*, bastaría a efectos de cumplimiento del tipo con la calificación de los medios o instrumentos utilizados como peligrosos *ex ante* para la vida o para la integridad personal.

La atribución de una u otra naturaleza al delito contenido en el artículo 424 del Código penal depende sustancialmente del significado que se otorgue a la expresión «*medios o instrumentos peligrosos*». ¿Se está aludiendo con ella a aquellos que, según la común experiencia, son peligrosos en general aún cuando su utilización no haya puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas? ¿O, por el contrario, sólo puede hablarse de utilización de medios o instrumentos peligrosos cuando se produce una puesta en concreto peligro de dichos bienes jurídicos?

A efectos de arrojar algo de luz sobre tan importante cuestión, juzgo oportuno tener en cuenta las consideraciones apuntadas por un importante sector de la doctrina alemana (en sus comentarios al parágrafo 223 a) del StGB en el que, como en los nuevos artículos 421.1 y 424 de nuestro Código, se habla de utilización de medios o instrumentos peligrosos) a partir del entendimiento de tal expresión como alusiva a todo objeto que, según la forma en que se use y al parte del cuerpo a la vaya dirigido, es idóneo para producir lesiones graves (53).

Según dicho sector doctrinal, de semejante entendimiento del concepto de «*instrumento peligroso*» cabe deducir lo siguiente: 1) no basta a efectos de tipicidad con la utilización de un medio que es peligroso en abstracto pero que no lo es en concreto (ejemplo: una navaja desmochada); y 2) un medio no peligroso en abstracto puede, no obstante, serlo en concreto (ejemplo: una media de nylon, si se utiliza para estrangular a alguien). Con la consecuencia de que la citada expresión se interpreta como manifestación de la exigencia de un *peligro concreto* para la integridad de las personas (54). La doctrina alemana dominante parece inclinarse, sin embargo, a favor de no exigencia de la puesta en concreto peligro del bien jurídico (55).

(52) Cfr.: CRAMER en *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit. p. 1787.

(53) Cfr.: ESER/STREE en *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 1408. Bien es cierto que por lo que se refiere al artículo 424 del Código penal, la calificación del medio como peligroso no requiere explícitamente que sea «susceptible de causar graves daños en la integridad». No obstante, lo cual así debe interpretarse. Y ello no sólo por motivos de coherencia valorativa con el artículo 421.1 del Código penal o de respeto del principio de intervención mínima (Cfr.: BERDUGO, *ob. cit.* p. 104), sino porque, según se deduce del precepto últimamente citado, la propia definición de medio o instrumento peligroso para la integridad es inseparable de su aptitud para ocasionar lesiones graves.

(54) Cfr.: ESER/STREE, *ob. cit.*, p. 1408 y 1410.

(55) Cfr.: ESER/STREE, *ob. cit.* p. 1410.

Como se ve, la cuestión dista mucho de ser pacífica. Más si nos atenemos estrictamente a la «interpretación auténtica» que del nuevo delito contenido en el artículo 424 ofrece la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/89 (56), habrá que concluir que los antiguos delitos de homicidio y de lesiones en riña tumultaria, de discutida naturaleza jurídica pero en cualquier caso de resultado, han dejado paso a un delito no sólo de peligro sino también de mera actividad (57). Ergo no se trata de un delito de peligro concreto (58) sino de un delito de peligro abstracto, pues, como es sabido, los delitos de peligro concreto son delitos de resultado. Y por otra parte, por más que sea cierto que se ha evitado la punición de la simple participación en una riña confusa y tumultaria, y que se requiere para la tipicidad, que los participantes en la misma hagan uso de «medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas», el legislador ha evitado incluir en el artículo 424 del Código penal una expresión como la contenida en el artículo 340 bis a), 2.^º del Código penal, con la que habría manifestado inequívocamente su naturaleza de delito de peligro concreto.

Ello no quita para que se estime que para aplicar el artículo 424 no basta con una definición apriorística de lo que ha de entenderse por medios o instrumentos peligrosos sino que es necesario que el juez compruebe en cada caso concreto que tales medios, *ex ante* considerados, eran idóneos para llegar a crear un peligro para la vida o la integridad de las personas. Pues como dice Jescheck «también constituyen delitos de peligro abstracto aquellos tipos en los que la comprobación de la peligrosidad general se confía al criterio del juez mediante la exigencia de “idoneidad” para la producción de un determinado resultado» (59). De suerte que también en relación con el artículo 424 podría decirse que, frente a lo que por regla general en el caso en los delitos de peligro abstracto, no es el autor quien ha

(56) «Por su frontal incompatibilidad con la seguridad jurídica y el principio mismo de culpabilidad, se suprime el llamado homicidio en riña tumultaria, sustituyéndolo por un sólo tipo de delito (artículo 424), incriminándose la participación en riña como *infacción de mera actividad*» (el subrayado es mío).

(57) Los delitos de peligro abstracto pueden ser de mera actividad o de resultado (*Vid. a este respecto, por todos: JAKOBS, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlín-New York 1983, p. 145, n.^º 174).

No participo, pues, de la opinión que identifica los delitos de peligro abstracto con los de mera actividad, aunque si creo, en cambio, que todos los delitos de peligro concreto son delitos de resultado.

(58) De distinta opinión son, sin embargo: BOIX, *La reforma*, cit., p. 121: «Estamos pues, ante un delito de peligro concreto, pues el tipo legal requiere que quienes participen en la riña utilicen medios o instrumentos peligrosos para la vida o la integridad de las personas»; y BERDUGO en MUÑOZ CONDE/BERDUGO/GARCÍA ARAN, *La reforma penal de 1989*, Madrid, 1989, p. 103. «La exigencia de utilización del medio o instrumento peligroso proporciona una base para llegar a un contenido de peligro concreto».

(59) *Tratado*, vol. 1, cit., p. 359.

de aportar la prueba en contrario de la peligrosidad *ex ante* de su comportamiento. Interpretación ésta que posibilitaría la inclusión del delito contenido en el precepto últimamente citado en la categoría de *delitos de peligro abstracto-concreto* (60) que, sin embargo, no es sino una modalidad de los delitos de peligro abstracto (61).

B) Las difíciles relaciones entre los nuevos artículos 421.1 y 424 del Código penal

Ahora bien, si esta conclusión por la que se atribuye naturaleza de delito de peligro abstracto al contenido en el nuevo texto del artículo 424 del Código penal resultare correcta, lo que a continuación habría que preguntarse es si, sean cuales fueren las objeciones oponibles a los antiguos delitos de homicidio y de lesiones en riña tumultuaria, estaba justificada su conversión en delitos de peligro abstracto en los que efectiva producción de unos determinados resultados no desempeña función alguna. ¿Acaso era obligado proceder a semejante adelantamiento de la protección penal?

Pero antes de contestar a esta pregunta conviene tener presente que la introducción del actual texto del artículo 424 del Código penal ha venido acompañada de una nueva regulación de los delitos de lesiones. Regulación que por cierto merece varias críticas. Así, por citar las más sobresalientes de entre ellas, no sólo la pena por castración dolosa (o, lo que es lo mismo, por mutilación o inutilización de un órgano o miembro principal) sigue siendo la misma que la correspondiente al homicidio doloso, sino que también merecen ahora esta pena hechos valorativos tan dispares (en cuanto a portadores de un diferente desvalor de resultado) como privar dolorosamente a alguien de la vista o del oído, causarle la anulación o una grave limitación de su aptitud laboral, una grave enfermedad somática o psíquica o una enfermedad mental incurable (62). Realmente no acierto a comprender cómo ha podido llegarse a una solución tan desatinada desde el punto de vista político-criminal y que, por ende, carece de precedentes en los Proyectos de reforma del Código penal (63). Pero las

(60) O *Delitos de peligro hipotético*, según la terminología propuesta por TORIO (*Vid. ob. cit.*, p. 838 y ss.).

(61) *Vid. al respecto: CRAMER, ob. cit.*, p. 1786.

(62) Según el nuevo texto del artículo 418, introducido por la Ley Orgánica 3/89, «El que de propósito mutilare o inutilizare a otro de un órgano o miembro principal, le privare de la vista o del oído, le causare la anulación o una grave limitación de su aptitud laboral, una grave enfermedad somática o psíquica o una enfermedad mental incurable, será castigado con la pena de reclusión menor».

(63) La nueva redacción del artículo 418 del Código penal procede de los artículos 169 del Proyecto de 1980 y 152 de la PANCP, si bien, con algunas variaciones (se habla de anulación o grave limitación de la aptitud laboral en lugar de aludirse, como en el Proyecto de 1980 y en la PANCP, únicamente a la incapacidad laboral absoluta).

notables diferencias de las modificaciones efectivamente operadas por la Ley Orgánica 3/89 respecto de aquellos modelos no paran ahí. Podría decirse que esta «Ley de actualización del Código penal» ha recogido los textos presentes en dichos modelos con bastante rigor, mas a la hora de establecer las penas se ha dejado llevar de una fantasía punitiva exhuberante o, peor aún, se ha mantenido lo más fiel posible a las ya previstas en los artículos que venía a reformar. Y así engendro, es manifiesto al incumplirse de manera flagrante las exigencias derivadas del *principio de proporcionalidad* de los delitos y de las penas.

Ello se observa de manera particularmente clara al analizar en profundidad los nuevos artículos 420 y 421 del Código penal. Desde luego que no hay nada que objetar, sino todo lo contrario, a que el primero de los citados preceptos introduzca por fin un concepto general de lesiones, preterisión ésta acariciada por la doctrina desde hace largo tiempo (64). Pero si a la pena con que este tipo básico se comina: prisión menor en toda su amplitud y no sólo en su grado mínimo. Ello choca con la naturaleza agravatoria del artículo 421, ya que la pena que en este último caso se prevé es la de prisión menor en sus grados medio a máximo, resultando de esta suerte que una lesión básica del artículo 420 bien pudiera merecer la misma pena que una lesión agravada del artículo 421. Puestas así las cosas, y habiéndose partido de la pena de prisión menor en toda su extensión para el tipo básico de lesiones, es incluso lógica la pena de prisión mayor prevista en el nuevo texto del artículo 419 para quien «de propósito causarle a otro la mutilación o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, la esterilidad o la deformidad»; pero lo que ya no es tan lógico es que dicha pena de prisión mayor esté contemplada en toda su extensión y no, como sería correcto, en sus grados mínimo a medio. Esto último habría permitido sancionar algunos de los supuestos previstos en el artículo 418 —no todos, puesto que como ya he dicho son de gravedad dispar— con la pena de prisión mayor en su grado máximo y no con la a todas luces excesiva de reclusión menor en toda su extensión.

Por lo demás, resulta evidente que el nuevo delito contenido en el artículo 421.1 del Código penal (65) constituye un tipo agravado

Pero ambos textos antecedentes, a diferencia del recién incorporado, tuvieron buen cuidado en distinguir entre la pena por homicidio (prisión de ocho a quince años), y la pena por esta categoría de lesiones ocasionada de propósito (prisión de cinco a ocho años en el Proyecto, y de seis a ocho años en la PANCP).

(64) Cfr.: ANTON, *Notas críticas al del Código penal. Las lesiones*, en Estudios penales en homenaje al P. J. Pereda, Bilbao, 1965, p. 781.

(65) Debe señalarse que el nuevo texto del artículo 421 ha sustituido la mención que se hacía de los artículos 167.1 del Proyecto de 1980 y 150.1 de la PANCP (de contenido por lo demás idéntico al del texto ahora vigente) de la «acusada brutalidad en el agresor» por la de «acusada brutalidad en la acción». Esta modificación parece acertada por cuanto la alusión a la presencia de «acusada brutalidad en el agresor»

de lesiones basado en la consideración de que el empleo de ciertos medios, modelos o formas lesivos conlleva un peligro de producción de lesiones graves. Obsérvese, sin embargo, que su naturaleza no es la de un simple delito de peligro, ya que el primer párrafo del artículo 421 se refiere a «las lesiones del artículo anterior» con lo que está exigiendo para la cualificación que se produzca un resultado efectivo de lesión. Por consiguiente, puede decirse que la estructura típica del artículo 421.1 está integrada por un delito de lesión y por un delito de peligro abstracto o, mejor, *abstracto-concreto*. Y digo que es de peligro abstracto y no de peligro concreto porque aunque el precepto no se limita a una referencia a la utilización de cierto número de medios peligrosos en abstracto (de acuerdo con la experiencia común) sino que pone el énfasis, en el hecho de que sean «susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado», ello no supone sino la introducción expresa en el texto de la ley de un criterio general de idoneidad de los medios para poner en peligro el bien jurídico que, como ya he dicho, no basta a su calificación de delito de peligro abstracto (66). En cualquier caso, para que tenga lugar la agravación contemplada en el artículo 421.1 del Código penal no se requiere la efectiva producción de esos graves daños, aunque sí de los previstos en los artículos 420 o 582.1 del Código penal.

Tras este análisis somero del artículo 321.1 del Código penal, volvamos nuevamente al actual texto del artículo 424 del Código penal. Y observemos que tanto uno como otro precepto aluden a la utilización de *medios o instrumentos peligrosos*. El uno para agravar una pena que ya corresponde por razón de unas lesiones más o menos graves; el otro para elevar a la categoría de delito una conducta que de otra manera resultaría impune: la consistente en participar en una riña confusa y tumultuaría. Vistas así las cosas, basta con plantearse algunas hipótesis para advertir que actúan como verdaderos círculos secantes.

Imaginemos, por ejemplo, los siguientes supuestos: en el curso de una riña confusa y tumultuaría, A hace uso de una navaja con la que acomete a D sin llegar a ocasionarle lesiones. En esa misma riña, B utiliza una botella rota para herir a M, ocasionándole un corte profundo en el brazo. En tanto que C, por su parte, propina a F una fuerte patada en la boca que le hace perder varias piezas dentales.

La calificación del primer supuesto es evidente: la conducta de A se adapta plenamente a la descripción típica ahora contenida en el artículo 424. En consecuencia, A será castigado con una pena que podría ir de un arresto mayor en su grado máximo a una prisión

supondría haber basado la agravación no ya en la gravedad del hecho, sino en la personalidad del autor (Cfr.: BERDUGO, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, p. 110).

(66) Son, en cambio, de la opinión de que se trata de un *peligro concreto*: BERDUGO, *La reforma*, cit., p. 88; y BOIX, *La reforma*, cit., pp. 110-111.

menor en su grado medio. Por lo que se refiere a la posibilidad de considerar la existencia de un concurso con una tentativa de lesiones, entiendo que, dado que el artículo 424 habla de utilización de medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas, y no de mera exhibición o porte de los mismos, el término «utilizar» indica cuando menos un principio de ejecución de un delito de lesiones, quedando de esta suerte embebida la tentativa de lesiones en el supuesto de hecho del artículo 424 del Código penal. Lo que no parece en principio mala solución habida cuenta que, de no existir dicho precepto, tales hipótesis únicamente podrían castigarse a título de tentativa de un delito de lesiones del artículo 340 del Código penal, al no ser posible su subsunción en el artículo 421.1 del Código penal que requiere la presencia de un lesionado real. Pero entonces, no se tendría en cuenta el distinto desvalor de la acción que implica no ya la mera utilización de dichos medios (67), sino el hecho de que se hayan utilizado en el curso de una riña confusa y tumultuaria.

El segundo supuesto es mucho más problemático. Supongamos por un momento que la Ley Orgánica 3/89 se hubiese limitado a introducir el artículo 424 sin proceder a la coetánea remodelación de los tipos de lesiones. La calificación de B sería entonces muy sencilla: tendría que responder del delito previsto en el artículo 424 del Código penal en concurso (ideal) con el correspondiente delito o falta de lesiones. Volvamos ahora a la realidad que nos impone prestar atención al artículo 421.1 del Código penal (68), y tendremos el siguiente panorama: el medio utilizado puede considerarse peligroso y, por consiguiente, es de los descritos en dicho precepto. De manera que, aún cuando la lesión no sea muy grave en principio e incluso si es leve (69), B merece, como autor de lesiones graves, una pena de prisión

(67) El texto del artículo 421.1 Código penal obliga a concluir que, de no producirse un resultado lesivo, el uso de medios peligrosos en el curso de una situación no calificable de riña confusa y tumultuaria no constituye tentativa de lesión grave sino de lesión menos grave.

(68) El artículo 421.1 del Código penal dice así: «Las lesiones del artículo anterior serán castigadas con la pena de prisión menor en sus grados medio a máximo: 1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado o reveladoras de acusada brutalidad en la acción».

(69) *Vid.* el nuevo artículo 582 del Código penal: «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 trate de alguna de las lesiones del artículo 421». De manera que el uso de armas, etc., tiene por efecto convertir en delito de lesiones graves lo que de otra manera no habría pasado de ser una simple falta de lesiones. Por cierto, que en el artículo 582.1 me parece detectar ciertas incongruencias: obsérvese en efecto que, por una parte, dicho precepto remite a las lesiones del artículo 421, sin advertir que, obviamente las previstas en el artículo 421.2 no podían calificarse a título de falta, ya que siempre requerirán tratamiento médico o quirúrgico; y, por otra, que el párrafo inicial del artículo 421 se refiere a su vez, a las lesiones contempladas en el artículo 420 del Código penal, con lo que difícilmente podrá abarcar las

en sí, habida cuenta de que la lesión se ha producido en el curso de una riña confusa y tumultuaria en la que B ha participado utilizando un instrumento peligroso, debería además apreciarse un concurso (ideal) con el delito previsto en el artículo 424 del Código penal.

Si la cuestión se enfoca a partir del artículo 424 del Código penal, habría que responder afirmativamente, dado que dicho precepto no absorbe los resultados lesivos que pudiere producir la utilización de medios o instrumentos peligrosos en el curso de una riña confusa y tumultuaria. Precisamente, por ello puede llegar a afirmar la doctrina alemana la existencia de un concurso (ideal) entre los párrafos 227 y 223-223 a) del StGB (70), ya que el primero de ellos no se tiene en cuenta para nada el hecho de que uno de los participantes en la riña haya ocasionado lesiones, o de que haya utilizado o no medios o instrumentos peligrosos. Pero no cabe duda de que este nuevo tipo de lesiones graves tiene ya en cuenta ese plus de peligrosidad individual a que antes que refería como implícito en el uso de tales medios. Y lo tiene tan en cuenta que, como se ha dicho, puede llegar a convertir una simple falta de lesiones en un delito de lesiones graves. En tales circunstancias, la aplicación a B del artículo 424 del Código penal supondría un *bis in idem* inaceptable, ya que se estaría desvalorando dos veces ese plus de peligro.

Verdad es que podría alegarse, para defender en tal caso la existencia de un concurso entre el artículo 421.1 y el artículo 424, que el artículo 421.1 no tiene nada en cuenta la peligrosidad inherente a una situación de riña confusa y tumultuaria. Pero como se ha visto, tampoco el artículo 424 parece haberla tenido muy en cuenta ya que ha optado por poner el acento no en el mero hecho de participar en una riña de esas características, sino en el modo en que en ella se ha participado.

Creo por consiguiente, que cabe afirmar que entre el artículo 421.1 y el artículo 424 se da un *concurso de normas* y no un *concurso de delitos*. De manera que si, como es lógico suponer, el uso de medios o instrumentos peligrosos en un contexto definido como caótico desembocará en la mayoría de los casos en el ocasionamiento, cuando menos de unas lesiones menos graves, el tipo aplicable ya no será el contenido en el artículo 424 sino el del artículo 421.1 ya que, al ser el hecho subsumible a la vez en uno y otro precepto, habrá de aplicarse (de conformidad con el artículo 68 del Código penal) aquel cuyo marco penal sea más severo. Con la consecuencia de que la subsunción en el artículo 424 del Código penal quedaría reservada

lesiones no incluibles en este último precepto. Ciento es que se trata de contradicciones a los respectivos textos. Pero no es menos cierto que son expresivas de la escasa atención que se presta a la necesaria coordinación de aquellos tipos que presentan entre sí una conexión de carácter sistemático.

(70) Cfr.: STREE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., p. 1410 y 1426.

a aquellos supuestos marginales en los que, a pesar de hacerse uso de medios o instrumentos peligrosos, no se ocasiona resultado lesivo alguno, y a los que, como se ha dicho, no resulta aplicable el artículo 421.1.

Y aquí es donde cabe apreciar una primera incongruencia derivada de la coetánea introducción de los artículos 421.1 y 424 del Código penal: de acuerdo con lo afirmado, A habría de responder a título del artículo 424 del Código penal y merecería una pena que puede ir de un arresto mayor en su grado máximo a una prisión menor en su grado medio; mientras que B merecería, como autor de las lesiones graves previstas en el artículo 421.1 una pena comprendida entre una prisión menor en su grado medio y una prisión menor en su grado máximo. Ahora bien: al coincidir el máximo de la pena correspondiente al artículo 424 del Código penal con el mínimo de la pena correspondiente al artículo 421.1 podría suceder que se castigase a B con la misma pena que a A, aún cuando la respectiva gravedad de sus comportamientos fuese diversa (el primero no ocasiona un resultado de lesión, mientras que el segundo sí).

No paran aquí las incongruencias. Volvamos a los supuestos anteriormente planteados y fijémonos en el citado en tercer lugar. Es obvio que, al no haber hecho uso de medios o de instrumentos peligrosos (71) la conducta de C no es subsumible ni en el artículo 421.1 (72) ni en el artículo 424 del Código penal. Y, sin embargo, si ha ocasionado una lesión que requiere tratamiento médico o quirúrgico, será considerado autor de la lesión prevista en el artículo 420 del Código penal y, en consecuencia, habrá de imponérsele la pena de prisión menor en toda su extensión. Ello implica que, pese a la distinta gravedad de los respectivos comportamientos, puede suceder que, llegado el caso, C merezca la misma pena que A y que B; y ello tanto en este caso como en la hipótesis de que esa misma lesión no hubiese sido ocasionada en el curso de una riña confusa y tumultuaria. Lo que abona la tesis de que lo que el legislador ha tenido en cuenta en el artículo 424 del Código penal no ha sido tanto el peligro para la vida o la integridad personal representado por la referida situación-marco cuanto el modo de actuación de los participantes en la misma, pero ni siquiera en este punto ha mantenido en todo momento la deseable coherencia. Pues, dada la exigencia de un «lesionado» en el artículo 421.1 del Código penal, no será aplicable este último precepto sino el artículo 420 del Código penal en el supuesto de que, en un contexto distinto al definido en el artículo 424 del Código penal, se hayan utilizado medios o instrumentos peligrosos sin que se

(71) La utilización de la fuerza física no puede considerarse como tal. Cfr., al respecto: STREE, *ob. cit.*, p. 1408.

(72) A no se que se aprecie propinar una patada en la boca es un método o forma reveladora de «acusada brutalidad en la acción».

haya producido resultado alguno de lesión. Se produce así una nueva incongruencia: a pesar de que el mencionado supuesto coincide con el contenido en el artículo 424 del Código penal en todo excepto en la exigencia de que el comportamiento haya tenido lugar en el marco de una riña confusa y tumultuaria, y no obstante haberse comprobado que no es únicamente este dato lo que constituye la *ratio legis* de dicho precepto, basta con que se dé esta diferencia para que la pena sea en este último caso más grave.

Todo ello indica que el legislador no ha tenido en consideración los extremos apuntados a la hora de establecer los marcos penales contenidos en los artículos 420, 421.1 y 424 del Código penal. No obstante, para solventar provisionalmente (en espera de otra más que probable reforma parcial) las antinomias enunciadas, se me ocurre el siguiente catálogo de penas en función de las distintas gravedades de los respectivos comportamientos: 1) reserva la pena de prisión menor en su grado máximo (límite por arriba del marco penal previsto en el artículo 421.1 del Código penal) para el caso de que se ocasione cualquier tipo de lesión en el curso de una riña confusa y tumultuaria en la que se han utilizado medios o instrumentos peligrosos; 2) imponer la pena de prisión menor en su grado medio (límite por abajo del marco penal previsto en el artículo 421.1 del Código penal) cuando el comportamiento anteriormente descrito no tenga lugar en el marco de una riña confusa y tumultuaria; 3) castigar el ocasionalamiento de una lesión como la descrita en el artículo 420 del Código penal con la pena de prisión menor en su grado mínimo (límite por abajo de la pena actualmente prevista en dicho precepto); y 4) sancionar la conducta prohibida en el artículo 424 (tentativa de lesiones acompañada del uso de medios peligrosos en un contexto de riña confusa y tumultuaria) con la pena de arresto mayor en su grado máximo (límite por abajo del marco penal actualmente imponible). Pero insisto en que ésta es una solución de puro compromiso hasta tanto se reflexione seriamente sobre qué es exactamente lo que se pretende con la introducción de un delito de participación en riña con utilización de medios o instrumentos peligrosos.

V. CONCLUSIONES

1.^{a)} Por más que insista en ello la doctrina dominante, el homicidio en riña tumultuaria no era un delito de sospecha sino un delito de lesiones agravadas por la circunstancia de haber sido ocasionadas en el marco de una riña confusa y tumultuaria. Agravación que únicamente era aplicable cuando concurría una doble condición objetiva de punibilidad: que de tal riña se hubiese derivado una muerte, y que no constase el autor de la misma. En este sentido puede decirse que el modelo antes contenido en el artículo 408 del Código penal

era mucho más razonable que el recogido en el parágrafo 227 StGB. No obstante, justo es reconocer que el artículo 408 del Código penal presenta algunos defectos técnicos entre los que destacaba un inadmisible sistema de responsabilidad en cascada.

2.^{a)} Era pues necesario reformar el artículo 408 para eliminar los aludidos defectos. Hay que decir, sin embargo que, de las diversas posibilidades existente al respecto, unas eran más aceptables que otras. Así, no parecía en principio recomendable transformarlo en un delito de peligro presunto, consistente en la mera participación en una riña confusa y tumultuaria. Ni tampoco era aconsejable seguir el sistema patrocinado por el parágrafo 227 del StGB, en el que la muerte o las lesiones graves no desempeñan en realidad otra función que la de condiciones objetivas impropias de punibilidad. Para eso, hubiese sido mejor mantener el artículo 408 del Código penal, eliminando únicamente la rechazable responsabilidad en cascada, y ajustando a la baja las penas en él previstas con la vista puesta en la nueva regulación de los delitos de lesiones, como por lo demás se proponía en el artículo 172 del Proyecto de 1980 que, a mi juicio merecía mejor suerte que la que tuvo. O incluso podía haberse pensado en suprimirlo sin que, a la vista del nuevo artículo 421.1 del Código penal, hubiese por ello que rasgarse las vestiduras.

3.^{a)} No obstante, el malentendido doctrinal a que antes he aludido pesó gravemente sobre nuestro legislador penal (73). Recuérdese que la crítica opuesta al artículo 408 del Código penal por la mayoría de nuestra doctrina, aconsejaba la desaparición del mal llamado homicidio en riña tumultuaria. Y que ello suponía implícitamente una de estas dos cosas: o bien el hecho de participar en una riña confusa y tumultuaria dejaba de tener relevancia jurídica, o bien seguía teniéndola pero con total independencia de ese resultado de muerte (o de lesiones graves, en el caso del delito antes contenido en el artículo 424 del Código penal). Lo primero suponía la absoluta equiparación penal de las lesiones ocasionadas en el marco de una situación definida como peligrosa con las inferencias en cualquier otro tipo de contexto, esto es, la igualación de desvalores de acción dispares; lo que no parecía lógico. Lo segundo no implicaba, sin embargo, necesariamente la transformación de un delito de lesión en un delito de peligro, puesto que cabía la posibilidad de introducir un nuevo tipo de lesiones agravadas por la circunstancia de haber sido ocasionadas en una situación de riña confusa y tumultuaria. Pero, de haberse se-

(73) No obstante, haberse precisado en la Providencia del Tribunal Constitucional de 17 de abril de 1989 que el delito contenido en el artículo 408 del Código penal no vulneraba necesariamente el artículo 24 de la Constitución «siempre que los Tribunales no busquen un homicidio presunto, sino que detengan su convicción, tras la práctica de la prueba, en una certeza de que se ejerció violencia y valoren únicamente la participación en una riña en la que se produjo una muerte» (*Vid. Código penal COLEX*, cit., p. 269).

guido este último camino, la situación no habría mejorado sino empeorado, ya que dicha agravación estaría basada en una presunción de peligro que, por más que fuera destruible mediante prueba en contrario, carecía de las garantías aportadas por el uso de la técnica de las *condiciones objetivas de punibilidad*. Al legislador no le quedaban pues sino dos caminos; o bien optaba por dejar las cosas como estaban, introduciendo únicamente algunas modificaciones correctoras en los artículos 408 y 424 del Código penal, o bien procedía a independizar por complejo el hecho de intervenir en una riña confusa y tumultuaria de los distintos tipos de lesiones.

4.^{a)}) De haber aceptado la interpretación del artículo 408 del Código penal que he propuesto anteriormente, el legislador podía ciertamente haber seguido el primero de estos dos caminos. Pero es más que probable que ello le hubiera valido la enemiga de esa doctrina dominante a la que pretendía complacer. Se comprende pues, hasta cierto punto, que haya optado por el segundo, convirtiendo de esta suerte un delito complejo de lesión y de peligro en un simple delito de peligro abstracto. Pero que ello sea comprensible no quiere decir que sea justificable.

5.^{a)}) La introducción simultánea de los nuevos artículos 421.1 y 424 conduce a la existencia de relaciones de difícil convivencia entre ambos y ocasiona desajustes en materia de graduación de las penas, ya que hechos valorativamente dispares pueden llegar a merecer idéntica sanción. Para evitar esta indeseable consecuencia, y con independencia de la solución provisional de *lege lata* sugerida en el texto, me permito proponer lo siguiente:

1. Que se suprima el artículo 424 del Código penal.
2. Que la pena prevista para el tipo básico de lesiones sea en todo caso inferior a la que corresponde a los tipos agravados (podría, por ejemplo, imponerse la pena de prisión menor en su grado mínimo en el primer caso, y la de prisión menor en sus grados medio a máximo en el segundo).
3. Que se conserve el título 421.1 del Código penal, sustituyéndose el término «lesionado» por el de «agredido». De manera que sea también aplicable a supuestos de tentativa de lesiones acompañada del uso de medios o instrumentos peligrosos.
4. Que, ubicándolo en el lugar sistemático oportuno, se reintroduzca un tipo agravado de lesiones en riña tumultuaria formulado en más o menos los siguientes términos: *Artículo 42.1, último párrafo. «Se impondrá el grado máximo de las penas respectivamente previstas en los artículos 420 y 421 si la agresión hubiese tenido lugar en el marco de una riña confusa y tumultuaria de la que hubiere resultado muerte y no constase su autor».*

Tabla genealógico-científica de los profesores españoles de Derecho penal en el siglo XX (*)

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho penal, Universidad de León

I

Durante mi estancia en Múnich, en el Instituto dirigido por Roxin, tuve la ocasión de encontrar una obra de referencia de todos los profesores alemanes de Derecho penal; esta utilísima obra ha sido elaborada, curiosamente, por un autor japonés: Koichi Miyazawa, y lleva por título *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft. Akademiker* (Tokio, 1978). Pues bien, en este libro se incluye un apéndice donde en forma de árbol genealógico aparecen todos los penalistas ordenados según una relación maestro/discípulo. De esta manera, se puede localizar fácilmente a cualquier autor y descubrir, mediante una rápida ojeada, de dónde procede científicamente y a cuántos discípulos ha formado.

Me ha parecido interesante y útil trasportar esa idea a la ciencia penal española del siglo XX. Si bien, se han escrito estudios sobre alguna generación de esta centuria (1), no se ha ofrecido, que yo sepa, una visión de conjunto de los científicos de nuestra disciplina. En el momento presente en que nos acercamos al final de este siglo, resulta conveniente abordar esta tarea, aunque sólo sea de forma esquemática.

Pero antes de exponer los criterios por los que me he guiado para confeccionar la tabla, creo oportuno efectuar algunas anotaciones históricas sobre los dos puntos de referencia de la misma, es decir, sobre el Derecho penal como asignatura en los estudios universitarios y so-

(*) El presente trabajo, con algunas modificaciones y adiciones, constituye uno de los capítulos del *Proyecto docente e investigador* que presenté como primera prueba al concurso a la plaza de catedrático de Derecho penal de la Universidad de León.

(1) *Vid.* por ej., ANTON ONECA, «La generación española de la política criminal» en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa* 1970 pp. 337-348.

bre los profesores que ejercen la docencia en la Universidad. Al fin y al cabo, la historia de una ciencia viene condicionada no sólo por la evolución de las ideas correspondientes a esa rama del saber, sino también por factores externos, como las instituciones que la promueven y la financian, las personas que se dedican a ella, los medios de trabajo, el entorno social, etc. Mi objetivo no es analizar el desarrollo de todos estos aspectos a lo largo del tiempo, sino solamente trazar las líneas fundamentales que puedan explicar la implantación de nuestra disciplina en las Facultades de Derecho.

II

Las Universidades españolas tuvieron su máximo esplendor en el Siglo de Oro, entrando en crisis en el siglo XVII, sobre todo en su segunda mitad. Esta decadencia se observa en el predominio de los estudios de teología y cánones (convirtiéndose las Facultades en focos de la Contrarreforma), con total ausencia de la física, las matemáticas o las ciencias naturales; en la inexistencia de toda labor investigadora o innovadora, limitándose a la mera transmisión del saber; en el abandono de la docencia, debido a la escasa dotación de las Cátedras; en la relajación del nivel de los grados, que incluso llegaron a ser objeto de compraventa; en el control que ejercían los «colegiales» (los becarios que residían en los Colegios fundados junto a las Universidades) y en su prepotencia sobre el resto de los estudiantes, llamados «manteístas» por ir vestidos con el traje talar y encima el manteo; en la general indisciplina que reinaba entre los estudiantes; en las deficiencias de gobierno, régimen interior y organización de las Universidades (2).

Este panorama general tan negativo también resultaba aplicable a los estudios jurídicos. Las Universidades que contaban con Facultades de Cánones y Leyes (que no eran todas, pues las Universidades menores sólo impartían enseñanzas de cánones), habían dispuesto un plan de estudios centrado con exclusividad en el Derecho romano y en el Derecho canónico, sin atender al Derecho nacional, lo que, evidentemente, originaba dificultades para el ejercicio de la abogacía: los bachilleres en leyes desconocían las normas por las que se regían los tribunales; las Universidades no creaban Cátedras de Derecho nacional, por la ausencia de recursos para dotarlas (3). Por otro lado, la provisión de las Cátedras dejaba mucho que desear: en algunos

(2) Cfr. sobre esta situación y sus causas ALVAREZ DE MORALES *La ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII* 3.^a ed. Madrid 1985, Pegaso, pp. 1-26.

(3) Cfr. ALVAREZ DE MORALES *op. cit.* pp. 17 y 117. Respecto a la influencia de la teología entre los juristas de los siglos XVI al XVIII cfr. TOMÁS Y VALIENTE *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)* 1969 pp. 85-93.

casos los catedráticos eran elegidos por los alumnos, dando lugar a todas clase de sobornos y dádivas, pero, en la mayoría de los supuestos, la provisión formal se efectuaba mediante el sistema de turno que favorecía enormemente a los colegiales (4). La escasa exigencia en la colación de los grados influyó negativamente en la formación de los docentes, pues los títulos de licenciado y doctor sólo se necesitaban para obtener la Cátedra (5).

A lo largo del siglo XVIII los ministros reformistas de los monarcas borbones son conscientes de estas deficiencias y pretende superarlas. La tendencia general de los proyectos de reforma es la de centralizar y uniformar los estudios universitarios, lo que encaja perfectamente en el programa de despotismo ilustrado (6). Se pretende uniformar los planes de estudio, respetando hasta cierto punto la autonomía de las Universidades; se instaura la imposición de un libro de texto para cada asignatura; se establecen controles en el nombramiento de los catedráticos, que pasa a ser competencia del Consejo de Castilla, suprimiéndose el sistema de turno; el otorgamiento de grados es objeto de una regulación más seria, insistiéndose, sobre todo, en el de Bachiller, que facultaba para el ejercicio de la profesión (7).

En el ámbito de lo jurídico la reforma de los ilustrados está orientada por varias tendencias: por un lado, se persigue dar un carácter laico a los estudios de Derecho, y de ahí que por lo general se inicie la separación entre las Facultades de leyes y las de cánones (8). Por otra parte, el Derecho nacional es objeto de mayor atención; las Universidades proponen en sus planes de estudio la creación de una o dos Cátedras (según sus respectivos recursos) de Derecho nacional, en las que se enseñan las Leyes de Toro y algunas partes de la Recopilación (9); igualmente exigen para el ejercicio de la profesión además del título de bachiller las pasantías o prácticas en el despacho

(4) ALVAREZ DE MORALES, *op. cit.* p. 10 explica así tal sistema, implantado en la Universidad de Salamanca: «En el turno entraba la Universidad, formando un único grupo de los manteístas, colegiales menores y militares, mientras que los cuatro Colegios Mayores formaban cada uno el suyo particular, así de cada cinco cátedras, cuatro quedaban aseguradas para colegios mayores».

(5) Cfr. ALVAREZ DE MORALES, *op. cit.* p. 99; PESET REIG, M. «La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX» *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (RGLJ) t. 62 (nueva serie) 1971 p. 608.

(6) Cfr. ALVAREZ DE MORALES *op. cit.* p. 69 ss.; LAFUENTE/PESET, J. L., «Las actividades e instituciones científicas en la España ilustrada» en SELLES/PESET, J. L./LAFUENTE (compiladores) *Carlos III y la ciencia de la Ilustración* Madrid 1988, Alianza, p. 51 s.

(7) Cfr. con mayor amplitud ALVAREZ DE MORALES *op. cit.* pp. 69-97.

(8) Cfr. ALVAREZ DE MORALES *op. cit.* p. 130.

(9) Cfr. ALVAREZ DE MORALES *op. cit.* p. 123. El tránsito de los penalistas precupados por el Derecho común a los que se centran en el estudio del Derecho regional castellano, ha sido analizado por TOMÁS Y VALIENTE *op. cit.* pp. 112-151. Este mismo autor ha destacado la importancia de la Universidad de Salamanca, en la que impartieron docencia los penalistas más destacados del siglo XVI (*op. cit.* p. 124).

de un abogado durante un período de cuatro años (10). Una tercera tendencia que se aprecia, sobre todo bajo el reinado de Carlos III, es el surgimiento de instituciones extrauniversitarias, los colegios y las academias, en parte por las insuficiencias de las Universidades, en parte, por la imitación de las existentes en otros países europeos. Curiosamente estas instituciones podían contar con Cátedras. Es revelador el número de las academias jurídicas que se crearon en pocos años en Madrid: Real Academia de Práctica de Leyes y de Derecho Público de Santa Bárbara (1761), Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica (1775), Academia de Jurisprudencia de Nuestra Señora del Carmen (1779), Academia de Derecho civil y canónico de la purísima Concepción (1780), y la Academia de Derecho de Carlos III (1785) (11).

Las características de laicización y de preocupación por el Derecho nacional se intensifican durante el siglo XIX. Caballero, ministro de Carlos IV, introduce un nuevo plan de estudios para las Facultades de Leyes en 1802, con el objetivo de reducir el número de abogados, considerado excesivo en aquella época, y con la preocupación de preparar licenciados que dispusieran de los conocimientos necesarios para el ejercicio de la profesión; por ello, se establece una duración de los estudios de diez años, lo que ciertamente supone una «penalización» para los estudiantes de leyes, dirigida a conseguir una restricción de su número; y por ello también se facilita la adquisición de conocimientos prácticos mediante la creación de Cátedras de Práctica y de Retórica en las Facultades, con lo que el alumno podía realizar la pasantía sin acudir al despacho de un letrado. El plan dedica cuatro años a los estudios de Derecho patrio, imponiéndose como libro de texto las *Instituciones de Derecho civil de Castilla* de Jordán de Asso y De Manuel Rodríguez (12). Se exige que las Facultades de Leyes dispongan de dos Cátedras para atender a estas enseñanzas, si bien, esta exigencia no fue cumplida por la mayoría de las Universidades debido a las dificultades económicas para dotarlas (13).

El plan es nuevamente reformado en 1807 dentro del Plan general de arreglo de las Universidades llevado a cabo también por Caballero, dedicándose el quinto y sexto año de la carrera de Leyes a la Historia y elementos del Derecho español. En este Plan general se introducen novedades en torno a las Cátedras: durante el siglo XVII y gran parte del XVIII las Cátedras podían ser «de regencia», esto

(10) Cfr. PESET REIG, M. *RGLJ* t. 62 1971 p. 615 ss.

(11) Datos ofrecidos por ALVAREZ DE MORALES *op. cit.* p. 129.

(12) ALVAREZ DE MORALES *op. cit.* p. 301 pone de relieve que dos de estos cuatro años «se dedicaban al estudio de las *Partidas* y de la *Novísima*, y se concedía especial referencia al estudio del Derecho penal de ambos Códigos.

(13) Sobre este plan cfr.: PESET REIG *RGLJ* t. 62 1971 pp. 632-634; ALVAREZ DE MORALES *op. cit.* pp. 281-285.

es, temporales, o «de propiedad», es decir, a perpetuidad; en 1771, durante el reinado de Carlos III, se decide que todas las Cátedras sean de regencia, pero la protesta de las Universidades no se hizo esperar, con lo que el Gobierno anuló a los dos años la disposición y las Cátedras ostentaron nuevamente la naturaleza de regencia o de propiedad; pues bien, el Plan de 1807 suprime las Cátedras de regencia y extiende a todas la perpetuidad; otras reglas de este Plan vienen a contemplar un régimen uniforme de las Cátedras, haciendo generales las normas sobre oposiciones, jubilación, etc. (14).

Los posteriores Planes de 1820 y 1824 (este último elaborado por Calomarde) apenas ofrecen modificaciones en lo que aquí interesa, si bien es digno de reseñar que los estudios de leyes se reducen a siete u ocho años y que el curso de práctica forense ya incluye una explicación de «la teoría del orden judicial, civil y *criminal*» durante el primer tercio del curso (15). Más importancia tiene la creación de la Facultad de Jurisprudencia el 1 de octubre de 1842, creación que comporta la desaparición definitiva de la Facultad de Cánones y la introducción en aquélla de asignaturas de ésta. Por primera vez en la historia de la Universidad española aparece la asignatura de Derecho penal y además por partida doble: en el tercer curso dedicado al «Derecho penal, procedimientos y Derecho administrativo», y en el quinto curso que tiene por objeto los «Códigos civiles españoles, el de comercio y materia criminal». Otra novedad de 1842 es la regulación de los estudios de doctorado durante dos años (16). Complemento de este Plan es el Decreto 23 de mayo de 1843 que ofrece una regulación de los grados y exámenes; los grados pierden su anti-

(14) Cfr. ALVAREZ DE MORALES *op. cit.* pp. 80, 81 y 307.

(15) PESET REIG *RGLJ* t. 62 1971 p. 638 expone la estructura de los cursos en el Plan de 1820: *primero*: filosofía moral; *segundo*: Derecho natural y de gentes; *tercer*, *cuarto* y *quinto*: instituciones romanas, canónicas y de Derecho patrio; *sexto*: Constitución; *séptimo*: economía política; *octavo*: práctica forense y retórica.

El mismo autor, *op. cit.*, p. 640, muestra los del Plan de 1824: *primero y segundo*: historia y elementos de Derecho romano; *tercero*: instituciones de Derecho patrio; *cuarto*: instituciones de Derecho canónico; tras estos cursos se efectuaba el grado de bachiller; *quinto*: Partidas y Derecho romano; *sexto y séptimo*: Recopilación; tras estos cursos se efectuaba el grado de licenciado. Durante el quinto curso se acudía además a la Academia de leyes y oratoria, y durante los cursos sexto y séptimo a la de práctica forense, Academias que estaban dentro de la facultad.

(16) Según informa PESET REIG *RGLJ* t. 62 1971 p. 646 s. la ordenación de los cursos era la siguiente: *primero*: prolegómenos de Derecho, elementos de historia y Derecho romano; *segundo*: elementos de historia y del Derecho civil y mercantil; *tercer*: Derecho penal, procedimientos y Derecho administrativo; *cuarto*: elementos de historia y del Derecho canónico; tras estos cursos puede recibirse el grado de bachiller; *quinto*: Códigos civiles españoles, el de comercio y materia criminal; *sexto*: Historia y disciplina eclesiástica general y especial de España, y colecciones canónicas; *séptimo*: Derecho político constitucional y economía política; *octavo*: Academia práctica y de jurisprudencia; tras estos cursos, el grado de licenciado. A continuación los dos dedicados al doctorado; *Noveno*: Derecho natural y de gentes, tratados y relaciones internacionales; y *Décimo*: principios generales de legislación, legislación universal comparada y codificación.

gua configuración de argumentaciones académicas y disertaciones, y adquieran una forma similar a los exámenes de curso anuales, introducidos con carácter general desde 1824 (17).

La centralización y uniformidad de las Universidades se impone definitivamente con la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857, que es conocida como «Ley Moyano», pues fue el ministro de Isabel II, Moyano Samaniego, quien la elaboró; con ella desaparece toda autonomía de las Universidades, culminando así la batalla que el poder central había mantenido durante más de un siglo para asumir el control de la enseñanza universitaria; ahora es el Estado quien sostiene financieramente a las Universidades (artículo 126), y aunque no se llega a prohibir expresamente la existencia de Universidades privadas, sí se indica que los estudios de facultad hechos privadamente no tienen valor ninguno académico (artículo 155). La plena dependencia del Estado se manifiesta en que el Rector es nombrado por el Rey (artículo 261) y los Decanos por el Gobierno a propuesta del Rector (artículo 270); el Gobierno tiene además competencia para regular los concretos planes de estudio —orden entre asignaturas, tiempo dedicado a cada una de ellas, número de profesores para impartirlas— (artículo 74), para determinar los programas de cada asignatura (artículo 84) y para imponer los libros de texto obligatorios (artículo 86). El número de Universidades —ya reducido por el Plan Caballero de 1807— queda limitado a diez, una central —la de Madrid— y nueve de distrito (artículos 127 y 128).

Por lo que se refiere a la Facultad de Derecho, se concreta la duración de los estudios, que no podrá exceder de siete años, más uno o dos cursos adicionales para obtener el grado de doctor (art. 30); se mantiene el sistema de exámenes anuales por curso (art. 75). La facultad se divide en tres secciones: de Leyes, de Cánones y de Administración (art. 44). El Derecho penal se consolida como materia de estudio, apareciendo nuevamente en dos asignaturas, una relativa a sus instituciones y otra a su historia (18). En ambas asignaturas nuestra disciplina aparece vinculada especialmente al Derecho civil y mercantil, y esta vinculación queda reflejada en algunas obras de la época (19).

(17) Cfr. PESET REIG *RGLJ* t. 62 1971 p. 647.

(18) El artículo 43 relaciona dieciocho disciplinas para los estudios de la Facultad de Derecho: literatura latina; literatura española; filosofía; historia de España; prolegómenos de Derecho; historia e instituciones del Derecho romano; instituciones del Derecho civil, *penal*, mercantil, político y administrativo de España; economía política; historia y ampliación del Derecho civil, *penal*, y mercantil de España, con el estudio de los códigos y fueros provinciales; instituciones de Derecho canónico; historia de la Iglesia, de sus concilios y colecciones canónicas; disciplina general de la Iglesia, y particular de la de España; teoría y práctica de los procedimientos judiciales; oratoria forense; ampliación del Derecho administrativo en sus diversos ramos; estadística, Derecho internacional común y particular de España; y legislación comparada.

(19) Así, por ejemplo, claramente en GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN *Elementos*

La Ley Moyano sigue estableciendo tres grados, de bachiller, licenciado y doctor (art. 32); mientras que el grado de bachiller es común para las tres secciones de Derecho, los de licenciado y doctor son propios de cada sección, si bien se determina una serie de correspondencias entre los grados de Leyes y los de Cánones (art. 45); la obtención de cada grado académico exige la realización de exámenes y ejercicios generales sobre las materias que comprenden (art. 79). La ley muestra una desconfianza hacia las Universidades de distrito en lo que respecta a la realización del grado de Doctor, pues sólo permite que la Universidad Central de Madrid imparta las enseñanzas necesarias para la obtención de este grado, limitándose las restantes Universidades al grado de licenciado en Leyes, y en algunos casos al de licenciado en Cánones o en Administración (arts. 129 y 132).

El título de doctor sigue siendo necesario para ser catedrático de la Facultad de Derecho y, además, de la sección correspondiente a la asignatura que se imparte (art. 220); se distinguen dos clases de catedráticos, los supernumerarios y los numerarios; las plazas de los primeros se proveen por regla general mediante oposición entre doctores mayores de veinticinco años, mientras que las plazas de los catedráticos numerarios salen bien a concurso entre supernumerarios bien a oposición (arts. 222 y siguientes). Junto a la figura del catedrático, la ley admite a los «profesores encargados de auxiliar a los catedráticos en las operaciones prácticas [...] proveyéndose estas plazas por oposición cuando tengan carácter facultativo» (art. 242). Por supuesto, el profesorado es retribuido con fondos del Estado, al haber desaparecido la autonomía de las Universidades, regulando minuciosamente la Ley Moyano el sueldo de los catedráticos. Las Cátedras son ya a perpetuidad, lo que se deduce de las garantías judiciales o administrativas que se disponen para la separación del cargo (art. 170).

La Ley también contempla las Academias, a las que se califica de dependencias del ramo de Instrucción Pública (art. 158); el Gobierno se asegura el control de estas instituciones ya existentes o de nueva creación (arts. 159 y 162), previéndose expresamente en esta disposición la creación de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (art. 160).

El espíritu de la Revolución de 1868 resultaba incompatible con el rígido burocratismo que inspiraba a la Ley Moyano, por lo que se esbozaron algunas reformas, como el establecimiento de la libertad de Cátedra y la posibilidad de que todas las Universidades concedieran el grado de doctor. La Restauración derogó estas disposiciones, pero ya desde mediados del siglo XIX el movimiento krausista y la Institución Libre de Enseñanza (fundada en 1876) encabezaron un movimiento reformador que tomaba como modelo la Universidad ale-

mana, y que aun dentro del marco de la Ley Moyano consiguió crear un ambiente más liberal y promover una apreciable labor investigadora. Los cambios sociales determinan que la burguesía acceda a la Universidad y en especial a las Facultades de Derecho, nutriendo así los puestos clave de la organización del Estado (20).

Diversos intentos para instaurar la autonomía no llegaron a cuajar hasta que en 1931 se reconoció autonomía a las Facultades de Filosofía y Letras de Madrid y Barcelona, y en 1933 a la Universidad de Barcelona, desapareciendo todo ello con la guerra civil.

Tras las depuraciones que afectaron a todos los cuerpos docentes, y especialmente a los de la Universidad, el régimen surgido de la guerra promulga la Ley de Ordenación Universitaria de 29 de julio de 1943. Aunque pretende situarse a medio camino entre la innovación y lo clásico, lo cierto es que sigue sin otorgar autonomía a las Universidades y diseña una Universidad fuertemente ideologizada políticamente y vinculada a las doctrinas de la Iglesia católica. La laicización alcanzada por la Ley Moyano en general queda rota por la vinculación que impone la Ley de 1943 al dogma y a la moral católicos (art. 3). Las enseñanzas deben ajustarse a los ideales del Estado nacional-sindicalista, el Rector ha de ser militante de Falange Española y de la JONS, y el partido único tiene una intervención decisiva en la vida universitaria. La aplicación práctica de estos principios supone que los alumnos deben recibir obligatoriamente educación religiosa y política unilateralmente enfocada —es decir, la religión de la Iglesia católica y la política del partido único— (arts. 32 y 33) y también obligatoriamente afiliarse al Sindicato Español Universitario (arts. 34, 69 y 70). Una innovación que llama la atención consiste en que se reconoce en el texto legal que uno de los fines de la Universidad es el de la investigación científica (art. 2,c), lo que contrasta con la idea de siglos anteriores de que la Universidad transmitía conocimientos, pero no generaba nuevos conocimientos; por otra parte, también se quiere volver la vista a tradiciones de nuestra Universidad clásica, como la obligación que se impone a los estudiantes de residir en los colegios mayores, salvo los que viven con sus familiares (art. 27). En definitiva, la ley establece un modelo de Universidad adecuado a las necesidades del nuevo Estado, sin reconocer libertades básicas que se precisan para la docencia y para la investigación.

Por lo que respecta al profesorado, la Ley de Ordenación Universitaria determina una considerable ampliación de las categorías docentes: existen diversas clases de catedráticos (arts. 56 y 61), a cuyas plazas se accede por oposición directa o concurso de traslado; aparecen los adjuntos, que se proveen mediante concurso-oposición, aunque el nombramiento sólo es por cuatro años, prorrogables por otros

(20) Cfr. MARTÍNEZ CUADRADO *La burguesía conservadora (1874-1931)* Madrid 1974, Alianza Universidad, p. 263 ss.

cuatro (art. 62); se prevé la figura del ayudante, para los licenciados ocupados en dar clases prácticas, sin que puedan impartir clases teóricas (art. 63); asimismo son objeto de regulación los profesores encargados de Cátedra, los agregados (art. 64) y los profesores encargados de curso (art. 66).

En materia de grados, se abre la posibilidad de que todas las Facultades puedan conferir tanto el de licenciado como el de doctor (el de bachiller pierde su condición de grado universitario), desapareciendo así el monopolio de la Universidad Central de Madrid en materia de doctorado (arts. 14 y 21) (21). La colación del grado de licenciado mantiene la forma de diversos exámenes (art. 20), en tanto que la obtención del título de doctor se configura mediante la realización de cursos y seminarios y mediante la confección y defensa de una tesis doctoral. Un Decreto posterior de 25 de junio de 1954 regula la colación del grado de doctor; en esta disposición ya aparece la figura del director de tesis, que habrá de ser un catedrático o doctor de la Universidad española o un profesor extranjero; cuando el director no pertenezca a la Facultad del doctorando, debe serle nombrado a éste un ponente de dicha Facultad; por último, el Decreto obliga a las Universidades a que publiquen las tesis doctorales bien en su versión completa bien en extracto.

Por Decreto de 7 de julio de 1944 se regula la ordenación de la Facultad de Derecho mediante un plan de estudios de la licenciatura que adopta ya una estructura que perdura hasta la actualidad; las asignaturas aparecen ya desglosadas y agrupadas en diez cuatrimestres y cinco cursos; el Derecho penal (Parte General) se estudia en los cuatrimestres tercero y cuarto, correspondientes ambos al segundo curso, con una periodicidad de cuatro horas semanales, en tanto, que al Derecho penal (Parte Especial) se le dedica un solo cuatrimestre, el quinto, correspondiente al tercer curso y con una periodicidad también de cuatro horas semanales (art. 22). Junto a estas clases teóricas, el Decreto prescribe que el titular de cada asignatura a la que se haya reconocido el carácter de práctica, deberá proponer al Decano la fijación de una o dos horas semanales, según la índole de la asignatura, para la realización de las prácticas correspondientes (art. 23). En consecuencia, desaparecen las pasantías y se establece en su lugar un sistema de clases prácticas con el objeto de adecuarse a las necesidades profesionales de la abogacía. El Decreto, por otra parte, pretende algo más que la mera fijación de un plan docente y regula otras materias, como, por ejemplo, la plantilla de catedráticos numerarios de las Facultades de Derecho; a Derecho penal le corresponde un catedrático, con la excepción de la Universidad de Madrid, que deberá contar con dos (arts. 57 y 58).

(21) *Vid.* dos Decretos de 29 de abril de 1944, que autorizan a las Universidades de Madrid y de provincias a conferir el grado de doctor.

El Decreto de 1944 ya arbitraba la posibilidad de que las Facultades propusieran cada cinco años las modificaciones a introducir en el plan de estudios, y a consecuencia de ello se dicta en 11 de agosto de 1953 un nuevo Decreto que reforma varios planes, y en particular los de Derecho. Desaparece con esta disposición la estructura de cuatrimestres y se implanta la duración de cinco cursos. Al Derecho penal (parte general) no se le dedica ya el doble de atención que al Derecho penal (parte especial), como ocurría con el plan de 1944; ahora ambas asignaturas son objeto de estudio durante un curso completo, si bien es cierto que esta nueva disposición no indica el número de horas semanales que corresponde a cada disciplina. La distribución de las asignaturas entre los diversos cursos es la que perdura hasta hoy en la mayoría de las Universidades españolas: a los alumnos de segundo curso les toca estudiar la parte general y a los alumnos de tercero, la parte especial.

Tras más de un siglo de vigencia del marco educativo general instaurado por la Ley Moyano, el régimen de Franco pretende acometer una transformación global mediante la Ley 14/1970, de 4 de agosto, general de educación y financiamiento de la reforma educativa. La nueva norma utiliza una terminología y adopta un enfoque bien distintos a las disposiciones promulgadas sobre esta materia en los primeros años del sistema político franquista, pero tampoco oculta las coordenadas ideológicas en las que se mueve: así, por ejemplo, los fines de la educación quedan subordinados a su conformidad con los Principios del movimiento nacional y demás Leyes Fundamentales (art. 1.1), y con el objeto de hacer frente a los focos de lucha política existentes en la Universidad, se concede al Gobierno la posibilidad de suspender el régimen estatutario de un centro universitario (art. 67). Por otra parte, algunos de sus preceptos pertenecen al ámbito de las declaraciones simbólicas, en cuanto que nunca llegaron a tener efectividad real. En la tensión autonomía/centralización, que como se ha comprobado es constante en la historia de las Universidades españolas, la ley inicia un tímido proceso para conceder autonomía a las Universidades, a las que se atribuye la capacidad de otorgarse sus propios estatutos (arts. 64 y 66). Por lo que respecta a los planes de estudio, se prevé su revisión y actualización periódica (art. 9.3), debiendo ser elaborados por las propias Universidades de acuerdo con las directrices marcadas por el Ministerio de Educación y Ciencia (arts. 37.1 y 66.2.d). Las novedades más significativas son la introducción del sistema de ciclos en las Facultades (art. 31.2) y la estructuración de la Universidad en Departamentos (art. 69 y siguientes). Del propio articulado se deduce también el cambio sufrido por la sociedad española, que acude masivamente a las aulas universitarias, al insinuarse el establecimiento de un *numerus clausus* respecto a los estudiantes, lo que es denominado eufemísticamente como «criterios de valoración para el ingreso» en los distintos centros (art. 36.2).

Los grados muestran en la ley de 1970 una correspondencia con los nuevos ciclos: tras el primer ciclo se obtiene el título de diplomado, tras el segundo el de licenciado y tras el tercero el de doctor (art. 39). El doctorado continúa teniendo el carácter de requisito previo e imprescindible para acceder a las diversas categorías del profesorado universitario, salvo en el caso de los ayudantes para los que se exige sólo la licenciatura (art. 102.1. c). Los profesores que ostentan la condición de funcionario público quedan reducidos a tres cuerpos; el de los Catedráticos numerarios, cuya provisión se efectúa mediante concurso de méritos entre Profesores Agregados (art. 116.1); el de los profesores agregados, pudiendo accederse a éste cuerpo a través de concurso-oposición entre doctores que hayan seguido los cursos de los Institutos de Ciencias de la Educación (art. 117.1 y 3); y por último, el de los Profesores Adjuntos, en el que se ingresa mediante concurso-opsición entre doctores que durante un año hayan sido ayudantes o hayan realizado tareas docentes o de investigación (art. 118.1). Pero lo más sobresaliente en este tema es la consolidación que impone la ley de los llamados habitualmente «profesores no numerarios»: profesores ayudantes y otros profesores contratados (art. 114.1). La educación universitaria se tuvo que surtir de un profesorado contratado, para superar la masificación de alumnos, debido a la insuficiencia de dotaciones de plazas de numerarios, problema este endémico en nuestras Facultades de Derecho.

La naturaleza simbólica de alguno de los preceptos de la Ley general de educación de 1970 queda constatada, por ejemplo, en relación a los planes de estudio; aunque se formularon unas directrices sobre planes de estudio de Derecho en cumplimiento de las previsiones de la Ley, una Resolución de 23 de julio de 1974 volvió a imponer el Plan de 1953 en todas las Facultades de Derecho a excepción de las de Sevilla y Valencia (22).

No quiero seguir más allá en este desarrollo histórico. Los avatares y evolución posterior de la vigente Ley de Reforma Universitaria son de sobra conocidos. Esta disposición instaura todo un nuevo régimen de planes de estudio, profesorado y grados, pero esto ya no pertenece a la historia, sino a la actualidad. No obstante, me gustaría finalizar este apartado extrayendo un par de conclusiones del período histórico contemplado. En primer lugar, que el nacimiento de la asignatura de Derecho penal se sitúa en un proceso progresivo que consiste en otorgar mayor relevancia en los planes de estudio al Derecho nacional, relegándose a segundo término las materias del Derecho ca-

(22) En éstas se imparte el Plan aprobado por Orden de 13 de agosto de 1965, que se caracteriza por contar con los tres primeros cursos comunes y los dos siguientes de especialización en Derecho público, Derecho de la empresa o Derecho privado. En el segundo curso (común) se imparte Derecho penal (parte general), mientras que en el cuarto curso de cada una de las especialidades se imparte Derecho penal, sin especificar su contenido.

nónico y del Derecho romano; concretamente, el Derecho penal aparece mencionado por primera vez en 1842. En segundo término, se observa que desde el siglo XVIII hasta la actualidad, el doctorado —si bien con distintas configuraciones— se ha mantenido como requisito necesario para acceder a las categorías más elevadas del profesorado universitario; el título de doctor se convierte así en el signo distintivo de los que ejercen la profesión de enseñar e investigar en la Universidad.

III

Corresponde ahora mencionar los criterios adoptados para confeccionar la tabla genealógico-científica de los profesores españoles de Derecho penal durante el siglo XX. En primer lugar, he optado por incluir a los doctores que se han dedicado a la *docencia* en Derecho penal, bien en Universidades públicas, bien en instituciones privadas. No aparecen, por tanto, los magistrados o fiscales que solamente han realizado trabajos de investigación, sin dedicarse a las tareas de la enseñanza de esta disciplina. De esta manera quedan fuera de la tabla importantes nombres de la fiscalía o de la magistratura que han contribuido a la elaboración científica del Derecho penal; sin ánimo de exhaustividad, pueden ser citados en este sentido Groizard y Gómez de la Serna (1830-1919), los hermanos Alvarez Cid (José y Téofilo), Jaramillo García, Puig Peña, Conde-Pumpido Ferreiro, etc.; tampoco se encuentran incluidos penitenciaristas como Salillas (1855-1923) (23).

En segundo lugar, para determinar la relación maestro/discípulo me he guiado fundamentalmente por el dato de quién fue el director de la tesis doctoral del profesor en cuestión. Aunque se puede calificar este criterio de excesivamente formalista, creo que hay razones que fundamentan tal decisión: pues la tesis doctoral es el momento incicial de la vida científica de todo investigador y en ella se suelen adoptar posturas metodológicas o conceptuales que son propias de una determinada escuela o tendencia. Como es obvio, resulta posible que tras la tesis doctoral un discípulo «deserte» de la escuela de su maestro; esto ha ocurrido, ocurre y ocurrirá. Y ello por las más diversas razones, personales o científicas. No obstante, pienso que el criterio de la dirección de tesis sigue siendo válido, pues, de no adoptarlo, el árbol genealógico-científico tendría demasiadas «ramas sueltas».

A pesar de lo anterior, y para dejar constancia de aquellos casos en que un profesor ya doctor se ha apartado ostensiblemente del magisterio de su director de tesis, adhiriéndose al de otro penalista, se ha hecho la oportuna salvedad en la correspondiente nota.

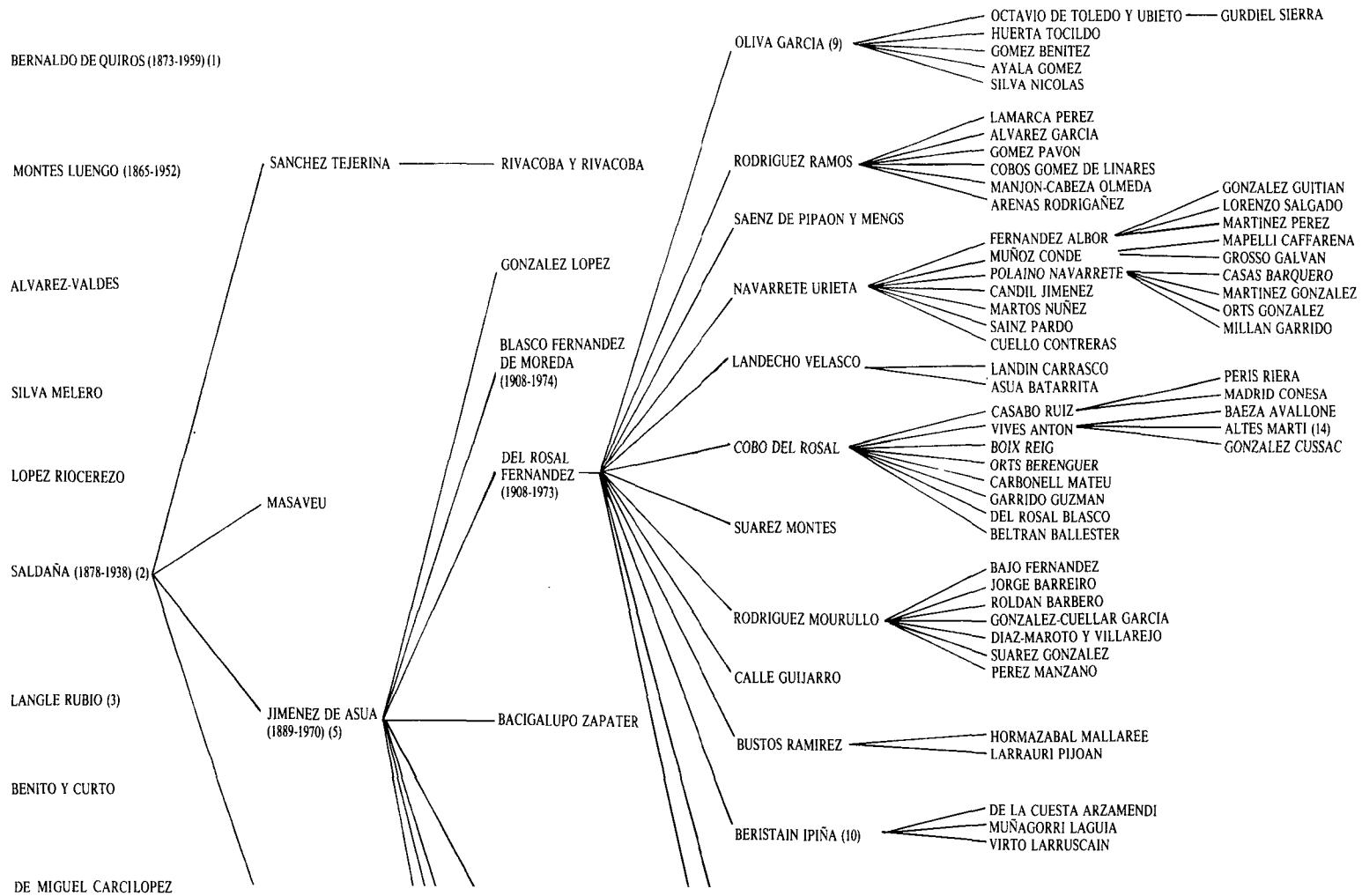
(23) Aunque Salillas se dedicó a temas penales y publicó obras de esta naturaleza, no fue abogado sino médico, ocupando durante algunos años la Dirección General de Prisiones.

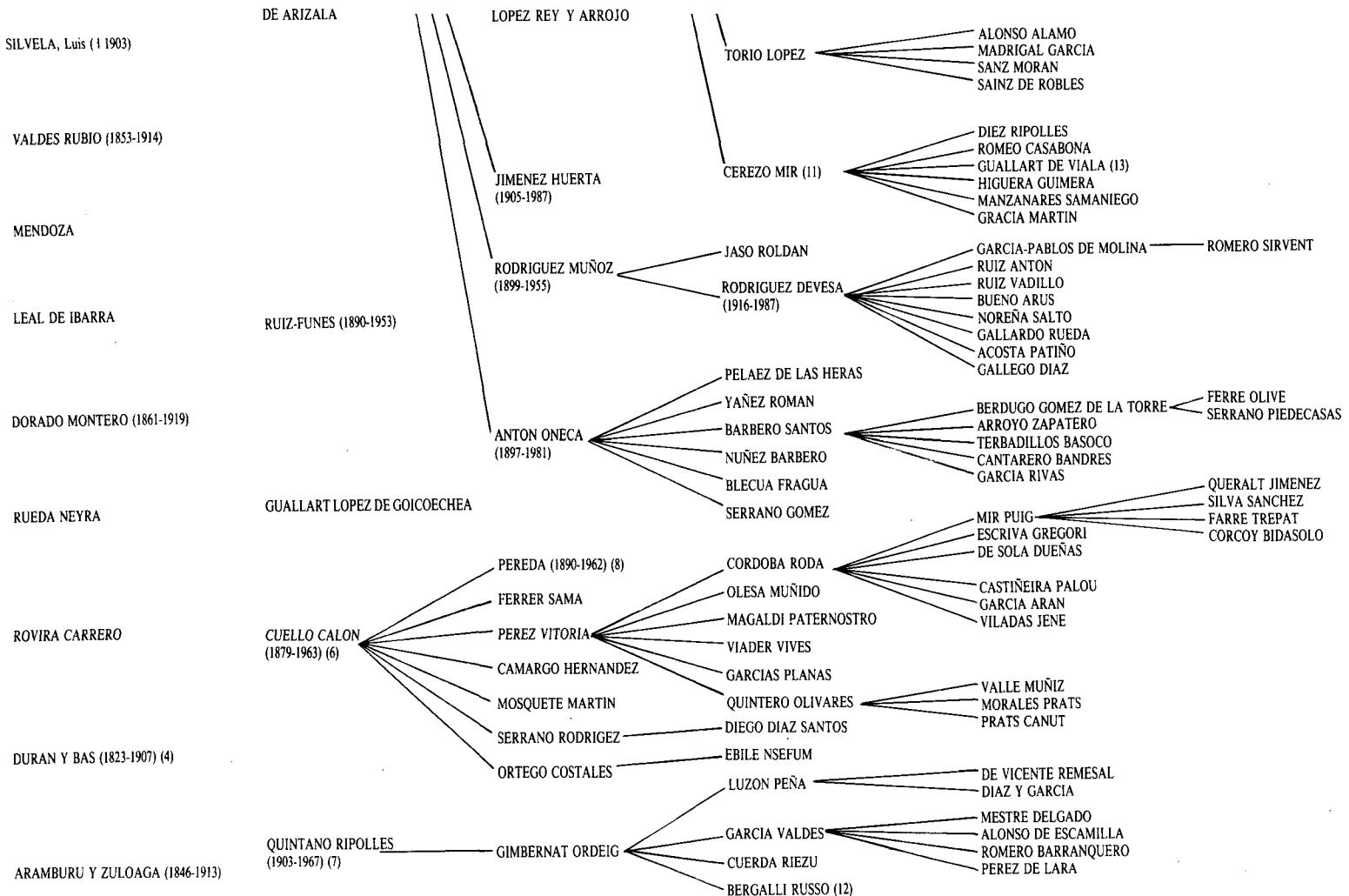
Puesto que se trata de un árbol genealógico de los profesores españoles, no se indican los maestros extranjeros que eventualmente pueda haber tenido un profesor. En casos de doble doctorado, en España y en algún país extranjero, se da preferencia al doctorado en España. Por lo que respecta al orden en que aparecen los discípulos, debo advertir que no ha sido posible seguir estrictamente el criterio de la jerarquía entre los diversos cuerpos docentes ni tampoco el de la antigüedad entre los pertenecientes a un mismo cuerpo, y ello fundamentalmente por razones gráficas a la hora de componer la tabla.

Para obtener el listado de los profesores que actualmente son funcionarios o están contratados por las Universidades españolas, he utilizado como fuente la obra *Recursos humanos en investigación y desarrollo (Universidades y CSIC)*, 2 vols. editado por el Ministerio de Educación y Ciencia, Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, Dirección General de Política Científica, Madrid, 1986. Con posterioridad a dicha fecha no ha sido posible disponer de un listado general de doctores en Derecho penal, por lo que la relación de Profesores que alcanzaron el título de doctor tras 1986 no puede ser considerada completa. En cualquier caso, la tabla está cerrada en noviembre de 1989. En cuanto a los profesores de la primera mitad de siglo, he acudido a los manuales y tratados de Derecho Penal que incluyen un capítulo dedicado a la ciencia penal española moderna; especial valor han tenido en este campo las biografías de penalistas elaboradas por Jiménez de Asúa en el tomo I de su *Tratado* (24). También ha tenido en cuenta las notas necrológicas, así como las tesis doctorales, cuya versión original incluye en ocasiones la indicación del director de la misma y en cuya versión publicada suele aparecer dedicatorias o prólogos que hacen mención del mismo extremo. Debo agradecer especialmente a los profesores Gimbernat, Luzón Peña y García Valdés las valiosísimas indicaciones que me han ofrecido para completar la tabla. Asimismo debo expresar mi gratitud por el auxilio que me han prestado muchos profesores del Departamento de Derecho penal de la Universidad Complutense, y también a la secretaría administrativa del mismo Departamento, doña Carmen Bercedo, quien tuvo la amabilidad y paciencia de ayudarme en el rastreo de obras y tesis doctorales.

Con mucha probabilidad se habrán deslizado algunos errores. Seguramente ni están todos los que son ni son todos los que están. Pero puede ser un comienzo para alcanzar una tabla definitiva. La presente se ofrece, por tanto, con un carácter de provisionalidad. Sería para mí una gran satisfacción recibir las necesarias enmiendas y correcciones para ir superando tal provisionalidad.

(24) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA *Tratado de Derecho penal* t. I 4.^a ed. Buenos Aires 1964 pp. 858-894.





NOTAS DE LA TABLA

(1) BERNALDO DE QUIRÓS: Según MIR PUIG *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976 p. 269 Bernaldo de Quirós fue discípulo de Dorado Montero. Pero como han indicado BARBERO SANTOS «Pedro Dorado Montero. Aportación a su biografía» *Revista de estudios penitenciarios* 1966, y SAINZ CANTERO *Lecciones de Derecho penal PG I* 1982 p. 196 n. 52, es controvertido si algunos penalistas posteriores pueden considerarse discípulos de Dorado. En opinión de JIMÉNEZ DE ASÚA, «La larga y ejemplar vida de Constancio Bernaldo de Quirós» en su obra *El Criminalista*, 2.^a serie t. V 1961 p. 238, Bernaldo de Quirós se doctoró bajo la dirección del catedrático de filosofía Francisco Giner de los Ríos. Por otra parte, el propio Bernaldo de Quirós en el «prólogo» a *La sentencia indeterminada* de Jiménez de Asúa habla de «el maestro Salillas» (pp. xix y xx); ahora bien, Salillas, como ya se ha indicado, no fue abogado sino médico.

A la vista de estas discrepancias sobre el maestro de Bernaldo Quirós, ha preferido no indicar ninguno.

(2) SALDAÑA: Su tesis doctoral *¿Qué es la pena?* está fechada en 1895.

(3) LANGLE RUBIO: En el ejemplar que he manejado de su tesis doctoral, *La mujer en el Derecho penal*, aparece una dedicatoria autógrafa del autor a D. Rafael de Ureña «mi insigne maestro». Posteriormente, pasó a ocupar una cátedra de Derecho mercantil.

(4) DURAN Y BAS: Desde 1862 desempeña la cátedra de Derecho mercantil y penal en Barcelona.

(5) JIMÉNEZ DE ASÚA: Jiménez de Auá se atribuyó diferentes maestros. En 1913 incluye una dedicatoria en su tesis doctoral *La sentencia indeterminada* que dice expresamente: «A Quintiliano Saldaña. Mi querido maestro»; y en el «Prólogo» a *Teoría de los delitos de omisión* (de SÁNCHEZ TEJERINA), de 1918, insiste en la p. xii en que Saldaña fue su maestro.

Sin embargo, en su *Tratado del Derecho penal* t. 1 cit. p. 883, expresa Jiménez de Asúa, tras durísima crítica a Saldaña, que los alumnos de este último «bien pronto se apartaban de él» y que en realidad sólo tuvo por discípulo a Masaveu.

Tras este rechazo hacia Saldaña, no es de extrañar que Jiménez de Asúa se otorgara otro maestro. En el mismo tomo del *Tratado* pp. 890 y 892, manifiesta que Bernaldo de Quirós fue su maestro, tal vez porque éste autor le prologó su tesis doctoral. En el mismo sentido se expresa Asúa en *El Criminalista* 2.^a serie t. III 1960 p. 29.

En *El Criminalista* 2.^a serie t. VII 1966 p. 256, se considera Asúa a sí mismo discípulo de Dorado Montero. Y es cierto que científicamente puede considerarse a Jiménez de Asúa un seguidor de la trayectoria científica de Dorado.

A pesar de todas estas variaciones, me he decidido a considerar a Saldaña como el maestro de Jiménez de Asúa. Sus primeras manifestaciones —en las que reconoce el magisterio de Saldaña— son claras y evidentes; pero posteriormente se enemistó con Saldaña, y de ahí la postura tan crítica que adopta contra éste. Por otro lado, MARTÍNEZ VAL «Luis Jiménez de Auá» en *Boletín del ilustre Colegio de Abogados de Madrid* 1988 n.^o 6 p. 112, ha comprobado que Saldaña formó parte del Tribunal que juzgó la tesis de Jiménez de Asúa, dato que puede reforzar la hipótesis de que aquél fuera el director de la primera obra científica de éste.

(6) CUELLO CALÓN: Posiblemente este autor se doctorara en Bolonia, dado que su tesis versó sobre *La mafia. Notas sobre la criminalidad de Sicilia*. Aunque esta obra aparece publicada —con un prólogo de Bernaldo de Quirós— sin fecha, QUINTANO RIPOLLES: «Proyección del pensamiento de D. Eugenio Cuello Calón en el ámbito internacional» *ADPCP* t. 16 1963 p. 622, indica que el trabajo fue escrito en 1902.

(7) QUINTANO RIPOLLES: Siendo fiscal preparó su tesis doctoral sobre *La falsedad documental*, que preparó de forma autodidacta. Esa es la razón por la que el Profesor Quintano aparece sin maestro. Del Rosal afirma de sí mismo, en la nota necrológica que publicó a la muerte de Quintano en *ADPCP* t. 20 1967 p. 5, que fue «ponente» de la tesis doctoral de Quintano.

(8) PEREDA: La versión original de su tesis doctoral *El versari in re illicita en la doctrina de la responsabilidad penal. Estudio histórico-filosófico-jurídico*, Deusto, 19 de abril de 1947, indica expresamente que fue «patrocinada» por Cuello Calón.

(9) OLIVA GARCÍA: Se doctoró en Bolonia bajo la dirección de Briccola, pero, posteriormente trabajó con Del Rosal, aceptando su magisterio.

(10) BERISTAIN IPIÑA: Se doctoró en 1962 con una obra sobre «La nueva defensa social y la vindicta clásica», bajo la dirección de Del Rosal. Más tarde pasó a trabajar con Rodríguez Devesa.

(11) CEREZO MIR: efectúa el doctorado con la dirección de Del Rosal, publicando en 1964 un resumen de su tesis doctoral que lleva por título *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*. Después se produce el distanciamiento profesional y científico entre ambos profesores, pasando Cerezo Mir a ser ayudante de Antón Oneca. Al margen de su trabajo en Alemania bajo la dirección de Welzel, Cerezo se ha reconocido a sí mismo como discípulo de Antón; cfr. CEREZO MIR «En memoria de Don José Antón Oneca», *La Ley* 1981 t. 1 p. 1028.

(12) BERGALLI RUSSO: se doctora en España bajo la dirección de Gimbernat Ordeig, si bien científicamente no se le puede considerar discípulo suyo.

(13) GUALLART DE VIALA: En realidad su tesis doctoral sobre *El sistema penal del Derecho histórico aragonés en sus fuentes locales y territoriales* (leída el 13 de diciembre de 1972) fue dirigida por Orlandis Rivera, siendo Cerezo Mir el ponente de la misma. En la tabla se ha considerado a Guallart de Viala como discípulo de Cerezo Mir, dada la condición de profesor Derecho penal de éste, condición que no cumple Orlandis Rivera.

(14) ALTES MARTÍ: Su tesis fue codirigida por Cobo del Rosal y por Vives Antón, pero por razones meramente gráficas se ha preferido consignar como maestro sólo a este último.

Significación y trascendencia actual del sistema romano de la «*portio mulieris*» en el aborto consentido

RUPERTO NUÑEZ BARBERO

Profesor titular de Derecho penal

Al profesor, compañero y amigo, Antonio Beristain, en homenaje a su excelente y amplia labor docente e investigadora.

SUMARIO: 1. *Planteamiento general del problema del aborto consentido en el Derecho romano y en el actual.—II. La interrupción del embarazo en los diversos períodos del Derecho romano. Análisis comparativo en relación a la doctrina, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Legislación vigente.—1. Relación entre los períodos preclásico y clásico en Derecho romano y el planteamiento jurídico actual en el aborto.—A) El comienzo de la vida humana, fecundación y nacimiento. La doctrina actual de la «anidación».—B) Las «motivaciones» en Derecho romano. Vigencia actual. La desigualdad social. Aborto y homicidio.—C) La «*portio mulieris*» y el derecho de autodeterminación de la mujer. El criterio del plazo y de las indicaciones. La indicación social en el Derecho romano y actual.—D) El «*nasciturus*» en Roma y en el Derecho actual. El artículo 15 de la Constitución de 1978, el Código Civil y la protección del «*nasciturus*».—E) La protección del «*nasciturus*» y el «conflicto de intereses» en la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 y en el artículo 417 bis del Código Penal. La llamada «angustia social o económica». Examen crítico y consideraciones de política criminal.—2. El «*nasciturus*» y la interrupción del embarazo en el período postclásico; la influencia del cristianismo. Evolución hasta la legislación vigente.—III.—A) Recapitulación final.—B) Conclusión.*

I

En las últimas décadas se ha puesto de relieve una inequívoca tendencia doctrinal y legislativa hacia la descriminalización del aborto, con más o menos condicionamientos, según los diversos criterios y las diferentes legislaciones. El problema del aborto, como es bien sabido, es hoy —junto al problema del terrorismo, tráfico de drogas, delincuencia juvenil, delitos de circulación o ejecución de penas carcelarias—, uno de los más candentes del momento. En determinados países las disposiciones legales permitiendo la interrupción de la gestación bajo ciertas condiciones son consideradas ineficaces o se juzgan muy restrictivas (1). En otros países en que tal interrupción se incrimina o incriminaba rigurosamente de manera general, como ha ocurrido hasta la reciente reforma de 1985 en nuestro país, la inmensa mayoría de los abortos punibles se realizan clandestinamente (las famosas cifras negras) (2). Finalmente, como un gran número de países ha facilitado la interrupción lícita de la gravidez, resulta que una mujer encinta, domiciliada en un país, pero instruida y con medios suficientes, se puede permitir el lujo de viajar al extranjero (el llamado «turismo abortivo»), a fin de hacerse interrumpir el embarazo por un médico especialista, sin que pueda después ser sancionada en su país —supuesto que en éste se reprima el aborto— en virtud del principio de extraterritorialidad de la Ley penal (3). Sin embargo, esta vía está cerrada a otras mujeres menos advertidas o, lo que es

(1) Así, v.g., en el Código Penal suizo (arts. 118-120. Cfr. PANCHAU-OCHSENBEIN: *Code pénal suisse annoté*, Lausanne, 1975, pp. 101-2. Para el profesor de Ginebra PHILIPPE GRAVEN: *L'interruption de la grossesse en droit pénal suisse*, «Rev. de droit pén. et de crim.», 1974, p. 304 la aplicación de los arts. 118-121 del Código Penal suizo demuestra que la política suiza de protección de la gestación es «injusta, ineficaz y peligrosa». Ver además SSCHULTZ: *La réforme du droit pénal suisse en matière d'interruption de la grossesse*, RSCr., 1975, p. 249 y ss.

(2) La Memoria de 16 de septiembre de 1974, elevada al Gobierno por el Fiscal del Tribunal Supremo con ocasión de la apertura de los Tribunales, mencionaba la posibilidad de que en España se produzcan unos 300.000 abortos clandestinos al año. La Fiscalía del Tribunal Supremo en 1980 calculó el número de abortos producidos en España en orden a los 300.000 con técnicas que, aunque no explicadas, coinciden con las de otros países. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ: *Manual de Derecho Penal (P.E.). Delitos contra las personas*, CEURA, Madrid, 1986, p. 116, nota 11.

(3) Según el artículo 23 de la LOPJ de 1 de julio de 1985, la Ley penal española, que sanciona el aborto, no tiene aplicación extraterritorial y, por consiguiente, no cabe aplicarla a los abortos cometidos en el extranjero, salvo que en el país correspondiente fuese también delito el hecho juzgado. Así lo ha corroborado el Tribunal Constitucional en sentencia de 27 de junio de 1984, que corrige y deja sin efecto las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1980 y 15 de octubre de 1983, que, con base en la vieja Ley orgánica que permitía la aplicación de la Ley española a hechos cometidos fuera del territorio español, consideraron que el concebido «se entiende por nacido a todos los efectos favorables», según el artículo 29 del Código Civil, y entendió, además, el Tribunal Supremo que el feto tenía la consideración de «español». Tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional rechazaron tal aplicación «por analogía de la Ley penal».

peor, desprovistas de medios económicos, y que son impulsadas a recurrir a los servicios de sujetos sin escrúpulos, con grave riesgo para su vida o su salud (4). Tales son, entre otras, algunas de las principales razones que han llevado al legislador, en una gran parte de los países de Europa y América, a introducir una legislación más o menos liberalizadora del aborto consentido (v.g., Francia, Austria, República Federal de Alemania, Italia, Portugal, España, EE.UU) o preparar su introducción o modificación (Suiza, Bélgica, Holanda, etc.) (5).

Cuando de despenalización del aborto se trata hay que distinguir, ante todo, dos posturas radicales: de un lado, los partidarios de que todo aborto consentido sea impune, sin ulteriores consideraciones. Postura ésta mantenida, también, por los movimientos feministas, a partir de la idea de que el feto es *pars ventrix* (6), aunque no, precisamente, en el verdadero sentido que, como veremos, le dio el Derecho romano, que no partió, como este movimiento, de la libre disposición por parte de la embarazada, sino del consentimiento del marido, pues de otro modo se trataría de una lesión de los derechos de éste a la progenitura (7). Por consiguiente, esta postura, que encuentra su fundamento en la libertad absoluta de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo, tendría, más bien, su explicación, según algunos penalistas, en una reacción pendular frente a otra postura radical, la oficial de la Iglesia Católica, que es la de proteger a ultranza la vida del feto sin atender o ignorando el conflicto con otros intereses, particularmente los de la madre; lo que, sin embargo, fue considerado por el Derecho romano, particularmente en las etapas clásica y postclásica, como podremos comprobar con posterioridad, aún sin proteger, particularmente en el ámbito del Derecho público, al *nasciturus* de una manera directa. Tampoco admite esta radical posición de la Iglesia distinción alguna en relación al período de gestación. Sin embargo, ésta no es, como vimos, la posición que mantuvo la Iglesia a través de la historia ni se admite por todos los teólogos cristianos (8). La postura de la Iglesia coincidió, durante mucho tiem-

(4) Ver *Bundesverfassungsgericht (Deutsche Bundesrepublik), Abweichende Meinung der Richterin Rupp v. Brünneck und des Richters Dr. Simon zum Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 25 februar, 1975*, en «L'aborto nelle Sentence delle Corti costituzionali», Milano, 1976, p. 238.

(5) En relación al Derecho suizo, ver PHILIPPE GRAVEN: *ob. y rev. cit.*, pp. 306 y ss. Respecto del proyecto belga, ver *Rapport de la Commission nationale pour les problèmes ethiques* (Cronique) en «Rev. de droit pen. et de crim.», 1975. En relación a las proposiciones de la Ley en los Países Bajos, ver igualmente el citado *Rapport*, p. 575.

(6) Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana: *Criterios para la reforma del delito de aborto, «La despenalización del aborto»*, Universidad de Barcelona, 1983, p. 15.

(7) Cfr. TOCCI, Arturo: *Il procurato aborto*, Giuffré, Milano, 1954, p. 14.

(8) Ver, v.g., BERISTÁIN, Antonio: *Interrupción voluntaria del embarazo, Reflexiones teológico-jurídicas*, en «Jornadas franco-luso españolas de Derecho penal», Avila-Alcalá de Henares, 1981, p. 92. «A la luz de la moral católica de ayer y de hoy

po, con el criterio de la «animación retardada», que, desde Aristóteles, pasó, a través del Derecho romano, a ser mantenida por la mayoría de los teólogos, filósofos y juristas, v.g., San Agustín y Santo Tomás, hasta el siglo XIX en que fue formalmente abandonada por Pío IX y condenada más tarde en las Encíclicas *Casta Connubi* (1930) y *Humanae Vitae* (1968) (9). La interrupción de la gestación, antes de la «animación» constituye un «ultraje» a las buenas costumbres, susceptible, si acaso, de pena pecuniaria, pero, provocada después constituye un «feticidio» (homicidio) punible incluso con la última pena. Por consiguiente, en su origen, contrariamente a lo que se cree, la Iglesia no prohibió toda interrupción de la gestación (10).

Aunque ciertamente, el contenido de la posición de la Iglesia Católica es de orden moral parece, no obstante, pretender en todo caso la sanción penal para cualquier aborto provocado. Prescindiendo ahora de la cuestión de que no todo lo que es punible es éticamente reprochable, ni todo lo que es ética o moralmente reprochable es necesariamente punible (11), lo cierto es que el injusto material del delito de aborto puede quedar excluido por una causa de justificación y, sin embargo, si se absolutiza la función del aborto, al considerar a éste como «crimen nefando», nunca podría quedar excluido por dicha causa, v.g., el estado de necesidad, en cuanto que, prácticamente se ignora la tesis del «conflicto de intereses» en este punto. Sin embargo, el legislador admite las causas de justificación, en general, en el artículo 8 del Código Penal. De otro lado, sucedería que podrían admitirse en delitos más graves que el aborto, v.g., en el asesinato y no así en la interrupción del embarazo, castigado con una pena mucho menor (12). Un punto de vista más matizado es el de la tesis del derecho

—dice Beristáin— parece aconsejable concluir que no hay dificultad... para que la legislación civil permita el aborto cuando se cumplan las circunstancias extremas de algunas de las llamadas «indicaciones»». El citado autor se pronuncia en favor de la indicación terapéutica cuando está «en peligro la vida de la madre», precisando, además, la necesidad de estudiar detenidamente los casos de peligro grave de enfermedad para la madre y de las indicaciones eugénica y social o jurídica.

(9) Sobre las citadas Encíclicas, ver LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *Política criminal del aborto*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 146 y ss.

(10) Ver GRAVEN, Philippe, *ob. y rev. cit.*, p. 307. La tesis de la distinción entre el «corpus formatum» y el «informatum» —dice RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, 10.^a ed., Dykinson, Madrid, 1987, p. 79, nota 1—, llega hasta nuestros días, en los que cuenta con defensores como el padre Barbado (feto es el producto de la concepción con más de treinta o cuarenta días).

(11) Esto no significa desconocer la relación positiva que existe necesariamente entre legislación y ética, pues es evidente que existe una dependencia, especialmente en relación a determinados valores como la vida humana, pero no se pueden identificar derecho y moral. Lo que no quiere decir que el derecho sea totalmente independiente de la moral (Cfr. COTTIER, G.: *Quelques pistes de reflexion (L'interruption de grossesse)*, «Rev. Intern. de crim. et pol. thc.», 1974, p. 375. Ver, además, RUMPF, L.: *Le point de vue éthique et théologique (L'interruption de la grossesse)*, «Rev. intern. de crim.», cit., pp. 364-65).

(12) El delito de asesinato es castigado con la pena de reclusión mayor en su grado máximo, esto es, comprende desde veintiséis años, ocho meses y un día a treinta años,

a la vida, que admite, partiendo de que el feto es un ser humano no nacido, pero vivo y merece protección desde el mismo momento de la concepción, la excepción para el caso de conflicto entre el interés vida-salud de la madre y del feto; pero bastaría, sin embargo, con el juego de las causas de justificación, v.g., estado de necesidad, sin acudir al criterio de las indicaciones. No obstante, tal punto de vista, que mantenía, en general, la anterior legislación, parece que no impedía las desigualdades sociales y la falta de motivación de la mujer a pesar de la punición (13).

Frente a las dos posiciones doctrinales radicales apuntadas, que prescinden del conflicto de intereses, esto es, el derecho absoluto de la madre a abortar y la postura oficial de la Iglesia Católica de protección al «conceptus» sin concesiones, en las diversas legislaciones actuales parecen haber plasmado aquellos criterios que propugnan soluciones más matizadas, consistentes en despenalizar tan sólo aquellos supuestos de aborto en los que se den una serie de requisitos legalmente previstos. La doctrina y, consiguientemente, las legislaciones se dividen, no obstante, a la hora de precisar los requisitos para que se dé la excepción a la punición del aborto consentido, fundamentalmente en dos sistemas: a) el sistema del plazo y b) el sistema de las indicaciones. En el primer caso, no se pretende desproteger el producto de la concepción, que también se estima como «bien jurídico protegido», diferenciándose del segundo en que la embarazada tiene libertad para decidir continuar o no la gestación dentro de los tres primeros meses o doce semanas de embarazo. La crítica más importante que puede hacerse a esta posición es la de que una tal libertad absoluta de la mujer para decidir sobre la interrupción o no del embarazo provocaría una absoluta desprotección del producto de la concepción en el citado periodo (14). Por ello, una gran parte de las

el simple homicidio con la de reclusión menor, que comprende desde doce años y un día a veinte años, y el aborto consentido con la de prisión menor, que comprende desde seis meses y un día a seis años (Cfr. arts. 406, 407 y 411 del Código Penal). Ver, además, BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 114.

(13) La tesis denominada «del derecho a la vida» es mantenida entre otros penalistas por ORTEGO COSTALES: *La legalización del aborto*, Salamanca, 1984, p. 17; idem DÍAZ PALOS: *Aborto*, NEJ. II, 1950, p. 87, o civilistas como LACRUZ BERDEJO: «*Aborto, persona y vida*» (*Reflexiones de un civilista*), Bol. Coleg. Abog. de Madrid, Rev. jur. gral., Madrid, 1983, p. 26. Sobre las desigualdades sociales y la falta de motivación de la mujer en relación a la anterior tesis, ver LANDROVE, G.: *ob. cit.*, pp. 22-23. Ver, además, Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, 24-3-82. Ver también Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, Fundamentos 11 y ss.

(14) Un análisis de los diversos sistemas puede verse en LANDROVE: *ob. cit.*, pp. 49 y ss. y 55 y ss.; HUERTA TOCILDO, D.: *ob. cit.*, rev. cit. pp. 16 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, pp. 14 y ss.; HIRSCH, H. J.; *La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana*, en «*La Reforma penal*» Univ. de Madrid, 1982, pp. 39 y ss. Sobre la desprotección del producto de la concepción, ver ROXIN, K.: *Problemas básicos del Derecho penal*, trad., Luzón Peña, Madrid, 1976, pp. 79 y ss. Ver la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de Karlsruhe de 25 de febrero de 1975 en *Bundesverfassungsgericht (Deutsche Bundesrepublik)*, «*L'aborto nelle sentenze delle corte costituzionali*», pp. 209-210, Milano, 1976.

legislaciones (15), entre ellas la nuestra, optan por el llamado sistema de indicaciones con mayor o menor amplitud, según los casos. En este sentido, aunque de modo restringido, se pronunció la Ley española vigente de 5 de julio de 1985, la cual, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, despenaliza el aborto consentido en los supuestos de indicaciones terapéutica (peligro para la vida o salud de la madre), ética (caso de violación denunciada) y eugenésica (graves malformaciones fetales), con intervención de facultativo y con las garantías sugeridas por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia de 11 de abril de 1985, salvo el caso de autoaborted en que no es preciso que concurran (16). La citada Ley ha sido sometida al disparo cruzado de la crítica, tanto de los partidarios de la libertad absoluta del aborto, por considerarla demasiado restrictiva de los derechos de la mujer y del libre desarrollo de su personalidad (17), como de aquellas posiciones que, como la oficial de la Iglesia Católica, niegan, en todo caso, la posibilidad de interrupción del embarazo, aún en el supuesto de las indicaciones referidas, ya que dicha interrupción, según este punto de vista, provocaría una desprotección del producto de la concepción (18). Incluso

(15) Un análisis comparativo de las diversas legislaciones, por lo que se refiere especialmente al sistema de las indicaciones, puede verse en GARCÍA VITORIA, Aurora: *El delito de aborto consentido a la luz de las legislaciones actuales* ADPCP, 1981, pp. 483 t ss.; *idem. El tipo básico de aborto*, Pamplona, 1981, pp. 25 y ss. *idem.* MARTY, D. F.: *La repression penale de l'avortement. Notes de droit comparé*, «Rev. inter. de crim. et police thécn.», 1974, pp. 391 y ss. El sistema de indicaciones es seguido con cierta amplitud en la República Federal de Alemania por Ley de 21 de junio de 1976 que reformó el parágrafo 218 del StGB (Código penal), como consecuencia de la declaración de anticonstitucionalidad respecto del anterior parágrafo 218 que, en virtud de la Ley de 18 de junio de 1974, mantuvo el criterio del «plazo», al permitir la interrupción del embarazo con intervención de un médico dentro de las 12 primeras semanas. Un análisis de la evolución legislativa en la República Federal Alemana y de sus consecuencias en relación a la interrupción del embarazo puede verse en HIRSCH, H. J.: *La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana* en «La reforma penal», Madrid, 1982, pp. 39 y ss. (trad. de Carlos Suárez).

La nueva legislación alemana ha sido criticada, entre otros por GÖSSEL, K. H.: *La reforma del delito de aborto en Alemania*, trad. M. Conde, CPC, 1978, pp. 42, particularmente el hecho de dejar impune a la mujer si el aborto se realiza sin el asesoramiento de un médico —lo que ocurre también en la legislación española, artículo 417 bis, 2, Ley de 5 de julio de 1985— y estima que al elegir el legislador un criterio intermedio entre la tesis del «plazo» y la de «las indicaciones», una vía intermedia acumula los errores de ambas posiciones y ninguna de sus ventajas. Con respecto a la Ley italiana de 22 de mayo de 1978 que sigue con cierta amplitud la vía de las «indicaciones», ver NUVOLONE, P.: *La nuova disciplina dell'aborto nella legislazione italiana*, «II Jornadas italo-franco luso-españolas de Derecho penal», Avila-Alcalá de Henares, 1981, pp. 233 y ss.

(16) Ver artículo 417 bis, 2 del Código Penal.

(17) Así, v.g. CUERDA RIEZU: *El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto de CP*, «Documentación Jurídica», 1983, pp. 356 y ss.

(18) Ver Doc. «La vida y el aborto» de la Conf. Episcopal Española de 5-2-83, public. en el periódico «El País», 6-2-83; Confr., además, WERTHEIMER: *Comprender la discusión sobre el aborto. Debate sobre el aborto, Cinco ensayos sobre Filosofía moral*, Madrid, 1983, pp. 33 y ss.

desde el propio criterio que mantiene el sistema de las indicaciones se estima la Ley citada demasiado restrictiva al no incluir supuestos tales como los de incesto, inseminación artificial no consentida y, sobre todo, la llamada indicación económica y social (19), particularmente esta última que, aunque de hecho, fue considerada incluso en el propio Derecho romano (20).

II

1. Dada la índole del trabajo que nos ocupa no es nuestra misión entrar a fondo en la dificultosa discusión de tan arduo problema como es el de la interrupción del embarazo en el momento actual, sino, tan sólo realizar un breve análisis histórico-jurídico y crítico del aborto, tal y como fue concebido en las distintas etapas del Derecho en Roma. Era, sin embargo, necesaria esta breve disquisición sobre el panorama político criminal del aborto en el momento actual, especialmente en lo que respecta a nuestro país, tanto por lo que se refiere a la doctrina como a la vigente legislación y finalizar así nuestro trabajo poniendo en relación, mediante un somero estudio comparativo, los criterios romanistas en las diversas etapas del Derecho romano con los mantenidos por la doctrina y legislación actuales, deshaciendo algunos tópicos y equívocos que todavía parecen sustentarse a la hora de marcar las pautas para una futura reforma de tan arduo tema como el de la interrupción del embarazo.

A. Como ha sido puesto ya de relieve por la doctrina romanista (21), en Roma había dos valores ampliamente respetados que habrían de prolongarse a través de toda su historia: el interés demográfico del Estado en obtener buenos ciudadanos de los que servirse y, de otro lado, el omnímodo poder del *pater familias*, y en cuya autoridad jamás se inmiscuía el poder público. Por consiguiente, al arbitrio del *pater familias* quedaban las posibles sanciones a la mujer o contra los terceros que provocaban su aborto. Pero, en ningún caso existe una incriminación pública del aborto, al modo del Derecho vigente, por lo que al consentido se refiere, jugando, también aquí, en cierto

(19) Ver BAJO FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, 139, indica la poca probabilidad de que la «indicación social» se «cuele» por la vía de las otras «indicaciones». Sin embargo, cabe, v.g., aunque restringidamente, por la vía de la indicación terapéutica, v.g., alteración psicológica de la madre a consecuencia del impacto producido por la falta de medios económicos, situación social del marido, paro, etc., gran número de hijos, imposibilidad de su manutención, etc... La gran mayoría de los abortos producidos en la República Federal de Alemania, lo son por esta causa. Ver HIRSCH, *ob. cit.*, pág. 47.

(20) Ver NARDI: *Il procurato aborto nel mondo grecoromano*, Milano, 1971, págs. 16-29.

(21) NUÑEZ PAZ, M.^a I.: *Perspectivas jurídicas y sociales del aborto consentido en la antigua Roma*, libro homenaje a Iglesias Cubría, 1990, pág. 5; *idem*. NARDI: *ob. cit.*, pp. 46 y ss., 357, 442 y 630.

modo, un criterio demográfico, a través del derecho del marido a la progenie.

Por consiguiente, no se sanciona el aborto, particularmente en las primeras etapas de la historia de Roma, pero caben sanciones privadas cuando aquél se realiza sin el consentimiento del marido al ver éste truncados sus derechos a la progenitura. Los movimientos abolicionistas actuales, aun pretendiendo partir de la expresión romanista de la «...mulieris portio est vel viscerum» (22), no admiten sanción alguna ni pública ni privada, sino solamente el «mi vientre me pertenece» y, por ello, el derecho de la mujer, aun sin consentimiento del marido o del padre, en virtud de la simple fundamentación en la absoluta libertad de la madre para tener los hijos deseados, lo que implicaría el derecho a no tener los no deseados. Sin embargo, el Derecho romano, particularmente, después de Septimio Severo y Antonino conminó con las más graves penas a quienes provocaban un aborto, si bien, siempre que el marido se querellase por haber perdido, por este hecho, un heredero (23). No obstante tal punición parece hacia siempre relación a la mujer casada porque el abortar para las solteras no era considerado delito (24).

De otro lado, también en Roma se plantean los problemas actuales en torno al comienzo de la vida humana. Un sector de la doctrina actual y especialmente el que aboga por la punición del aborto en todo caso, siguiendo el criterio tradicional, preconiza la absoluta protección del feto-embrión desde el momento de la fecundación (25). Sin embargo, hoy, particularmente a partir de la reforma mayoritaria por la anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer, es decir, el proceso que estadísticamente se cierra en el 13.^º día después de la concepción (26). La antigua distinción greco-romana del feto «animado» o «inanimado» no tiene, sin embargo, parangón con el de la animación-fecundación, aunque pudiera parecer históricamente condicionado. Debe recordarse que los fenómenos que se dan entre

(22) Confr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 14. ULPIANO ad. L. 1 ff. *De inspicio ventre*, D. XXV, 4: «partus enim, antequam edatur, mulieris portio et del viscerum». NUÑEZ PAZ, M.^a I.: *ob. cit.*, pág. 23. D. 25,4,1 (Ulp. 24, ad. col.).

(23) Cfr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 15.

(24) TOCCI: *ob. cit.*, p. 16: «Tali punizioni riguardavano sempre le sole donne matrite perché nubili l'abortire non era considerato un delitto». Sin embargo, NUÑEZ PAZ, M.^a I.: *ob. cit.*, p. 4, afirma que la mujer soltera siempre estaba sometida a un «pater familiae» que incluso en caso de repudio podía ser el *curator ventris* (U. p. L. 24, ad edc. I.I.D. De insp. ven., por lo que no podía hablarse de autodeterminación de la mujer en el sentido que se preconiza actualmente; de otro lado, tales puniciones se derivarian de la Lex Cornelia, que se refería, en general al caso de muerte o lesiones a la mujer por terceros («envenenamiento» por abortivos). Ver NARDI: *Il procurato aborto*, *cit.*, pág. 557-60.

(25) Ver DELICADO, J. ARZ DE VALLADOLID: *El aborto ante la ética y el Derecho*, «Ecclesia», núm. 1.974, mayo 1980. Ver también Punto II de la nota sobre el aborto de la Comisión Episcopal para la Doctrina de la Fe, de 4 de octubre de 1974.

(26) Ver LÜTTGER, Hans: *Medicina y Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1984, pp. 60-61. Trad. E. Bacigalupo.

fecundación anidación eran desconocidos en aquella época para los juristas. Por consiguiente, la historia jurídica no es el método adecuado para la discusión del problema, sino a través del contacto entre los argumentos biológicos-médicos y métodos jurídicos de interpretación. Hoy la interrupción del embarazo se considera punible sólo si tiene lugar después de producirse la anidación del óvulo fecundado en el útero (27).

B. Las concepciones epicúreas y estóicas se traducen en Roma en la idea de que sólo existe un ser vivo cuando hay nacimiento y, por consiguiente, el embrión forma parte de las entrañas maternas (28). Particularmente en la época preclásica, cuando se contempla un aborto, es con referencia al resultado muerte de la mujer a consecuencia de aquél, sin que ello signifique la equiparación de uno y otro, lo que en ningún caso aparece en la legislación. En el derecho vigente existe una figura especial en la que se sanciona el aborto, si como consecuencia se produce muerte de la embarazada, con la pena de homicidio, lo que no deja de ser un residuo de responsabilidad objetiva, siquiera sea paliada ésta, que no suprimida con la exigencia, después de la reforma de 1983, de que la muerte haya sido al menos previsible (29). De todos modos, lo cierto es que en Roma los crite-

(27) LÜTTGER, H.: *ob. cit.*, p. 49; *idem* ROXIM: *El desarrollo del derecho sobre el aborto en la República Federal de Alemania*, «Rev. jur. de Cataluña» 1980, p. 257, *idem*. NUÑEZ BARBERO, R.: *El problema político criminal del aborto en el momento actual*, Conf. pronunc. en el Colegio Mayor Univ. de S. Bartolomé de Salamanca y publicada en extracto en el periódico «El Adelanto» (19 nov. 1978). Ver además HIRSCH, H. J.: *La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana*, en «La Reforma Penal», Madrid, 1982, p. 44. El actual parágrafo 219 del StGB precisa que todas aquellas intervenciones realizadas antes de la anidación del huevo fecundado en el útero quedan excluidas del tipo de aborto.

(28) En el momento en que el alma se «anima» al penetrar al aire libre por la boca y da vida al cuerpo (De opific. Dei, 17, 5). Médicos y filósofos griegos, seguidos por los romanos coinciden en que el embrión forma parte de las entrañas maternas hasta que se anima, si bien no acaban de ponerse de acuerdo en el momento en que se produce dicha animación (Ver NUÑEZ PÁZ, M.ª I., *ob. cit.*, pp. 7-8). Ulp. 24 D, 25.4, 1. 1; TOCCI, *ob. cit.*, p. 17.

(29) Ver artículo 1, 2 y artículo 411 párrafo último del Código Penal. A pesar de los deseos de la Reforma de 1983 en orden a eliminar de nuestra legislación punitiva todo vestigio de responsabilidad objetiva, sigue existiendo en el párrafo último del artículo 411 del Código Penal, dado que aunque se requiera que el resultado sea culposo, v.g., la muerte de la embarazada sobre la que se realizan las prácticas abortivas, se aplicamos el concurso de delitos aborto-homicidio culposo resultaría el autor más levemente castigado, dado que en el delito complejo se aplica la pena del homicidio doloso. Confr. MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal*, P. Espuc., 7.^a ed., 1988, p. 91; *idem*. HUERTA TOCILDO: *Aborto con resultado muerte o lesiones graves*, Madrid, 1977. Será un delito «cualificado por el resultado imprudentemente producido», como indica acertadamente, Muñoz Conde. Las insólitas sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1985 y de 3 de abril del mismo año consideran que para aplicar este artículo 411, último párrafo, es necesario, respecto del resultado lesivo para la madre, el dolo eventual, estimando que en el caso de aborto y homicidio imprudente existe un concurso de delitos. Creemos que la postura correcta es precisamente la contraria, el dolo eventual debe seguir el mismo camino que el dolo directo y el único concurso de delitos posible es el existente entre el aborto básico y el homicidio doloso o las lesiones dolosas.

rios de los autores cristianos (30). Las fuentes respecto de las cuales pudiera afirmarse su equiparación aluden a la palabra «*partus*» y, por consiguiente, se trataría de proteger la vida de un recién nacido y no del embrión (31). Por tanto, no parece haber habido, particularmente en las primeras etapas del Derecho de Roma, protección al *nasciturus* como tal. La etapa de tránsito de la República al Principado supuso un aumento de los delitos de aborto, pero no ya o, al menos, no tan sólo por la relajación moral de los primeros tiempos o la corrupción (31 bis) de costumbres, sino porque se plantea ya lo que la doctrina actual denomina «conflicto de intereses» (32), y en caso de duda entre la vida de la madre y la del feto habría de optarse por la salvación de la vida de la primera, fundamentado en el mayor valor social de la madre y, no obstante, los derechos del padre a la progenitura. Esto es lo que hoy conocemos por la eximiente justificativa de estado de necesidad, contemplada no sólo de manera general en el artículo 8, 7 del Código Penal, sino en el artículo 417 bis 1, del mismo Texto legal, reformado por la Ley de 1985, que considera el problema de manera específica en relación al aborto, justificando en este caso la interrupción del embarazo por la llamada «indicación terapéutica». Las fuentes muestran, así mismo, otras causas de interrupción del embarazo que demuestran la existencia de motivaciones morales; es lo que llamamos hoy aborto «*honoris causa*», que nuestro Código Penal regula con atenuación especial en el tipo del artículo 414 del Código Penal e incluso como causa de justificación específica en el citado artículo 417 bis, en el caso de que la mujer haya

sas, como acertadamente ponen de relieve COBO DEL ROSAL y CARBONELL (*Derecho penal, Parte especial*, 2.^a ed. 1988, p. 562). En sentido crítico y con argumentos contundentes rechaza también la solución de las citadas sentencias SUÁREZ MONTES: *Aplicación del nuevo artículo 1 del Código Penal al aborto en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, «Rev. Jur. de Asturias», 1985. Acepta también la solución que preconizamos BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 143.

(30) Ver TOCCI: *ob. cit.*, pp. 20 y ss.; Ver además, QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado*, cit., p. 547. Confr., además p. 25 y Tert. De an. 36, 34; Terull, Apol. 9, 8, aunque en casos de peligro para la vida de la madre se llega a justificar la muerte del feto en base a la *pietas o caritas* cristiana, Tert., De an. 25, 4-6 (Confr. *supra* p. 26). Y San Agustín sostuvo que no podía hablarse de hombre desde el momento de la concepción, sino que es necesaria la manifestación de la vida mediante movimientos (Ag. Quaest. Ex. 80) Confr. *Supra* p. 27.

(31) Ver LAFRANCHI, Voz «*nasciturus*» NNDI, XI, p. 13. Ver *supra* p. 10.

(31 bis) Particularmente en el período imperial «puso de moda» la interrupción del embarazo para conservar los senos turgentes o para evitar «ut careat rugorum crimine venter», ver TOCCI: *ob. cit.*, p. 14; NUÑEZ PAZ, *ob. cit.*, p. 15. Las leyes de Augusto trataron de poner coto a esta moralmente.

(32) Ver en la doctrina actual JESCHEK, H. H.: *Tratado de Derecho Penal*, I, Parte General, trad., S. MIR y F. MUÑOZ CONDE, Bosh, Barcelona, 1981, pp. 494-95. Confr., además, BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 114 y 131. Ver también en relación al Derecho romano, *supra* p. 14: «existen razones médicas que justifican la aplicación de la excepcional medida del aborto». Confr. HIMES: *A medical history of contraception*, 1936, pp. 320; Sorano Gynaec, 1, ver también BUSTOS RAMÍREZ. *Derecho Penal*, Ariel, 1986, pág. 56.

sido objeto de un delito de violación, una vez denunciada ésta, con fundamento en la no exigibilidad de otra conducta y en base a que nadie debe ser obligado a soportar las consecuencias del delito (33). Las fuentes muestran también las numerosas interrupciones de embarazo por falta de medios económicos (34), esto es, lo que hoy denominamos indicación social o económica, y que una parte de la doctrina reprocha a la vigente legislación de no haber tenido en cuenta; si bien, como hemos indicado, cabría, en algunos casos, a través del aborto terapéutico (35).

(33) La sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 de abril, afirma, respecto de la indicación prevista en el número 2 del artículo 417 bis, que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligárla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible (BJC 1985-49-R138). Al aludir a la dignidad de la mujer, el propio Tribunal Constitucional, dicen COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU: *Derecho Penal*, cit. 2.^a edic. P. E. p. 569, esto quiere decir que la salvaguardia de ésta prevalece sobre la vida en formación, tal prevalencia sobre la exigibilidad y, en definitiva, sobre cualquier otro interés hace que se trate de una causa de justificación. Si bien el Tribunal alude a la «no exigibilidad», pero, según dichos autores al prevalecer un interés superior no surge la exigibilidad, lo que me parece discutible. Sobre la base del estado de necesidad (conflicto de intereses iguales) ver QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado*, cit., 584. Basa esta exención en el principio de la no exigibilidad BAJO FERNANDEZ: *ob. cit.*, p. 136, pero sorprendentemente como principio regulativo general, porque a continuación la considera como causa de justificación sobre la base del ataque a la dignidad e intimidad de la mujer, de acuerdo con lo expuesto por la sentencia del Tribunal Constitucional citada. En sentido favorable a esta indicación ver JIMÉNEZ DE ASUA: *Libertad de amar y derecho a morir*, 6.^a ed. Buenos Aires, 1946, p. 408; LANDROVE DÍAZ: *Política criminal*, cit., pp. 80 y ss., quien se pronuncia, además, en favor del sistema de indicaciones en general (Cfr. además EL MISMO: *La voluntaria interrupción del embarazo y el Proyecto de Código penal español*, «II Jornadas», cits., p. 76, quien se manifiesta, sin embargo, en contra de cualquier inclusión de ataques a la libertad sexual distinta de la violación). En el mismo sentido GARCÍA VITORIA: *ob. cit.*, p. 37. Sin embargo, el Anteproyecto de 1979 incluía la inseminación artificial no consentida, rechazada como, en general, lo fue el sistema de indicaciones en el Proyecto de 1980. La reforma de 1985, que redactó en la forma actual el artículo 417 bis del Código Penal incluyó las indicaciones y con ellas la indicación ética, pero dentro de ella (2.^a) no incluyó la inseminación artificial no consentida, lo que me parece desacertado. Destaca con sorpresa el que la inseminación se haya excluido también en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, CUERDA: *ob. cit.*, p. 379.

(34) Ovid, Nux, 23-24; Am. 2,2 Juv., Sat. 2, 32-33. Suet. Domic. 22, 2 Plin. Epist. 6-1-16, ver *supra* p. 14.

(35) Respecto de la citada indicación, CUERDA: *ob. cit.*, p. 381, precisa que podría incluirse en el concepto de salud, con referencia a la Propuesta de Anteproyecto de 1983, que tampoco la incluye. Sin embargo, esto podría hacerse en aquellas situaciones en que se produjese alguna alteración psíquica en la madre, lo que no sería infrecuente, pero no en otros casos, por lo cual, tales situaciones habrían de considerarse con mucha ponderación, como indica GARCÍA VITORIA: *El Tipo básico de aborto*, cit., ya que aunque admite, en determinados casos de notoria gravedad, tal indicación, reconoce que ofrece una segunda vertiente en la que habrá de procederse con gran cautela (p. 41). En todo caso, habría que evitar las cuotas de inseguridad y arbitrio tan poco deseables a que se refiere BAJO: *ob. cit.*, p. 139, y que le hace considerar preferente

Es curioso observar que no obstante la evidente diferencia histórico-cultural y social entre la sociedad romana y la actual, la práctica más frecuente y menos motivada de abortos se sitúa en los estratos más altos de la sociedad, siendo las clases mayoritarias, medias y bajas a quienes están vetadas las prácticas abortivas por exceder de sus posibilidades económicas, las que continúan respetando las costumbres tradicionales (36). Todo ello origina, tanto en la sociedad romana como en la actual, una evidente desigualdad que se traduce, además, en la posibilidad de lesiones irreversibles e incluso muertes para aquellas mujeres que se someten o caen en manos de sujetos sin escrúpulos y, como es lógico, en aquellas épocas aún más inexpertos que en la actual (37). En definitiva, al comenzar la época clásica,

el sistema del plazo, lo que tampoco me parece conveniente. Bajo la indicación de «situación de necesidad» (V. § 218 a) aptdo. 1, número 2 StGB se subsumen en Alemania Federal la mayoría de los abortos, en 1980 el 71 por 100. En contraposición a ésta, la indicación médica representó en el mismo año sólo el 24 por 100, la eugenésica el 4 por 100 y la ética el 0,1 por 100 y, dentro de los casos de la indicación por necesidad, los conflictos socio-económicos son una minoría, al menos en la República Federal, dadas sus condiciones socio-económicas superiores a las de nuestro país. Por tanto, la mayoría de los casos lo son de *conflicto personal*, v.g., sobrecarga de la mujer a causa del trabajo y de la familia, trastornos psicológicos que no alcanzan el grado correspondiente a la indicación terapéutica, disolución del matrimonio, etc. Confr. HIRSCH, H. J. *Interrupción del embarazo*, cit., p. 47. En nuestro derecho, sin embargo, por razones obvias, los supuestos típicos de indicación social, paro, familia numerosa sin ingresos, etc., ofrecen una importancia mayor, con repercusión incluso psíquica para la madre, que puede alcanzar notoria gravedad, con posibilidad incluso de insertarse en el número 1 del artículo 417 bis del Código Penal. Sobre el problema, ver DE VICENTE REMESAL, J.: *El grave peligro para la salud psíquica de la madre en la nueva Ley de aborto*, «La Ley», sept. 1985, p. 5, quien pone de relieve, también, cómo la indicación económico social constituye en Alemania Federal el fundamento de las tres cuartas partes de los abortos producidos. Lo que debe tomarse en el sentido que anteriormente hemos expuesto de prevalencia de los conflictos personales sobre los estrictamente sociales, para la llamada situación de necesidad (Notstand). También ROXIN, K.: *El desarrollo del derecho sobre el aborto en la República Federal de Alemania*, «Rev. Jur. de Cataluña», 1980, p. 263 señala para la indicación social (situación de emergencia) el 67 % de los casos de aborto. Las condenas a causa de hechos punibles de aborto, según el § 218 del StGB en dicho año no tienen ninguna importancia estadística.

(36) Ovid., Herod., 2, 39-45; NARDI, *Procurato aborto*, cit., pp. 230 y ss. *supra*, p. 13.

(37) Que la embarazada no tenga que estar expuesta a «curanderos», dice HIRSCH, H. J.: *Interrupción voluntaria...*, cit., p. 48, correspondía a una urgente necesidad de tipo social. Ello no significa que una reforma legal deba servir exclusivamente a los intereses de la embarazada, como parece haber ocurrido con la reforma penal alemana, no obstante la aparente inclusión del sistema de las indicaciones, pues si se pretende —dice Hirsch— como uno de los fines de la reforma la protección de la vida del *nasciturus*, no queda claro «cómo puede suponer una protección de la vida del *nasciturus* el que ahora se le pueda matar en lugar de ilegal, legalmente». Ciento que el modelo de asesoramiento parece centrarse en la protección del *nasciturus*, pero tal y como ha sido concebido no se puede reconocer al mismo —según el citado autor— ningún beneficio. La reforma —dice— parece haber servido exclusivamente a los intereses de la embarazada en cuanto se la protege de las intervenciones practicadas por «curanderos». Y ROXIN. El desarrollo, cit, rev., cit., p. 264, señala que aun cuando el fin de hacer descender la cantidad de embarazos no ha sido alcanzado, al menos habría de

en Roma, el aborto, libre, no era indiscriminado. Arraiga la idea, especialmente en las clases populares, que había de llevarse a término lo que la naturaleza había comenzado; si bien, de hecho, los casos en que se practica se corresponden con una serie de razones personales, médicas, morales o de falta de medios económicos que tienen mucho que ver con las motivaciones que actualmente consideran las legislaciones como comprensivas de las llamadas indicaciones, fundamentadas, en general, en razones de necesidad o de «no exigibilidad».

De otro lado, en Roma y particularmente en la época que nos ocupa, se distingue entre anticonceptivos y abortivos (38), considerándose preferible siempre la contracción al aborto; hay una cierta repulsa social hacia éste cuando no se considera motivado y se estima realizado frívolamente. Este punto de vista es puesto de relieve por la doctrina mayoritaria actual en tanto en cuanto se estima que para un general control de la natalidad y en la época de la «píldora» no es, en general, necesario acudir al aborto (39). Un control de la natalidad se plantea, ciertamente hoy de modo distinto que en Roma, en la época de Augusto, si nos atenemos al criterio de ciertos autores que nos hablan de una legislación represiva para evitar la despoblación y la relajación de costumbres, pero que, en definitiva, no consiguió siquiera su objetivo, que fue el incremento de los nacimientos en las clases altas (40). El problema demográfico, también ligado en Roma al derecho del marido a tener descendencia, está hoy relacionado con el mayor o menor crecimiento de la población, y depende, en general, del desarrollo económico y cultural de los diversos países. Sin embargo, particularmente en algunos de los países socialistas, el

reconocer un cierto éxito si en el volumen aproximado invariable de abortos, las intervenciones tienen lugar en un hospital, bajo condiciones ginecológicas irreprochables, lo que sirve no sólo a la salud de las embarazadas, sino que eximen, también a ellas, de las angustias, espirituales vinculadas con la visita a una curandera ilegal.

(38) HÍMES: *A medical history of contraception*, 1936, pp. 320 y ss.; Sorano Gynaec, 1, 60-63, ver *supra* p. 14.

(39) ROXIN: *Problemas básicos del Derecho penal*, trad., D. M. Luzón, Bosh, 1976, p. 73; *idem*. El mismo: *El desarrollo*, cit. rev. cit., 257; HIRSCH, H. J.: *ob. cit.*, p. 53. Sin embargo, las concepciones de la Iglesia prohíben tales métodos con lo cual —como indica HIRSCH— provocan situaciones de conflicto que llevan ilícitas interrupciones del embarazo. Ver sobre ello, BARBERO SANTOS: *La reforma penal española en la transición a la democracia*, «Rev. Intern. de droit penal», 1978, número 1, p. 66. Recientemente el Papa Juan Pablo II ha declarado que el uso de preservativos ha de considerarse como una «blasfemia contra Dios», aún en el caso de utilizarse para evitar el «SIDA». Ver el periódico «El País» de 14 de noviembre de 1988. Por consiguiente, la postura de la Iglesia es absolutamente contraria no sólo ante los antiabortivos, sino contra cualquier método que impida la concepción. El Código penal prohíbe la expedición de abortivos, aunque excluyó la propaganda anticonceptiva, pero remitió el artículo 343 la expedición ilegal de anticonceptivos, lo que, como indica BAJO: *ob. cit.*, p. 149, probablemente «no tenga mucho sentido».

(40) Tal legislación fue considerada como un «total y catastrófico fracaso». Ver ASTOLFI: *La lex Iulia et Papia*, Padua, 1970, pp. 77 y ss. Ver NARDI: *Procurato aborto*, cit., pp. 241 y ss. Confr. *supra* p. 15.

riesgo de una mayor despoblación ha obligado a restringir la legislación liberalizadora del aborto (41).

En la época clásica romana se discutió, como en la actualidad, el problema de si el feto era considerado un ser vivo y merecedor de protección. En general se exigió por los juristas el nacimiento como presupuesto indispensable de capacidad jurídica, lo cual requería la separación completa del claustro materno (42), requisito que hoy se considera básico para distinguir el homicidio del aborto (42).

La distinción efectuada por los juristas romanos entre *aborsus* y *abortus* depende del tiempo de duración de la gestación (44) y nos hace recordar la actual tradicional observación de la obstetricia en orden a la distinción entre embrión y feto, que ha sido utilizada como fundamento por los partidarios del sistema del plazo, al considerar que durante el período embrionario el producto de la concepción carece de forma humana, junto al argumento de que en los tres primeros meses la interrupción del embarazo acarrea menos peligros para la mujer (45). A pesar de las razones político-criminales en que estos criterios pretenden moverse, el profundizar en la argumentación sobre la base de que el embrión carece de nivel consciente antes del cuarto mes, como lo prueba el «encefalograma plano», supone adentrarse en «un terreno resbaladizo y sumamente discutible» (46). El argumento es hoy tan a científico —dice Bajo Fernández—, como puede serlo el de la teoría de la «animación» (47). En el embrión, antes de transcurrir los tres primeros meses de embarazo el encefalograma es plano, pero estamos ante un ser humano en desarrollo y es sólo cuestión de días o semanas el que se registre una actividad en su cerebro (48).

(41) Cfr. GARCÍA VITORIA, A.: *El delito de aborto consentido a la luz de las legislaciones actuales*, ADPCP, 1981, p. 505. Ver además, RODRÍGUEZ DEVESAS: *Derecho penal español*, 10.^a ed., 1987, p. 104. También en Roma por consideraciones demográficas se dieron leyes tendentes a restaurar la pureza de los primeros tiempos (V. Lex Julia y Papia Popaea 18 a.C. y 9 d.C.).

(42) Paul Sent 4, 9, 5; Plin, Nat. Hist. 7, 38. Ver *supra* p. 16. Confr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 14, nota 10. «...l'infante cominciare a essere animato solo dopo uscito dall'utero».

(43) Ver BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 22; *idem*. RODRÍGUEZ DEVESAS: *ob. cit.*, p. 22. Para MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, P.E., 6.^a ed., 1985, p. 8, se requiere la total separación del claustro materno evidenciada por el corte del cordón umbilical, si bien se pronuncia, acertadamente a mi juicio, de *lege ferenda* por el criterio, seguido en las legislaciones alemana e italiana, que equipara la muerte del recién nacido a la producida durante el parto, más convincente, a mi juicio, que el criterio de la «percepción visual» mantenido por GIMBERNAT ORDEIG (QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado* *cit.*, pp. 504-5), particularmente desde el plano valorativo.

(44) NONI: *Compenosa doctrina*, Lindsay, 1964, p. 448. Ver *supra* p. 16.

(45) EHMKE: *Die Fristeregelung und das Grudgesetz*, Bon-Bad Godesberg, 1975, p. 37.

(46) BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 117.

(47) BAJO FERNÁNDEZ: *ob. y pag., cit.*

(48) Cfr. CEREZO MIR: *Interrupción del embarazo...* *cit.*, rec. *cit.*, p. 33. para CEREZO del hecho incuestionable de que la vida humana intrauterina tenga un valor inferior al de la vida humana independiente desde el punto de vista de la valoración jurídica.

Es opinión dominante en la actualidad que la vida humana comienza con la concepción, considerada ésta en el sentido de la «anidación» a que antes hicimos referencia (49).

Hemos dicho que, con arreglo a la opinión —a nuestro juicio— más acertada, el nacimiento viene determinado por la separación completa del claustro materno (50). Según el Código Civil, hay que estimar, de acuerdo con el artículo 29, que el nacimiento determina la personalidad (51), y el *nasciturus* aún no es persona en sentido jurídico, pero es un ser humano vivo, y una interpretación teleológica de los preceptos constitucionales (art. 15), que protegen la vida humana habrá de considerar que aquéllos se extenderán, también, a la vida humana intrauterina, ya que la destrucción del feto impide que el *nasciturus* llegue a nacer, esto es, a convertirse en persona (52). Inclu-

ca no cabe deducir que se trate de valores distintos y que la Constitución otorgue, por ello, valor solo a uno solo de ellos en su artículo 15. Para ARROYO ZAPATERO: *ob. cit.*, pp. 209 y ss., sin embargo, aun cuando afirma que la vida humana en formación es objeto de protección por la Constitución, sólo lo es a través de la idea de dignidad humana que consagra el artículo 10 de dicho texto fundamental, por lo cual la vida en formación ha de estimarse como bien jurídico de la comunidad y no individual, cuya titularidad pueda ser atribuida al propio *nasciturus*. Para este autor los intereses de la madre prevalecen sobre los del *nasciturus* en los tres primeros meses de embarazo. De todos modos, no me parece explicable, no obstante, por qué los intereses de la mujer prevalecen sobre los del *nasciturus* en los tres primeros meses de embarazo y no con posterioridad. Si la vida humana en formación (*nasciturus*) es un bien jurídico digno de protección porque pertenece a la comunidad, si no es un bien jurídico individual de titularidad atribuida al *nasciturus* o a la mujer no parece lógico pensar que la mujer pueda luego disponer libremente, durante esos tres primeros meses de embarazo, de ese bien comunitario del que no es titular (Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO: *La despenalización del aborto...*, rev. cit., pp. 95-96).

(49) Cfr. LÜTTER: *ob. cit.*, p. 55; HIRSCH, H. J.: *ob. cit.*, p. 44.

(50) Ver BAJO FERNANDEZ: *ob. cit.*, p. 22; para BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal*, P.E., Ariel, 1986, P. 22, dada la dificultad en el plano biológico de determinar el momento de la separación entre vida dependiente e independiente, debe utilizarse un criterio médico-normativo que es el de *autonomía de vida*. Desde el momento en que el sujeto vive funcionalmente en forma autónoma de la madre, se considera que ha nacido, con independencia de que se haya desprendido o no totalmente o de que se haya o no cortado el cordón umbilical. Criterio normativo no exento de graves dificultades prácticas, habida cuenta de que, como indica RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. cit.*, rev. cit., pp. 88-89, el concepto constitucional de vida es un concepto puramente naturalístico, cuya existencia o inexistencia no se puede hacer depender de valoraciones sociales, aunque éstas pueden condicionar el que el ordenamiento jurídico distinga fases en ese proceso continuado, atribuyendo a cada una diverso valor y protección y tratamiento también dispar.

(51) El Código Civil, en sus artículos 29-30, concede personalidad solamente al nacido que ha vivido veinticuatro horas separado del claustro materno, aunque, a efectos civiles y en lo que le sea favorable, el citado Texto legal tiene por nacido al concebido (art. 29, párr. 2.º).

(52) Ver CEREZO MIR: *ob. cit.*, p. 33. Para Cerezo, sin embargo, la vida humana comienza con la concepción, pero con la sola fecundación del óvulo por el espermatozoide. RODRÍGUEZ DEVESÁ: *Derecho penal*, P.E., 10.ª ed., 1988, Madrid, p. 109. Sin embargo, hoy la doctrina dominante, así como la legislación, particularmente la alemana, estima que una intervención respecto de la vida en gestación debe quedar impune si se realiza en los primeros 13 días después de la concepción, ya que hasta el día 13.º no se concluye el proceso de arraigo del óvulo fecundado en la matriz, lo que

so los partidarios del sistema del plazo consideran que la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección, es un bien jurídico constitucional, si bien se trataría —dicen— de un bien jurídico de la comunidad y no de un bien jurídico individual, lo que sin embargo, me parece asaz discutible (53).

C. Del examen de las fuentes romanas, y aunque por unos autores se sostuvo que sólo la separación del claustro materno determina la capacidad jurídica, esto es, la personalidad, y por otros se parte de la permanencia en aquél 182 días —antes de los cuales habría *abortus*—, se deduce que, en todo caso, el mayor o menor tiempo de gestación no fue criterio determinante, ya que se llegaba a la misma conclusión si faltaba el requisito de la «vitalidad». En realidad, antes del parto, el *conceptus* no existe como hombre, al menos hasta la etapa justinianea en que ya el nacido inmaduro incluso puede considerarse capaz (54). En definitiva, el aborto es expulsión de un «no hombre», y para que haya capacidad jurídica se requiere vida y forma humana y total desprendimiento del claustro materno. Por consiguiente, según las fuentes más dignas de crédito, antes del parto el producto de la concepción no es sino una parte de las entrañas maternas (*partus enim antequam edatur, mulieris portio est*) (55), criterio que, como ya se advirtió, ha sido utilizado por sectores partidarios de la libertad absoluta del aborto para, bajo el lema «mi vientre me pertenece», justificar la absoluta autodeterminación de la mujer en la interrupción del embarazo y su derecho a tener o no tener hijos (56),

se denomina «anidación» (ver art. 219 StGB), y tal anidación, aún cuando todo siga su curso normal natural, sólo se produce en la mitad de los casos, con lo cual la protección penal que comenzare antes de ese momento se asentaría en lo imaginario, como indica ROXIN: *Problemas*, cit., p. 75. No sería posible aquí una protección penal de la naturaleza de las cosas y tampoco sería adecuado desde un punto de vista político-crílminal (Confr. ROXIN: *El desarrollo*, cit., p. 257), punto de vista éste que, desde el plano biológico-jurídico, me parece el más correcto (Confr. LÜTTGER: *ob. cit.*, p. 53), tanto desde dicho planteamiento como desde el estrictamente político-crílminal. Este criterio es el mantenido por la vigente legislación alemana (Cfr. arts. 218 y 219 del StGB, después de la reforma de 1976). En este sentido ver también NÚÑEZ BARBERO: *Confer* cit., 1978. Si se trata de lograr una conexión firme con el cuerpo materno, y ello no puede afirmarse antes de la anidación, es evidente que la norma penal contra el aborto será ineficaz en la etapa entre la fecundación y la anidación. Con un pronóstico de elevada ineficacia el argumento político criminal adquiere carácter constructivo en la medida en que la interpretación de una norma penal que la hunde en la cifra negra no tendría en absoluto sentido (Cfr. LÜTTGER: *ob. cit.*, p. 56).

(53) Ver *supra* nota 48.

(54) Ver ARIAS RAMOS: *ob. cit.*, p. 58. NÚÑEZ PAZ, M.^a I.: *ob. cit.*, p. 25, 26 y 31.

(55) D. 25, 4, 1 (Ulp. 24, ad ed). Ver *supra*, p. 18. Ver además, TOCCI: *ob. cit.*, p. 17.

(56) Confr. Manifiesto firmado en Francia por 343 mujeres en *Le Nouvel Observateur* de 5 de abril de 1971, que propició la Ley de 1975, siendo ministro de Salud Pública Simonne Veil, Ley actualmente vigente y que mantiene el criterio del «plazo». ARROYO ZAPATERO: *ob. cit.*, p. 75, en «La despenalización», cit., aún sosteniendo que el sistema denominado «del plazo» respeta el contenido esencial de los derechos de la mujer embarazada, considera —acertadamente a nuestro juicio— que el eslogan

lo cual no deja de ser paradójico, porque la madre no tenía en la sociedad romana más derechos que los que su esposo, el *pater familias* le permitiere ejercer. Se protegería la expectativa a la sucesión del marido, planteándole el problema tan solo, respecto de la mujer, cuando se tratase de su derecho la integridad física. Tal vez para evitar la paradoja que supone el acudir al criterio actual del recurso al «mi cuerpo es mío», que tantas críticas ha generado, particularmente, si se trata de fomentar en el principio romanista de la *portio mulieris*, cuyo basamento real es, como vemos, distinto del que se pretende en estos sectores. Por ello se intenta, desde el plano jurídico, acudir a otra fundamentación, como es la libertad de la mujer embarazada o el libre ejercicio a la maternidad, lo que entrañaría el derecho al aborto (57). Ello, sin embargo, supondría que los intereses de la madre prevalecerían siempre sobre los del producto de la concepción, lo que provocaría una desprotección absoluta del *nasciturus*, incluso dentro del sistema del plazo, y al menos en el período correspondiente al mismo (58).

D. Ciertamente, en Roma, sólo al nacido se le reconoce plena capacidad jurídica, pero ello no está en contradicción con el hecho de que se reconozcan al *nasciturus* ciertas expectativas jurídicas, como también el Código Civil vigente reconoce actualmente en su artículo 29. Pero sólo el nacido de matrimonio legítimo es contemplado por el ordenamiento romano, contrariamente a la legislación civil vigente, que después de la reforma de 1981, equipara los hijos legítimos y los ilegítimos (59). Ahora bien, en Roma cuando se protege al *nasciturus* se está protegiendo realmente la *spes prolis* del *pater familias*,

viente me pertenece» o la fórmula de «derecho al propio cuerpo» hacen parca justicia al significado real de la prohibición del aborto. La concepción mencionada, dice, no solamente ignora la realidad antropológica, sino que, además, debilita la categoría de la argumentación con la que la mujer se dirige al legislador. Por ello, trata de fundamentar la descriminalización en la confrontación con el derecho a la intimidad y al desarrollo de la personalidad de la mujer y no a su mera conformación corporal. Incluso el mismo CUERDA: *ob. cit.*, p. 356, cuya tesis no compartimos en absoluto, pues afirma que el derecho al aborto —del que se declara radicalmente partidario, «tiene que prescindir del feto como algo digno de protección jurídico penal», rechaza, sin embargo, el recurso «mi cuerpo es mío y lo que hay en él me pertenece», que tantas críticas ha generado, lógicamente, y acude a otro recurso distinto, el «relativo» libre ejercicio del derecho a la maternidad. Su tesis, que no es posible exponer aquí, como el mismo reconoce cuenta indica BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 115, tenga su explicación en una reacción pendular «frente a la radical posición ya expuesta mantenida por la Iglesia, merece, por las consecuencias que el citado autor admite o a las que llega; la más acerba crítica «por lesiva de los valores fundamentales de la civilización actual».

(57) ARROYO ZAPATERO: *ob. cit.*, p. 74. Aunque desde un punto de vista mucho más radical, también CUERDA: *ob. y pp. cits.*

(58) CEREZO MIR: *ob. cit.*, p. 33. *idem*. RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. cit.*, en «Despenalización», *cit.*, pp. 94-96.

(59) LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 610. Ed., también Ley 11/1981, de 13 de mayo.

siendo ésta la *última ratio* de las ventajas concedidas al *conceptus*. Por ello el verdadero titular es el *pater familias* y no el *conceptus*. Por lo cual, y especialmente en el derecho clásico romano, no existió una verdadera protección del *nasciturus*. Tal protección, que en algunos casos se atribuye por las fuentes a aquél, corresponderá ya a una época tardía bajo la influencia de la filosofía cristiana y en la que confluyen los derechos del *pater* con los del *nasciturus* como persona (60).

La interrupción del embarazo sin aquiescencia del marido es objeto de sanción pública por vez primera con los emperadores Septimio Severo y Antonio Caracalla (192-212 d.C.), aún cuando hay dificultades en la comprobación de las fuentes directas que determinaron tal regulación (61). Con ello, la posibilidad de sanción por interrupción del embarazo, sale del ámbito privado para convertirse en infracción penal, pero son razones demográficas y de refuerzo de la institución matrimonial las que cuentan. El aborto no es reprimido en cuanto suponga un ataque al embrión (62). Por consiguiente no se trata de proteger directamente al *nasciturus*. La referencia al feto no se hace en cuanto éste sea un posible sujeto jurídico, sino en términos de «viscera de la mujer» y, en todo caso, los derechos de la mujer son respetados en tanto en cuanto no sean opuestos a los del marido, pues sólo muy paulatina y tardiamente le va a ser reconocida a aquélla capacidad jurídica (63). Por consiguiente, el consentimiento operante es el del marido, no el de la mujer. Hoy se piensa que el consentimiento, que «de lege data» atenúa la punición del aborto, aunque paradójicamente, convierte a la mujer en autora en el supuesto del autoaborted (64), es la base de una posible descriminalización, con más o menos condicionamientos, según se trate de optar por criterios más o menos liberalizadores, como el criterio «del plazo o el de las indicaciones» (65). De otro lado, la doctrina dominante en la actualidad,

(60) Ver NÚÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 26. Pero incluso en el derecho justiniano el hombre es sujeto de derecho sólo después del parto porque antes «non recte dicitur» (Fr. 1.9 D. 50-16. TOCCI: *ob. cit.*, p. 15).

(61) Para TOCCI: *ob. cit.*, p. 15, sólo cuando el marido se querellase por haber perdido por este hecho un heredero. Aunque el rescripto ha desaparecido, su existencia se deduce de los testimonios de juristas como Trifonio y Marciano D. 48, 19, 39 (Trif. 10 disp.) D. 47, 11, 4 (Marc. 1, Reg.). Ver NÚÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 21. Ver además GRAVEN, Phil: *L'interruption de la grossesse*, en rev. cit., p. 294; *idem*. NARDI: *ob. cit.*, p. 312, nota 4; FERRINI: *Diritto penale romano*, Vol. I. PI. Milano, 1988, p. 246.

(62) Ver NÚÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 23.

(63) Ver NÚÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 22.

(64) Ver artículo 413 del Código Penal. Confr. QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado*, cit. pp. 653 y 677.

(65) Ver MARTÍ, Dirk F.: *La repression pénale de l'avortement. Notes de droit comparé*, en «Rev. intern. de crím. et pol. techn.», Génève, 1974, pp. 391 ss.; BARBERO SANTOS: *La reforma penal española*, cit., rev. cit., pp. 66-67; LANDROVE, G.: *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, «Cuadr. de pol. crim.», 1980, p. 84; HUERTA TOCILDO, S.: *Despenalización...*, cit., pp. 16 a 24.

con escasas excepciones (66), mantiene, en general, que la vida del *nasciturus*, es un bien digno de protección (67). Se discute, sin embargo, la fundamentación, que por unos se hace radicar directamente en el propio producto de la concepción como ser humano en formación (68) y por otros, más o menos directamente, en la libertad y dignidad de la madre o en el libre ejercicio de la maternidad (69). El problema radica, sobre todo, en que, incluso quienes afirman que la Constitución, con las consabidas palabras de su artículo 15: «Todos tienen derecho a la vida», protege al «*nasciturus*», discuten su consideración hoy como sujeto pasivo del delito, y ciertamente ello ofrece dificultad indudable. Dejando aparte la incoherencia sistemática

(66) CUERDA RIEZU: *ob. cit.* pp. 356-358, parecer mantener el punto de vista más radical del derecho del aborto.

(67) Vid CEREZO MIR, J.: *ob. cits.*, p. 33; RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *ob. y rev. cit.*, p. 57; COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU: *Derecho penal*, P.E., 2.^a ed., Valencia, 1988, p. 555; ARROYO ZAPATERO, L.: *ob. y rev. cit.*, p. 69; BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 121. En relación a la doctrina y legislación alemana, ver BAUMANN, etc.: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, B. Teil. Straftaten gegen die Person, Halband*, 1, 1970, pp. 24 y ss. HIRSCH, H. J.: *ob. y rev. cits.*, p. 52. Ver especialmente la fundamentación dada por el Tribunal Constitucional alemán de Karlsruhe en su Sentencia de 25 de febrero de 1975 (*Bundesverfassungsgericht (Deutsche Bundesrepublik)*), en *L'aborto nelle sentence delle Corti Costituzionali*, Milano, 1976, pp. 207 y 209, para la protección del *nasciturus* con base en el artículo 2, n.^o 2, pf. 1 de la Ley Fundamental de Bonn (GG), lo que debe concordarse con el libre ejercicio de la mujer al desenvolvimiento de su personalidad, que requiere igualmente reconocimiento y tutela (art. 19 de la GG), pero no ilimitadamente a costa del anquilamiento de la vida del *nasciturus*, por lo que ésta no puede ser puesta en discusión durante un determinado período. Cfr., además, ROXIN: *El desarrollo*, *cit.*, *rev. cit.*, p. 256. Por consiguiente, «la protección de la vida del feto goza de preferencia en la duración total del embarazo antes que el derecho a la propia determinación de la embarazada y no puede ser cuestionada en un término preciso de tiempo».

(68) CEREZO MIR: *ob. cit.*, p. 33; COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU: *ob. cit.*, pp. 554-555, quienes, acertadamente, indican que es más correcto hablar de «vida en formación» que de «esperanza de vida» (como afirma HUERTA TOCILDO, S.: *ob. cit.*, p. 10), dado que mal podría explicarse la punición contra un ataque a lo que no sería todavía, sino una «vana esperanza». Para RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *ob. cit.*, p. 89, el concepto constitucional de vida es un puro concepto naturalístico que no puede hacerse depender de valoraciones sociales, que pueden condicionar el que el ordenamiento jurídico distinga, sin embargo, fases en el proceso de desarrollo y les atribuya diverso valor y tratamiento también dispar.

(69) ARROYO ZAPATERO, L.: *Prohibición del aborto y Constitución*, en *Despenalización*, *cit.*, p. 73, aun cuando afirma que la vida humana en formación merece protección constitucional, tal protección deriva de los derechos e intereses que se reconocen a la mujer y que se asientan en el principio de la dignidad humana, siendo aquélla un bien jurídico de la «comunidad» y no un bien jurídico individual, por lo cual el *nasciturus*, por sí mismo, no puede ser titular de intereses o derechos, ni la mujer disponer por sí misma de aquél. Tal punto de vista parece ser mantenido igualmente por BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 123. Radicalmente en favor de la autodeterminación absoluta de la mujer, CUERDA RIEZU: *ob. y rev. cits.*, pp. 357 y 374, lo que debe rechazarse tanto de *lege data* como de *lege ferenda*.

La consideración de ARROYO ZAPATERO: *ob. cit.*, p. 73, del *nasciturus* como bien jurídico de la comunidad, coordinando así el que aquél no pueda ser titular de intereses con la limitación de la autodeterminación de la mujer, no es coherente con el criterio «del plazo» que dice mantener (p. 82) en cuanto que en este período tal autodeterminación de la mujer es absoluta (Cfr. R. MOURULLO: *ob. cit.*, p. 96).

ca de incluir el aborto en el Capítulo III del Título VIII del Libro II, dentro de los «Delitos contra las personas», siendo así que el *nasciturus* no lo es —aunque pueda llegar a serlo—, y aún supuesta su consideración como objeto material y bien jurídico del aborto, no me parece factible estimarle como sujeto pasivo del delito (70). La consecuencia práctica, como Quintano indicó, es que «al realizarse una operación abortiva sobre fetos plurales, aun constando su condición, el delito de aborto será uno, por ser la acción y el objeto material sin posibilidad de discriminar personalidades aún inexistentes (71). Si cabe, aunque de modo secundario y en la medida en que el aborto implica un ataque a la integridad física de la mujer, estimar a ésta como sujeto pasivo del delito de aborto, y especialmente en el caso del artículo 411 del Código Penal, pero difícilmente puede sostenerse que lo sea el producto de la concepción, lo que significaría confundir sujeto pasivo y objeto material del delito (72). El problema está en si una vez considerada la vida humana —también la del *nasciturus*— como derecho fundamental esencial y troncal en «cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible», como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, puede coordinarse con la dificultad de estimarse como titular de ese derecho fundamental al *nasciturus* (73). La sentencia resuelve, aunque sin fundamentarlo, el problema partiendo del debate parlamentario, corroborando que el *nasciturus* está protegido por el artículo 15 de la Constitución, pero sin que ello permita —dice— afirmar que sea titular el derecho fundamental. Deja claro, sin embargo, que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra Norma Fundamental (74). Pero reconoce igualmente junto al valor de la vida humana la dignidad de la persona vindulada al libre desarrollo de la personali-

(70) COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU: *ob. cit.*, pp. 555-556, estiman, sin embargo, que el *nasciturus* es sujeto pasivo del delito. En el mismo sentido, en la doctrina italiana, MARTINI-DEL'OSO, etc.: *L'aborto: Aspetti medico legali della nuova disciplina*, Milán, 1979, consideran al *nasciturus* titular del interés jurídico, siendo éste por ende sujeto pasivo (pp. 15 y 17). Los argumentos no me parece, sin embargo, plenamente convencentes.

(71) QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado*, *cit.*, p. 611.

(72) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 123.

(73) Ver la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, publicada en el «B.O.C.» de 24-4-85 (Fund. jur. núms. 3, 4 y 5). Cfr. voto particular de F. TOMÁS Y VALIENTE: «B.O.C.», *cit.*, 62/139. También BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 122, señala esta dificultad, que el Tribunal Constitucional de Karlsruhe sostiene con la alegación de que no es necesario decidir, estimando que la medida en que el Estado está obligado a tutelar jurídicamente la vida en formación se deduce del contenido jurídico-objetivo de las normas sobre los derechos fundamentales (*Bundesverfassungsgericht*, *cit.*, p. 209).

(74) Funds. jurs. 3 y 5, apt. c) lug. *cit.*, siguiendo, demasiado fielmente, a la Sentencia del Tribunal de Karlsruhe, habida cuenta de que el artículo 2, apartado 1 de la GG, dice: «*Jeder hat das Recht auf Leben*», siendo, por tanto, su redacción análoga a la del artículo 15 de nuestra Ley Fundamental.

dad (art. 10), integridad física, honor, inmunidad personal, etc., respecto de las personas, con lo que ha de suscitarse, entonces, la cuestión de si el legislador puede excluir, en supuestos determinados, la vida del *nasciturus*, bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con otros valores constitucionales como la vida, integridad o dignidad de la mujer, en que ni la vida de aquél puede prevalecer incondicionalmente frente a éstos ni los derechos de la mujer puede tener primacía sobre la vida del *nasciturus*. Por ello, uno y otros deberán, en determinados casos límite, armonizarse o precisar las condiciones en que puede admitirse la prevalencia de uno de ellos (75).

Pienso, con el Tribunal Constitucional, que la vida humana en formación es un bien jurídico que debe estar y está comprendido en el artículo 15 del Texto fundamental y si bien esta interpretado llevada exclusivamente al terreno lexicológico resulta discutida o discutible, es lo cierto que cometido del Derecho Penal es y ha sido siempre la tutela de los valores más elementales de la vida de sociedad (76) y la interrupción de la gestación es una muerte, que el Código Penal estima como delito contra la vida, siquiera sea ésta dependiente, aunque autónoma, de la madre. Y puesto que el *nasciturus* es un ser humano autónomo debe quedar bajo la protección de la Constitución, que, también, ha de proteger el libre desarrollo de la personalidad de la madre, pero tal derecho no puede ser ilimitado, y por eso no puede aquélla destruir la vida del *nasciturus sin un motivo justificado*.

(75) Tales supuestos serían en nuestro actual ordenamiento jurídico los establecidos en los números 1, 2 y 3 del artículo 417 bis del Código Penal: colisión entre la vida del *nasciturus* y la vida o salud, o dignidad de la embarazada, que no puede solucionarse de ninguna otra forma, siempre que el peligro sea «grave» y la violación denunciada, donde, evidentemente, opera la «dignidad» de la madre sobre la vida del *nasciturus* a través de la «no exigibilidad de otra conducta», ya que la dignidad de la mujer excluye el que se la pueda considerar como mero instrumento, y nadie puede ser obligado a soportar las consecuencias de un delito. Cfr. ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, P.E., ICADE, 1967, p. 40. Finalmente, en el caso de las probables malformaciones fetales, por el mismo principio, ante la especial situación en que se encuentran los padres, en este caso, por la inseguridad y angustia de aquéllos acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva [Ver Fund.. 11 c) S. del Trib. Const., cit.]. Pero, en todo caso, la desprotección del *nasciturus* no deberá producirse fuera de las situaciones previstas, pues la obligación de tutelar la vida en formación existe —como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe, también frente a la madre que, aunque requiere reconocimiento y tutela, no puede serle concedido ilimitadamente; limitan este derecho los derechos constitucionales que protegen, también, la vida del *nasciturus*, que no puede ser destruida *sin un motivo justificado*, habida cuenta de la importancia y valor del bien jurídico tutelado. Se discute la problemática de las situaciones de la llamada «angustia social o económica» que en determinados supuestos límite podrían incluirse, a mi juicio, en el número I del artículo 417 bis, particularmente en aquéllos en que el peligro para la salud psíquica es puesto en relación con las condiciones económicas, sociales o familiares de la mujer (ver NUVOLONE, P.: *La nuova disciplina dell'aborto nella legislazione italiana*, en «Interrupción voluntaria del embarazo, cit., p. 40. Cfr., además, LANDROVE, G.: *La tímida despenalización del aborto en España*, «Est., pen. y criminológico» X, S. de Compostela, 1986, pp. 222-23).

(76) WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., Berlín, 1969, p. 1.

cado, dado que tiene precisamente una particular responsabilidad por dicha vida (77). Pero del artículo 15 de la Constitución no se deriva un tratamiento igual para la vida en formación que para la vida independiente. Y en todo caso, el citado artículo, podrá ser incompatible con el sistema «del plazo», pero no con el de las «indicaciones», siquiera sean éstas más o menos amplias, pues, aunque este sistema pueda suscitar ciertos inconvenientes (78) la crítica no afecta, en absoluto a su inconstitucionalidad (79), ya que todos los derechos son limitados; no hay derechos absolutos, y admiten excepciones. Las causas de justificación e inculpabilidad lo son en Derecho Penal, y del mismo modo hay una limitación frente a la autodeterminación de la mujer, que no puede interrumpir su embarazo si no se dan los supuestos y garantías necesarias requeridas legalmente, y que tienen su fundamentación especialmente en el principio de estado de necesidad y de la no exigibilidad de otra conducta (80). Por consiguiente, si el embrión fuese considerado tan sólo como «parte de las visceras» de la madre —como en Derecho romano— entonces la interrupción de la gravidez quedaría dentro del ámbito privado que al legislador estaría prohibido invadir. Pero, supuesto que el *nasciturus* es un ser humano autónomo, una vida en formación, ha de quedar bajo la protección de la Constitución, ya que tal interrupción, por su dimensión social, necesita de la intervención estatal (81).

E. En consecuencia, o reconocemos a la vida en formación el valor de bien jurídico o no. Si se la reconocemos no se puede hacer depender la destrucción de ese bien jurídico del libre antojo del particular, aunque se trate de la madre, sino que debe concurrir alguna contraindicación que anule la protección otorgada, en principio, a ese bien jurídico (82). Permitir cualquier aborto dentro de los tres primeros meses de embarazo, sin tener en cuenta los motivos significaría una total liberalización del mismo; con lo cual las funciones de asesora-

(77) Ver la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de Karlsruhe de 1975 en *Bundesverfassungsgericht*, *cit.*, pp. 211-212 y 213. Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985, fund. 7 y 8 de la Sentencia.

(78) BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 120, pone de relieve, dejando a parte posturas extremas, ciertas ambigüedades o dificultades de orden práctico administrativo. CUERDA RIEZU: *ob. cit.*, p. 351, señala, entre los inconvenientes, el que la toma de decisiones no grava sobre la propia mujer, sino sobre otros, aunque no deja de reconocer las ventajas del sistema, tales como ponderación previa de los intereses en juego y, en definitiva, la mayor seguridad jurídica. También, en sentido crítico, GIMBERNAT, E.: *Por un aborto libre*, en *Interrupción*, *cit.*, pp. 35-36.

(79) Ver RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *ob. cit.*, pp. 97-98.

(80) RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *ob. cit.*, p. 97.

(81) Ver CEREZO MIR: *La regulación del aborto en el proyecto del nuevo Código penal español*, ADPCP, 1982, pp. 576-77. Cfr., además, *Bundesverfassungsgericht (Deutsch-Bundesrepublik)*, p. 211.

(82) Cfr. ROXIN, K.: *Problemas básicos*, *cit.*, p. 77. Cfr., además, BRUGGER, L.I. M. WINDFRIED: «*Abtreibung ein Grundrecht oder ein Verbrechen?*. Ein Vergleich der Urteil des Unites States Suprema Court und des B Verg G», NJW, 1986, pp. 896 y ss.

miento y consultorios de orientación serían totalmente ineficaces, ya que la persona que vaya a abortar si considera que se puede dificultar su decisión no acudirá al consultorio de orientación o asesoramiento (83). Por consiguiente, como ya indicó el Tribunal Constitucional alemán de Karlsruhe en 1975 y análogamente se deduce de los fundamentos jurídicos alegados por el Tribunal Constitucional español, diez años después, la protección del *nasciturus*, esto es, de la vida en formación goza de preferencia en la duración total del embarazo antes que el derecho a la autodeterminación de la embarazada y no puede ser cuestionada en un determinado período de tiempo (84). No se podrá razonablemente pretender la continuación de la gravidez, bajo la amenaza de la pena, cuando se demuestre que la interrupción es necesaria para evitar a la gestante un peligro de muerte o una grave lesión en su salud, o bien en aquellos casos de indicación ética, cuando la mujer es forzada al yacimiento o en aquellos otros de indicación eugenésica cuando se trata de verdaderos casos límite en que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. Pero también deben considerarse aquellos supuestos de graves conflictos personales y sociales que originan situaciones de tal calibre y gravedad que no puede exigirse a la embarazada mediante el instrumento del derecho penal, más que hasta ciertos límites, sacrificios en favor del «*nasciturus*». En todos estos casos se imponen a la madre unos sacrificios desmesuradamente graves que sólo deben ser realizados voluntariamente, pero no bajo la amenaza de pena. El Derecho Penal no debe ni puede exigir el heroísmo. En tales situaciones, es evidente que a la mujer no puede serle exigible otra conducta. Fuera de estos casos la interrupción de la gravidez es un hecho injusto punible, es decir, que merece ser perseguido penalmente en cuanto supone la destrucción de un bien jurídico de rango supremo no motivada por una situación de necesidad o de no exigibilidad (85).

(83) Cfr. ROXIN, K.: *Ob. cit.*, p. 78.

(84) Vd. *Leitsätze der Bundesverfassungsgericht*, en *ob. cit.*, p. 210: «Dieser Vorang gilt grundsätzlich für die gesamte Dauer der Schwangerschaft und dari auch nich für eine bestimmte Fricht in Frage gestellt werden. Confr., además, ROXIN, *El desarrollo del derecho sobre el aborto...* *cit. rev. cit.*, p. 256.

(85) Ver *Bundesverfassungsgericht*, *cit.*, pp. 214-15. Ver también Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, espec. fundamentos 9 y 19. Cfr., además, ROXIN: *Problemas básicos*, *cit.*, p. 79. Sobre la naturaleza de las indicaciones como causa de justificación obedientes al principio del interés preponderante o de no exigibilidad, ver BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 129. Sobre la inexigibilidad entendida como causa de justificación, ver COBO-CARBONELL: *ob. cit.*, p. 569, ya que respecto v.g. de la indicación ética señalan estos autores que prevalecen en todo caso la dignidad de la mujer y estaríamos, por consiguiente, ante una causa de justificación. La cuestión, si la relacionamos con el principio del interés preponderante, es, sin embargo, discutible. Ver también CEREZO: *Regulación del aborto en rev.*, *cit.*, p. 471, quien con más claridad, y acertadamente a mi juicio, precisa cómo en las indicaciones terapéutica, eugenésica y ética debe autorizarse únicamente a los médicos, teniendo entonces las eximentes naturaleza de causa de justificación. La conducta del médico es lícita

El legislador ha reconocido en el artículo 417 bis del Código Penal la indicación médica (durante todo el tiempo del embarazo) en que se produce una colisión entre la vida del «nasciturus» y la vida o salud de la embarazada que no puede resolverse de ningún otro modo. El término «grave» que emplea la Ley indica claramente que ha de tratarse de peligro de disminución importante de la salud y con permanencia en el tiempo. En el número 2, se reconoce la indicación ética en base a la violación denunciada dentro del plazo de 12 semanas, aunque la doctrina echa de menos otros casos como el incesto o la inseminación artificial no consentida (86). Finalmente, en cuanto al número 3 (indicación eugenésica), empleado en la primitiva redacción de la Ley de 1985 (1983), el término «probable» expresaba mejor la idea de razonable presunción de verdad en la tara, lo que la doctrina alemana denomina «probabilidad rayana en la certeza», dados los conocimientos médicos actuales, así como la importancia y profundidad de aquélla y su permanencia en el tiempo, con evidente repercusión psíquica en los padres (87). En los dos últimos casos parece predominar la idea de la prevalencia de la dignidad de la mujer en base al principio de la no exibilitad, siendo las características de estas indicaciones, no las de disminuir el valor de la vida en formación, sino la de incrementar el de la libertad o libre desarrollo de la personalidad de la embarazada (88). Esta última indicación está condicionada a

—aparte los supuestos de objeción de conciencia que no es del caso ahora analizar—, al estar autorizada por el ordenamiento jurídico, a la vista de los intereses en juego, y se trataría de una ampliación del ámbito de la eximente del ejercicio legítimo de la profesión médica. Ver en relación al Derecho alemán, también RUDOLPHI: *Systematischer Kommentar zur Strafgesetzbuch*, II, B. Teil, 1978, parágr. 218 a, 1, pp. 58 y 59. Estima, sin embargo, STRATENWERTH, G.: *Schweizerisches Strafrecht*, B. Teil, *Straftaten gegen individual interessen*, Stämpeli 3.^a Aufl., 1983, Berna, pp. 48-49, que en el caso del aborto terapéutico, si es la propia embarazada la que efectúa la intervención, el aborto no puede justificarse por la indicación (en España, art. 417 bis), pero si por el estado de necesidad (en España, art. 8, 7), aunque la cuestión parezca en principio discutible en nuestro Derecho, es imposible tratarla aquí, dada la índole del trabajo. El número 2, párrafo último, artículo 417 bis Código Penal, parece hacer innecesaria en nuestro derecho la tesis de Stratenwerth.

(86) Respecto del aborto terapéutico, la interpretación que se hace en el texto, particularmente en relación a la «salud», es una interpretación lógica y restringida acorde con la Sentencia del Tribunal Constitucional (fund. n.^o 10). Cfr., también, RODRIGUEZ DE VESA: *ob. cit.*, p. 98. El artículo 162 del *Anteproyecto de 1979* reconocía indicaciones terapéutica, eugenésica y ética. En el número 2.^o se especificaba que el embarazo fuese consecuencia de un delito de violación, incluyéndose, además, la inseminación artificial no consentida (no en el proyecto de 1980 como por error indican COBO-CARBONELL: *ob. cit.*, p. 570). Precisamente, la no inclusión de las indicaciones en el proyecto de Código Penal de 1980 dio motivo a las más severas críticas de la doctrina mayoritaria (Ver, por todos, CEREZO: *Regulación*, *cit.*, en ADPCP, *cit.*, pp. 566 a 569).

(87) Ver Sentencia del Tribunal Constitucional, *cit.*, fund. 11 c) aludiendo a la «inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara para el caso de que les sobreviva». También opera aquí el principio de no exibilitad. Respecto a la repercusión psíquica en la salud de la madre, en sentido afirmativo, BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 138.

(88) Cfr. COBO-CARBONELL: *ob. cit.*, p. 571.

la existencia de un dictamen previo de dos especialistas distintos de quien practique el aborto, sin cuyo dictamen sólo quedará exenta de responsabilidad criminal la embarazada (89). Un sector de la doctrina reprocha al legislador la ausencia de la indicación denominada de angustia social o económica, que suele constituir, en la generalidad de los países de nuestro ámbito cultural la causa de la gran mayoría de los abortos producidos (90). Estimo, sin embargo, contra la creencia de algún autor (91), que, de *lege data*, los casos más conflictivos y de mayor gravedad —en cuanto tienen, o pueden tener, repercusión de la salud psico-física de la embarazada— podrían incluirse en el número 1 del artículo 417 bis del Código Penal (92), sin perjuicio,

(89) Ver artículo 417 bis, 2, Código Penal. La exención parte de la base de que se diagnostiquen con la certeza suficiente las taras físicas o psíquicas que puede padecer el feto, previo dictamen, anterior al aborto, de dos especialistas de centro acreditado y distintos de quien practique el aborto (Ver BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, pp. 133 y 138). La información o asesoramiento a la embarazada no es requisito necesario, en principio, en nuestro Derecho, como lo es en el Derecho de Alemania Federal, si bien la Orden de 31 de julio de 1985 establece la necesidad de informar y asesorar a la embarazada solicitante sobre las consecuencias médicas, psicológicas o sociales de la interrupción del embarazo, y orientarla en orden a las ayudas y otras medidas de asistencia social; pero ello no deja de ser una reglamentación administrativa que origina, si acaso, sanciones disciplinarias, pero no penales. Se discute si la exención del número 2 del artículo 417 bis del Código Penal es causa de justificación o de inculpabilidad con base en la no exigibilidad, ya que no se exigen los requisitos necesarios para las indicaciones previstas en las tres primeras circunstancias, sin que nada se diga respecto de los médicos que lo llevan a cabo. Planteándose, además, el problema de si la mujer queda exonerada faltando el requisito de la intervención del médico. Aun cuando la contestación debe ser negativa, dado el espíritu de la ley, queda latente la cuestión de que si se trata de una exención personal no afectaría a terceros y tampoco al médico, con el peligro en este último caso del favorecimiento del aborto por la propia mujer o por personas imperitas. Ver CEREZO: *La regulación*, *cit.*, p. 571. RODRÍGUEZ DEVESAS: *ob. cit.*, p. 102, reconduce la cuestión al aborto terapéutico para el caso de peligro para la vida de la madre, solución parcial que no resuelve plenamente el problema. MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, P. Especial, 7.^a ed., Valencia, 1988, p. 87, considera la exención como una excusa absolvatoria para la mujer, aplicable sólo a la embarazada, pero no a las demás personas que intervienen en el aborto, aun cuando se pronuncia en contra de la exclusión a terceros en el aborto terapéutico. La solución que da es la de que cuando se den los presupuestos materiales, que no formales, de cualquiera de las indicaciones, se aplicaría el estado de necesidad del artículo 8, 7. Tal solución, aunque fuese deseable, no me parece que en todos los supuestos sea plenamente factible ni convincente. Sobre esta cuestión, en relación al Derecho alemán, ver HIRSCH: *ob. y rev. cit.*, pp. 44-45, quien resalta la dificultad de practicar el aborto para la mujer, si se trata de excusa personal, dada la dificultad de encontrar en la República Federal un médico cuando no se cumplen los requisitos formales, y especialmente porque el médico que practica el aborto en estos casos sería punible (Cfr. ROXIN: *El desarrollo del derecho sobre el aborto*, *cit.*, p. 258). Ver también STRATENWERTH: *ob. y pp. cits.*

(90) Ver HIRSCH: *ob. y rev. cits.*, p. 47 señala el 71 por 100 en 1980 para la llamada «situación de necesidad» (*Notlageindikation*), cuya amplitud y ambigüedad en orden a los supuestos personales y económico sociales ha suscitado la crítica de una gran parte de la doctrina, que afirma que la licitud del aborto en estos casos conduce a la práctica iompuñidad del mismo y, por consiguiente, a la nula protección, prácticamente, del feto (Cfr. GOSSEL: *ob. cit.*, p. 143).

(91) BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 139, considera tal inclusión como «poco probable, por la razón de que las exenciones están sumamente condicionadas».

(92) Ver CUERDA RIEZU: *ob. cit.*, p. 381.

en su caso, de la posibilidad de aplicación del «estado de necesidad» como eximente genérica del artículo 8, número 7, del citado Código, que no debe quedar excluido en aquellos supuestos en que no fuera factible aplicar el artículo 417 bis (93). De *lege ferenda* cabría plantearse, al menos, la posibilidad de exención personal de la punición para la embarazada ante situaciones de angustia social con repercusión personal de desviación extrema, que puedan determinar supuestos de no exigibilidad y de análoga significación a las ya previstas legalmente en el artículo 417 bis del Código Penal (94). Pero habría que precisar y delimitar claramente aquellos supuestos de carácter psicosocial, de excepcional relieve, que determinen una situación angustiosa en la madre y la familia, sin recursos y con muchos hijos o con miembros muy necesitados de atención. No debe olvidarse que la regulación de cada indicación presenta el peligro de su uso impropio, dentro del cual puede ser comprendida una intervención que exceda o sea insuficiente a la realización de las indicaciones (95), debiendo ser, además, en principio, en este último caso, preceptivo el consultorio y diagnóstico de los especialistas sobre la existencia de dicha indicación (96). Todo lo cual no impediría, tanto en ésta como en las demás hipótesis de indicaciones ya previstas legalmente, estimar, si no se diesen todos los requisitos aunque sí los suficientes o con menor intensidad, la existencia de una eximente incompleta o cláusula genérica de atenuación a la pena taxativa para todos los supuestos de indicaciones en el aborto (97). En todo caso, debe evitarse la imprecisión y la ambigüedad legislativa que puede producirse al crear tipos abiertos como el establecido en el parágrafo 218 a), 3, del Código Penal alemán (STGB), para la llamada «situación de necesidad», donde encarna también la indicación social, que puede conducir a la práctica impunidad del aborto, ya que al no definirse exactamente ese término, se corre el peligro de estimar que tal situación se da en todo embarazo, convirtiendo así la protección de la vida del feto

(93) COBO-CARBONELL: *ob. cit.*, pp. 567-68.

(94) Bundesverfassungsgericht, en «L'aborto», *cit.*, p. 260.

(95) Ver ROXIN: *El desarrollo del derecho sobre el aborto...*, *cit.*, p. 260.

(96) La inexistencia del centro acreditado y dictamen médico fueron, en síntesis, la causa del rechazo del proyecto de modificación del Código Penal; la práctica del aborto por un médico o bajo su dirección constituyen requisitos esenciales, pero ni el requisito del centro acreditado ni el dictamen médico son necesarios en lo que concierne a la exención de responsabilidad de la mujer embarazada, respecto de las tres indicaciones previstas en el vigente artículo 417 bis del Código Penal. En cuanto al problema de la exención personal de la embarazada y de la responsabilidad del médico o de terceros en general, en su caso, ver nota 157.

(97) Ver COBO-CARBONELL: *ob. cit.*, p. 567, idem. LUZÓN PEÑA, *ob. cit.*, p. 53. En sentido restrictivo, y en los casos en que falta el centro o establecimiento acreditado, sólo para los terceros, no para la mujer, BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 139.

prácticamente en papel mojado (98). El inconveniente de elegir entre las dos vías una intermedia es el de que se pueden acumular los errores de ambas posiciones y ninguna de sus ventajas, especialmente al no precisarse situaciones tales como la ya indicada de la «especial situación de necesidad» del Código Penal alemán, después de la reforma de 1976; lo cual, frente a la falta de control que la Ley prevé, hace que una gran parte de la doctrina estime dicha legislación contraria a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional de Karlsruhe, en cuanto que semejante situación acaba de hecho en una solución del plazo y, por consiguiente, sería anticonstitucional (99).

Finalmente, los centros asistenciales deberán dictaminar y también asesorar para superar los conflictos, sin convertirse tan sólo en registradores de las previas decisiones de la mujer (100). Por lo demás, el número 2 del artículo 417 bis del Código Penal, exime de pena a la mujer, aún cuando no se cumplan los requisitos médicos y administrativos que, precisamente, fueron causa principal de que el Tribunal Constitucional declarase la inconstitucionalidad del Proyecto de Ley de aborto de 1983, y no ya, propiamente, por las indicaciones en sí mismas consideradas, cuya constitucionalidad no fue, en absoluto, puesta en tela de juicio. Sin embargo, un tanto paradójicamente, y a pesar de la falta de las citadas medidas de garantía, médicas y de control asistencial, el citado Tribunal estimó, en su sentencia de 11 de abril de 1985, que las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables en el supuesto de la falta de requisitos tales como el establecimiento público o privado acreditado

(98) GÖSSEL, K. H.: *ob. y rev. cit.*, pp. 142-43, pone de relieve la prácticamente nula protección que se brinda en la nueva regulación alemana de 1976 a la vida del feto, lo que resulta incomprensible en una época en que las técnicas anticonceptivas son casi perfectas. En forma crítica, por la falta de delimitación clara de los supuestos de «necesidad» y falta de control previo, JESCHECK: *Das neue Deutsche Strafrecht in der Bewährung*, Max-Plak-Gesellschaft «Jahrbuch», 1980, p. 25; RUDOLPHI: *Systematischer Kommentar*, *cit.*, § 218, p. 19.

(99) Ver GÖSSEL: *ob. y rev. cits.*, p. 142; HIRSCH: *ob. y rev. cits.*, p. 50.

(100) La Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 declaró anticonstitucional el proyecto de Ley Orgánica que introdujo el artículo 417 bis, no en razón de los supuestos concernientes al contenido de las indicaciones, sino por falta de las garantías formales, que, según el citado Tribunal, el legislador debería prever para que la realización del aborto se llevase a efecto en centros sanitarios públicos o privados autorizados con objeto de que el citado artículo 417 bis se situase dentro del marco constitucional. No me parece en absoluto rechazable que aquellos casos de interrupción del embarazo subsumibles en algunos de los supuestos legales deban realizarse en dichos centros y previo dictamen o asesoramiento y consulta; lo que, sin duda, haría, en muchos casos, cambiar de opinión a la mujer, ante las posibilidades, v.g., de asistencia y ayuda; pero es discutible que el Tribunal Constitucional sea competente para indicar al legislador lo que debe o no hacer, sin invadir competencias del legislativo (Ver votos particulares de los miembros del Tribunal, F. Tomás y Valiente, Jerónimo Arozamena, Luis Díez Picazo, Manuel Díez de Velasco y Francisco Rubio). Cfr. fundam. 12 de la Sentencia.

y del dictamen médico. Con ello parece degradarse la causa de justificación a la condición de causa de inculpabilidad, por lo que, dado su carácter subjetivo, la exención no se extendería al médico (101). No parece, sin embargo, que tal solución fuese político criminalmente acertada si se piensa que podría favorecer el aborto por la propia madre o por personas imperitas, lo que supondría un grave peligro para su vida o para su integridad corporal (102). Y precisamente, la reforma que incorpora el artículo 147 bis al C), que ha sido tildada por unos de insuficiente y por otros de excesiva, no siempre con acierto, no obstante sus defectos o insuficiencias, ha supuesto un evidente avance sobre la vieja regulación anterior, cuyas deplorables consecuencias fueron puestas de manifiesto por la doctrina científica (103). Y si puede hablarse de aspectos positivos de la reforma, uno de ellos ha sido, precisamente, el evitar el gran número de abortos clandestinos cometidos por curanderos y personas no especializadas y, con ello, las graves consecuencias que aquellos producían en la integridad personal e incluso en la propia vida de la embarazada (104).

(101) Tal degradación ocurriría, según COBO CARBONELL: *ob. cit.*, p. 571, cuando la conducta no sea adecuada a la norma, o sea, cuando no quepa acudir al estado de necesidad. Ver, además, fundam. 1.^º a) de la Sentencia del Tribunal Constitucional, citada.

(102) Cfr. CEREZO: *La regulación del aborto*, *cit.*, *rev. cit.*, p. 571, cuando alude a la exención de culpabilidad en los supuestos de peligro grave para la salud, violación o inseminación artificial no consentida o graves y probables taras físicas para el futuro niño, plantea el problema, que es perfectamente reconducible al caso en que en tales supuestos falten algunos de los requisitos formales y en que el Tribunal Constitucional precisa que no se da la inconstitucionalidad y, por consiguiente, cabría la exclusión de la embarazada de responsabilidad penal. Ver espec. nota 157. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, *cit.*, ed. 1988, p. 88, piensa que la excusa absolutoria es personal y sólo aplicable a la embarazada, aunque no cree que la intención del legislador sea sancionar, v. g., al médico que practicó un aborto que objetivamente existía (v.g., peligro para la salud), castigando penalmente un simple ilícito administrativo. Si bien, según dicho autor, cabría acudir al estado de necesidad del artículo 8, número 7, del Código Penal; tal solución, aunque loable, no parece plenamente satisfactoria. Ver *supra*, p. 13.

(103) Legislación que procede de la Ley de Protección a la Natalidad, de 24 de enero de 1941, vieja ley de posguerra, reflejo de las orientaciones de la política demográfica del Estado «nacional-sindicalista», y en la que ejerció un decisivo influjo el Código Rocco, Cuerpo legal que sustrae la materia del aborto de los delitos contra las personas, ubicándola en un título, el denominado «Contra la integridad y sanidad de la estirpe», de corte utilitario-fascista, típico de la ideología entonces imperante y hoy definitivamente superada (Ver LANDROVE: *Política criminal...*, *cit.*, pp. 13-14. Ver, además, en relación a la doctrina y legislación italiana: NUVOLONE: *La nueva disciplina dell'aborto nella legislazione italiana*, en II Jornadas Italo-franco-luso-españolas de Derecho penal, Avila-Alcalá de Henares, 1980, pp. 23 y ss.).

(104) Ver BARBERO SANTOS: *La reforma penal española en la transición a la democracia*, «Rev. intern. de droit pénal», número 1, 1978, pp. 65-68. Cfr. , además, en relación a la legislación alemana federal GÖSSEL: *ob. y rev. cits.*, pp. 138-139, quien a pesar de la dura crítica que hace a la reforma alemana sobre el aborto, de la Ley de 1976, vigente, mucho más amplia y ambigua que nuestra reforma, reconoce en ella, como aspecto positivo, la práctica eliminación de casi todos los abortos realiza-

En definitiva, las interrupciones de embarazos inmotivadas o sin motivos serios y consistentes no pueden dejar de reprobarse jurídica-mente y, por tanto, dejar de ser consideradas delictivas por ser incompatibles con la tutela de la vida en formación, establecida y amparada por nuestro ordenamiento jurídico constitucional (105). La Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 establece, en su artículo 15: «Todos tienen derecho a la vida...». Por consiguiente, el citado artículo (análogo al art. 2, 2 de la GG [Ley Fundamental de Bonn] alemana no puede, a mi modo de ver, interpretarse en el sentido de que la vida humana sólo se protege después del nacimiento. La palabra «*todos*» significa «*todos los que viven*», todo ser humano que posee vida y, por tanto, también del ser humano no nacido. La vida en el sentido de la existencia histórica de un individuo humano comienza, según los más certeros conocimientos biopsicológicos, en todo caso, a partir del 14.^º día después de la fecundación (105 bis a]). Cuando el Tribunal Constitucional de Karlsruhe, en su sentencia de 25 de febrero de 1975, declaró inconstitucional gran parte de la reforma del Derecho Penal del aborto en Alemania Federal hubo que promulgar una nueva Ley, en consecuencia, y formular nuevamente el comienzo de la punición por la «interrupción del embarazo», pero, sin definir ésta, sino aquélla en el párrafo 219 d): «No se consideran interrupciones del embarazo en el sentido de esta Ley las acciones cuyos efectos se producen antes de que tenga lugar la anidación del óvulo fecundado en el útero». (15 Ley de Reforma del Derecho Penal de 18 de junio de 1976.) Por consiguiente no se define ya el embarazo, sino la acción de interrumpirlo (105 bis b]).

dos clandestinamente por curanderos, charlatanes y personas inexpertas e irresponsables. Si bien hay que reconocer que dicha reforma, de la que se dice persigue como uno de sus fines primarios mejorar la protección de la vida del *nasciturus*, sirve, más bien, y casi exclusivamente, a los intereses de la embarazada (Ver HIRSCH: *ob. y rev.*, *cit.*, p. 50). En todo caso, la reforma española, con sus defectos, insuficiencias o imprecisiones ha supuesto un avance sobre la anterior y no puede ser calificada en absoluto de inútil, como algún articulista de prensa, no muy fundamentadamente, ha escrito (Así, v.g., VALLS, M.^a A., artículo publicado en la revista «Epoca», número 192, de 1988, p. 164), lo cual no significa que no sea, o pueda ser, perfeccionable en un inmediato futuro, al igual que otros muchos preceptos de la legislación penal.

(105) Ver *Bundesverfassungsgericht*, *cit.*, p. 225 (D III); idem Sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985, *cit.*, Fund. 9.

(105 bis a) Cfr. Informe (*Bericht*) de Heinrischen ante la Comisión especial para la reforma del Derecho penal alemán, 6.^º legis. Sección 7.^a (APVI, pp. 2142 y ss).

(105 bis b) Cfr. LÜTTGER: *ob. cit.*, p. 61. Frente a la objeción según la cual la palabra «*Todos*» significa en el lenguaje común y jurídico una persona humana completa (Ver GIMBERNAT: *Constitución y aborto*, en «Despenalización», *cit.*, 1983, p. 84) el artículo 15 de la Constitución implica la necesidad de extender la tutela de la vida a la de quien se está desarrollando, ya que de otro modo la tutela sería incompleta. Por consiguiente, también la «vida en *germen*» debe incluirse aquí como «bien jurídico protegido» y, en principio, debe ser respetada, al igual que la vida del nacido (incluso antes de cumplirse los requisitos del artículo 29 del Código Civil para ser

La vida del embrión que se desarrolla en el seno materno es, ciertamente, un bien digno de protección, pero el legislador deberá, sin duda, expresar tal protección también con medios diversos de la conminación penal. Sólo si la tutela, amparada por la Constitución (106), no puede ser obtenida de ningún otro modo, el legislador estaría obligado, para garantizar la vida del embrión, a emplear el aparato represivo del Derecho Penal (107).

Por consiguiente, la tutela de la vida del embrión debe prevalecer, en principio, durante todo el periodo de gravidez, frente al derecho de autodeterminación de la madre (108). Ahora bien, el derecho a la vida del *nasciturus* puede comportar, sin embargo, para la mujer sacrificios de tal naturaleza que plantean el problema de si en tales casos el Estado tiene derecho a imponer a aquélla, con el instrumento de la pena, la prosecución de la gravidez. El legislador, a la hora de reformar los preceptos penales, deberá tener en cuenta el que la resolución de interrumpir el embarazo nace, en general, de un conflicto de intereses ante situaciones que se fundan en múltiples motivaciones en relación con las circunstancias del caso (109). La norma

considerado «persona», pues, a efectos penales, el nacimiento viene determinado con arreglo a otros criterios). El embrión no es sólo una parte del organismo materno (*Partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum*), porque entonces la gravidez quedaría en el ámbito de la determinación privada que al legislador está prohibido invadir. El derecho de la mujer al libre desenvolvimiento de su personalidad no es ilimitado, lo limita la Constitución y la ética social, y no se puede atacar la esfera jurídica protegida de la vida del embrión durante el periodo de gravidez *sin una motivación justificada* (Ver *Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 200, 205 y 29; idem *Convention américaine relative aux Droits de l'homme*, «Rev. intern. de juris», Mars, 1970, pp. 47-48. En todo caso, se entienda o no que el artículo 15 de la vida humana independiente, es un bien jurídico protegido, en principio y en todo momento, frente a la libre decisión de la mujer embarazada; lo que no supone la necesidad de conceder el mismo valor e idéntico tratamiento a la vida del feto y a la del recién nacido (Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO: *ob. y rev.*, cits., p. 98).

(106) Ver Fund. 6 Sentencia del Tribunal Constitucional, cit.

(107) Ver *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 212. En último extremo cabe preguntarse si no será con medidas extrajudiciales de prevención social, más que con medidas propiamente punitivas, bastante ineficaces, por cierto, como deberá afrontarse esencialmente el problema de los abortos clandestinos con las consiguientes secuelas de lesiones irreversibles o de muerte que suelen acarrear inexorablemente las prácticas abortivas. La cuestión se plantea no solamente en función del momento de la intervención abortiva, sino también en razón del hecho de que los abortos clandestinos se cifran en centenares de millares, lo que contrasta con la rareza de los procesos (Ver, v.g., en relación al Derecho suizo, RUMPF, L.: *Le point de vue éthique et théologique (L'interruption de la grossesse)*, en «Rev. intern. de crim.», cit., p. 365. Ver también ROXIN: *El desarrollo*, cit. rev. cit., p. 264).

(108) Cfr. *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 210; idem Sentencia del Tribunal Constitucional, cit. fund. 7.

(109) Recientemente se ha puesto de relieve que incluso cuando por su situación personal aparecen en primer plano motivaciones irracionales de comodidad o egoísmo, especialmente del consumismo, no puede ser cargado todo sobre la mujer, en cuanto que ello no es sino el reflejo de las concepciones materialistas, ampliamente hostiles a los niños de la «sociedad del bienestar». No se olvide, además, como señala CHAPUIS, J. M.: *En guise de conclusion: Quelques questions (L'interruption de grossesse)*,

penal, al asegurar la tutela efectiva del *nasciturus*, deberá considerar también aquellos intereses de la mujer que sean realmente dignos de protección. La contención de la «epidemia del aborto» es no sólo un fin de política social, sino también una urgente necesidad de mejorar la tutela de la vida y la credibilidad en el ordenamiento jurídico (110). Hoy no se puede ignorar que en la mayor parte de los países democráticos del mundo occidental las normas penales sobre el aborto han sido modificadas, o mejor, «liberalizadas», lo cual está en línea con la «comunis opinio» en este campo, y esto no debe ser incompatible con los principios fundamentales del orden jurídico y de la ética social (111).

2. En resumen, tampoco en la época clásica romana existe una protección directa del *nasciturus*. El Derecho Penal sólo interviene cuando el marido no está de acuerdo con la realización del aborto, luego la mujer, si es sancionada, lo es por la *injuria* causada al marido al defraudar una expectativa jurídica: la *spes proli*s. El feto no es, en absoluto, sujeto pasivo del delito, sino sólo después de haber nacido vivo (112). Las fuentes sólo se refieren a éste en el sentido de «víscera de la mujer» (113). Y en el supuesto de que se respetasen los derechos de la mujer, no lo serían, sin embargo, en tanto en cuanto fuesen opuestos a los derechos del marido, pues, ya dijimos (114) que en la sociedad romana la capacidad jurídica de la mujer le fue reconocida paulatina y tardíamente, considerándose que incluso la mujer divorciada actúa siempre maliciosamente (115). El aborto provocado mediante el suministro de sustancias o bebedizos se considera como *malum exemplum* y tiene consecuencias penales, tales como el trabajo en las minas o el destierro a una isla, discriminándose, sin embargo, según se trate de *honestiores* o de *humiliores* (116). Parece que la fundamentación radicaría en lo que hoy llamaríamos prevención general o, más concretamente, ejemplaridad, habida cuenta de las consecuencias demográficas o quizás en la *spes patris*, pero no existe una auténtica protección al *nasciturus*, que sigue siendo considerado como víscera de la madre (*portio mulieris, pars viscerum matris*).

Los planteamientos cristianos van a tener una relativa influencia

cit., «Rev. intern. de crim.», *cit.*, p. 381, que nuestra sociedad se hace cada día más «permisiva» y más «opresora».

(110) También en este sentido la «opinión discrepante» de los jueces de Karlsruhe, en *Bundesverfassungsgericht*, *cit.* (*Awichende Meinung*), p. 239. Cfr., además, ROXIN: *La propuesta*, *cit.*, en «Problemas», *cit.* p. 82.

(111) MARTY, Df. F.: *La répression penale de l'avortement (Notes de droit comparé)*, «Re. intern. de crim. et police thec.», Genève, 1974, pp. 391-92.

(112) FERRINI: *Pand.*, p. 85.

(113) Ulp. 24 D. 25, 4, 1, I «*Partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum*».

(114) Ver nota 24.

(115) Ver NÚÑEZ PAZ, M.^a I.: *ob. cit.*, p. 28.

(116) PAOLO: *De poenis*, D. 58, pár. 5, IV-VIII. Cfr. NARDI: *ob. cit.*, pp. 324, 433-35.

en el bajo Imperio, en lo que los romanistas denominan época post-clásica. La idea de los padres de la Iglesia es la de que el feto es persona en cuanto tiene alma y, por consiguiente, matar a un feto se equipara al homicidio del nacido. El concepto romanista plasmado en la sentencia de Ulpiano, por el que se mantuvo el criterio de la filosofía estoica y epicúrea de ser el feto mera porción del cuerpo materno (117), es sustituido por la idea de que «*homo est qui futurus est*» (118). Siguiendo las opiniones de Aristóteles y Plinio se distingue entre el *feto animato* (*corpus formatum*) y el *feto inanimato* (*corpus informatum*), estimándose el aborto cuando el alma penetraba en el feto varón después de los 40 días de la concepción, y en el feto femenino después de 90 días («*nonagesimo die in femina, in masculo vero die quadrigesimo, ita Plinius*») (119), doctrina ésta que se mantuvo, con diversos matices, en eminentes especialistas cristianos, más o menos, en los mismos períodos que indicaba Aristóteles (120). Rechazada por algunos Padres de la Iglesia, la distinción fue definitivamente condenada por Pío IX en 1869. El Código de Derecho Canónico de 1917, proclamó la intangibilidad absoluta del embarazo, principio ratificado en las Encíclicas *Casti connubii*, de 1930 y *Humanae Vitae*, de 1986. Contrariamente a lo que podría pensarse bajo ciertos puntos de vista recientes, la Iglesia no prohibió desde sus orígenes toda interrupción del embarazo (121). Pero, en todo caso, en el tiempo que nos ocupa y hasta la época en que la distinción citada fue declarada infundada, cabe, sin embargo, sostener que para la Patrística, al menos a partir de un determinado momento, el feto es considerado como hombre, y como tal tiene derecho a la vida (122). Por consiguiente, destruir un feto era matar a un hombre, ya que el feto es persona en cuanto tiene alma, estimando Tertuliano que en cuanto se le impide nacer se está cometiendo un homicidio (123). Sin embargo, se jus-

(117) Idea que se reflejó, como es sabido, en las leyes romanas por la fórmula del *partus antequam edatur mulieris portio est, vel viscerum eam maritum liberis fraudasse*. Cfr. NARDI, E.: *ob. cit.*, p. 360. Ver QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado*, *cit.*, I, p. 545.

(118) «*Homo est et qui est futurus etiam fructus omnis jam in semini est*» (Tert. *Apologeticus adversus gentes*, 9). Cfr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 23. Cfr. además, NARDI, E.: *ob. cit.*, pp. 390 y 396.

(119) MENOCHIO: *De arbitraris Cas.*, 357, n. 5. Cfr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 25; idem NARDI, E.: *ob. cit.*, pp. 587-636.

(120) Cfr. GRAVEN Phil.: *ob. y rev. cit.*, p. 295, nota 8.

(121) Ver BERISTAIN, A.: *Interrupción voluntaria..., cit.*, en «Despenalización», *cit.*, p. 43. Hoy, como indica el citado autor, «tampoco parece unánime la condena del aborto por la Iglesia católica, pues no hay declaración ex cátedra ni hay unanimidad total en la jerarquía, en los teólogos, ni menos en el pueblo de Dios». Particularmente existe cierta discrepancia en las comisiones episcopales respecto del aborto terapéutico (p. 45). Ver también GAFO, S. J., e INIESTA, entre otros, *cit.* de BERISTÁIN: *ob. y ult. cit.*, nota 21 y 24. Ver, además, GRAVEN, Phil.: *ob. y rev. cits.*, p. 294.

(122) Ver NÚÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 25.

(123) Ter. ob. *ult. cit.*, p. *cit.*; el motivo de punición aducido por el Derecho romano, es decir: *Indignum videri potest impune eam maritum fraudasse*, no era adecuado

tifica el aborto en caso de peligro para la vida de la madre, como «crueldad necesaria» (124). Esta situación, que es lo que hoy constituye el llamado «aborto terapéutico» es condenada, sin embargo, también por la Iglesia con el mismo rigor que los demás casos de aborto, incluyéndolo en la indiscriminada prohibición del Canon 1398 del Codex, con excomunión *latae sententiae*, en base a la tesis de la ilicitud de conseguir un bien por el camino de sacrificar a un inocente (125). Tal punto de vista, propio de lo religioso, resulta, sin embargo, desplazado en el orden civil donde interesa tan sólo la salvaguarda de un mínimo ético de naturaleza relativa y social, y donde el heroísmo no es penalmente exigible (126). No obstante el aborto terapéutico, aunque con diversos matices, es admitido hoy prácticamente de modo unánime por la doctrina, como es lógico, e incluso por los partidarios de la tesis del derecho a la vida, si bien estos aceptan este tipo de indicación sólo al amparo del estado de necesidad del número 7 del artículo 8 del Código Penal (127).

El principal problema radica, sin embargo, en precisar si las nuevas ideas aportadas por la corriente cristiana de la época que nos ocupa tuvo encaje efectivo en los textos jurídicos. Ciertamente que la penetración de las ideas cristianas fue profunda y tuvo su reflejo sobre el derecho, aunque, fundamentalmente, en el ámbito del Derecho privado, particularmente en la legislación de los emperadores cristianos, algunos de los cuales (Teodosio II y Valentiniano III), dictan una Constitución de acuerdo con las ideas cristianas de protección de los hijos y limitación de las amplias facultades de la *patria potestas* clásica, aunque con restricciones respecto de ciertas actividades de la mujer. Pero no figura el aborto ni entre las causas de repudio, y aunque se contempla, sin embargo, en principio, en la legislación de Justiniano, desapareció posteriormente por la sencilla razón de que se acudía frecuentemente al aborto para disolver el matrimonio (128).

a la gravedad del caso, porque no se trataba de privar al padre de familia de un heredero, sino de la humanidad de la vida de una personal, de donde la supresión de una vida humana constituía un verdadero y propio homicidio (Ver TOCCI: *ob. cit.*, pp. 24-25. Ver también QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado*, *cit.*, p. 547).

(124) Cfr. NUÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 26.

(125) Pero el feto, como indica CUERDA RIEZU: *ob. y rev. cit.*, no puede ser calificado de inocente, de la misma manera que no puede ser culpable. Sólo puede ser inocente quien puede ser culpable y si no puede ser culpable tampoco puede ser inocente (pág. 345 y nota 24, *cit.* a Savater).

(126) QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado*, *cit.*, p. 578; Ver, además, en relación al Derecho alemán, ROXIN: *Problemas*, *cit.*, p. 79. En relación al derecho suizo, ver GRAVEN, Philip: *ob. y rev. cits.*, p. 304.

(127) Así, JIMÉNEZ DE ASUA: *Libertad de amar y derecho a morir*, 4.^a ed., 1929, p. 99; FERRER SAMA: *Comentarios al CP*, t. 4.^o, 1956, pp. 296 y ss.; DÍAZ PALOS: *Aborto*, NEJ, tomo II, 1950, p. 89; ORTEGO COSTALES, J.: *La legalización del aborto*, Salamanca, 1984, p. 17.

(128) NUÑEZ PAZ, M.^a I.: *ob. cit.*, p. 30.

La influencia cristiana se evidencia, sin duda, en relación a la indisolubilidad del matrimonio y en la limitación del dominio absoluto del *pater familias* en aras de la protección de los hijos. Punto de vista este último que concuerda con los motivos de la última reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, por lo que al Título VII del Libro I se refiere (129), y con la interpretación que la doctrina penalística, aunque con diversos matices, hace de la eximente número 11 del artículo 8 del Código Penal, ya que el límite máximo del derecho de corrección ha de buscarse —habida cuenta de lo dispuesto en los artículos 154, 2.^º y 263 del C.c.—, en la moderación de la conducta correctiva de padres o tutores (130). Se consideran, además, hoy, requisitos del ejercicio de esta facultad la necesidad y la proporcionalidad en orden a la finalidad educativa y al bien del menor (131). Un derecho de corrección del marido sobre la mujer no existe hoy en nuestro país, que, además, como acertadamente afirman Cobo y Vives Antón, entraría en colisión con el artículo 14 de la Constitución (132).

(129) El artículo 154 del Código Civil reformado por Ley 11 de 1981, de 13 de mayo, establece en su párrafo 2.^º que «la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos...», y el párrafo último del número 2.^º del citado artículo, inc. último, que aquellos «podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos». La discriminación jurídica entre las diversas clases sociales pretende ser corregida por la doctrina de la Iglesia a su advenimiento en Roma sobre la base de la evangélica igualdad entre todos los hombres. Hemos visto que incluso en las sanciones para aquellos casos de aborto punibles, particularmente después de Septimio Severo, se distinguía entre *honestiores* y *humiliores*, imponiéndose una pena más suave a los primeros (desde un aula a una isla con parcial confiscación de bienes) que para los segundos (trabajos forzados en las minas). Sabido es, igualmente, que las fuentes distinguen y contrastan entre el concebido *ex iustis nuptiis* y el que lo es *vulgo conceptus*, porque el primero adquiría algunos derechos, como el *status libertatis*, el *status civitatis*, el *status familiae* y algunos otros, desde el momento de su concepción, mientras el segundo sólo desde su nacimiento. Según el Derecho romano, el *status familiae* se obtiene por el *nasciturus* sólo con el consentimiento de los padres, de donde se deduce que si una mujer estuviese encinta sin conocimiento del *paterfamilias*, como consecuencia de una unión por él ignorada, el *nasciturus* no tenía ningún derecho, y tampoco si hubiese nacido después de la muerte del *pater familias*, porque su *status* debía ser considerado en el momento de su concepción del padre y adquiría la capacidad jurídica *ex conceptionis tempore* (siempre con la condición de su nacimiento), mientras el otro (*vulgo conceptus*) seguía la condición de la madre y adquiría la capacidad jurídica *ex tempore editiorum*. Cfr. ALBERTARIO: *Studii di Diritto romano*, I, pp. 4 y 24, Cfr. TOCCI: *ob. cit.*, pp. 17-18. Cfr. también NARDI, E.: *ob. cit.* esp., pp. 345, nota 84, 443 y 444.

(130) Ver ANTON ONECA: *Derecho penal*, 2.^a ed. anotada y puesta al día por H. Guijarro y Beneytez Merino, Madrid, 1986, p. 284. Ver, además, JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*, I, trad. S. Mir y F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 543; STRATTENWERTH, G.: *Derecho penal*, P.G., Madrid, 1982, trad. de la 2.^a ed. alemana por Gladys Romero, p. 154; ver, además, RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal*, P.G., 9.^a ed., rev. y puesta al día por Alfonso Serrano, M. Madrid, 1985, p. 513. Ver, además, LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *ob. cit.*, 1984, pp. 715 y ss.

(131) Cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho penal*, P.G., Barcelona, 1985, 2.^a ed., p. 422. «El límite máximo de la facultad de corrección —afirma el citado autor— no ha de buscarse tanto en la gravedad material del resultado lesivo como en la moderación de la conducta correctiva».

(132) COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: *Derecho penal*, P.G., Valencia, 1987, p. 324.

Sin embargo, la influencia cristiana no se manifiesta plenamente en la legislación de la época postclásica de la *spes patris* (133). El aborto se contempla en función de la *injuria* que supone para el padre el verse defraudado en su expectativa de tener hijos (134) o se protege la integridad física de la madre, que no, propiamente, su libertad de autodeterminación, como hoy se preconiza por las posiciones radicales partidarias del derecho al aborto (135), ya que aquélla no podía operar sin el *consentimiento* del *pater familias*, como repetidamente se ha expuesto con anterioridad (136). Y nunca se consideró el aborto como homicidio, ni siquiera como ataque dirigido contra la vida del *nasciturus*, que tampoco en el derecho justiniano fue considerado como sujeto de derecho, pues, según esta legislación, «el hombre se convierte en sujeto de derechos tan sólo después del nacimiento», porque antes «non recte dicitur» (137).

Por consiguiente, tampoco en la última etapa del derecho romano y, no obstante la influencia cristiana, especialmente en el ámbito privado —a partir, sobre todo, de los emperadores cristianos—, no queda desarraigada la idea de la *libertas* en el aborto. Ciertamente se sanciona la interrupción del embarazo sin aquiescencia de la mujer, aunque, más bien, por el ataque que conlleva a la integridad física de aquélla (138), y su consentimiento ha de ponerse en relación con el del padre, pues de otro modo se atacarían los derechos de éste a la progenie, como antes se indicó (139). Por tanto, no se trata de proteger un supuesto derecho a la maternidad por parte de la mujer o, como hoy se dice por los partidarios del derecho al aborto, el derecho a tener o no tener hijos, lo que no se concibió en derecho romano respecto de la mujer. No cabía el «mi vientre me pertenece» por más que el *nasciturus* fuera considerado como «víscera de la madre», si el aborto era considerado como un ataque a los derechos de los esposos a la progenitura o, en su caso, por razones demográficas.

(133) N.º 22, 16. Cfr. NÚÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 31; QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado*, *cit.*, pp. 547-48. Algunos autores, v.g., BIONDI: *Il Diritto romano cristiano*, II, Milano, 1952, p. 487, afirman que en derecho justiniano el aborto consentido es castigado, por sí mismo, como delito contra el *nasciturus*. Tal punto de vista, que no es en absoluto compartido por la generalidad de la doctrina romanística, no concuerda en absoluto con otras fuentes más autorizadas. Ver, Fr. 1.9, D, 50-16. Idem cfr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 16; NARDI, E.: *ob. cit.*, pp. 605 y ss., espec. 605, nota 60.

(134) Ver QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado*, *cit.*, p. 546, nota 14, Ver, además, *Marianus, L., I, regulorum*, Nov. 22, 16. Cfr. NÚÑEZ PAZ, M.ª I.: *ob. cit.*, p. 31.

(135) Sobre la posición que preconiza el derecho al aborto, ver CUERDA RIEZU: *ob. y rev. cits.*, pp. 356-57.

(136) Ver *supra* II, A.

(137) C. 2, C. 6, 29. Fr. 1, 25, 4. Fr. 1, 9, D. 50-16. Papin 19.º libro de las *Questiones*, Cfr. NARDI, E.: *ob. cit.*, p. 396.

(138) Cfr. NÚÑEZ PAZ, M.ª I.: *ob. cit.*, p. 24. PAOLO: *De Poenis*, D. 58, pár. 5 IV-VIII.

(139) TOCCI: *ob. cit.*, p. 15; NARDI, E.: *ob. cit.*, p. 360.

ficas (140). Ya se ha dicho que el aborto no fue nunca considerado como homicidio, salvo en el caso en que como consecuencia del mismo se produjese la muerte de la mujer, y en que, a partir de Septimio Severo el tercero que lo produce es castigado incluso con la pena capital; pero, en todo caso, se trata de un ataque a la integridad de la mujer y no se pretende la protección del *nascisturus* (141). Tal supuesto, aunque castigado con menor pena —como es lógico, dadas las diferencias en el tiempo y entre la sociedad romana y la actual—, está previsto en el artículo 411, pf.^o último del Código Penal, y aunque esta tipología supone un paliativo, a tenor de lo dispuesto en el número 2 del artículo 1 del citado texto, no deja de ser un supuesto de responsabilidad objetiva, como ya se demostró (142). Tampoco puede decirse que las motivaciones estén ausentes a la hora de la realización de la interrupción del embarazo, al menos de hecho, como en las épocas anteriores, y en forma de supuestos más o menos análogos a las hoy denominadas indicaciones y reguladas con más o menos amplitud en las legislaciones vigentes; y si bien las influencias de las nuevas ideas cristianas abogan por la restricción de ciertos supuestos, incluso en la doctrina de Tertuliano se acepta el aborto terapéutico, como «*necessaria crudelitate*» (143).

Lo cierto es, por tanto, que, no obstante la influencia de las ideas formuladas por los padres de la Iglesia en la sociedad romana de la época que nos ocupa y su parcial repercusión, especialmente en el campo del Derecho privado —como acabamos de exponer—, tales ideas no plasmaron plenamente en las legislaciones de los emperadores cristianos. Las leyes permanecieron mucho tiempo a la zaga en materia de aborto, quizá —como recordaba Quintano— «por el prestigio de las tradiciones clásicas que íntegramente pasaron a las grandes compilaciones cristianas de Teodosio y Justiniano. Chocaban... con ellas... la extremada posición de los teólogos de asimilar, pura y simplemente, el aborto al homicidio, lo que implicaba un reconocimiento de la plena personalidad al concebido no nacido, en pugna con el Derecho romano como lo está con el moderno» (144). Ciento que tal

(140) GRAVEN, Philip: *ob. y rev. cits.*, p. 294.

(141) NÚÑEZ PAZ, M.^a I.: *ob. cit.*, p. 24.

(142) Ver *supra Nota 29*. Ver MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, ed. 1988, p. 91, «se trata de un delito cualificado por el resultado, en el que el resultado cualifica (muerte, etc.) no es necesario que sea abarcado por el dolo del autor. Creo que asiste la razón a MUÑOZ CONDE, en cuanto que, si bien es necesario que el resultado sea al menos culposo (art. 1, 2, CP), es «insopportable que imponga la misma pena que si hubiese sido producido dolosamente».

(143) Tert. De an. 25, 4-6. La Iglesia, por tanto, no se olvidó en esta primera época, de ocuparse, también del aborto que S. Agustín llamaría «*libidinosa crudelitas*» (TOCCI: *ob. cit.*, p. 23). Ver también NARDI, E.: *ob. cit.*, p. 408, nota 255.

(144) QUINTANO-GIMBERNAT: *Tratado*, *cit.*, p. 548. El provocar el aborto de una mujer fue, por tanto, considerado por la Iglesia un acto condenable, ya desde los primeros tiempos del cristianismo. El motivo de punición aducido por el Derecho romano «*indignum videri potest impune eam maritum fraudare*» no era adecuado a la

asimilación fue mantenida por los prácticos, que paragonaron también el aborto con el homicidio, aunque confundiendo aborto e infanticidio, pero hubieron de reconocer que «entre el hijo que ha respirado y abierto los ojos a la luz y el feto que todavía no ha nacido debe encontrar el buen sentido un abismo de diferencia. El infanticidio es la destrucción de una persona, y el aborto, de una esperanza...» (145). Y es curioso observar que la consideración del feto como «esperanza de persona» se mantiene por un sector de la doctrina científica (146). De otro lado, el que en el niño «recién nacido» en el infanticidio puedan no concurrir los requisitos especificados en el artículo 30 del Código Civil, ha dado pie a algún autor para afirmar que, tampoco en este caso, el «recién nacido» estaría protegido por la Constitución, supuesto que ésta protege tan sólo a las personas (147), si bien el propio artículo 30 del Código Civil especifica que se fija el nacimiento sólo a efectos civiles. A efectos penales, el nacimiento viene determinado con arreglo a otros criterios: el recién nacido, según el artículo 410 del Código Penal (147).

Por último, la distinción agustiniana entre feto «animato» e «inanimato» y a la que se refiere Dante en su «Divina Comedia» (149), se mantuvo durante toda la edad media, hasta bien entrada la edad moderna no fue declarada infundada por la Iglesia y sólo fue definitivamente cancelada en 1869, con el Papa Pío IX y encíclicas posteriores. Después de la cual fue el aborto consentido o no sancionado en cualquier otro tiempo en que se hubiese verificado (150). A finales del siglo XVIII se observa una dulcificación general de la punición, al mismo tiempo que la supresión por numerosas leyes de la distinción entre feto «animado» e «inanimado». La corriente individualista y liberal encuentra plena expresión en el Código Penal francés de la revolución de 1791, que recoge el principio romano de la «*portio*

gravedad del caso, porque no se trataba sólo de privar al *pater familias* de un heredero, sino de la humanidad de la vida de una persona, y en consecuencia, de la supresión de una vida humana, lo que constituía un verdadero y propio homicidio (Cfr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 23). Ver Tert. *Apologeticus adversus gentes*, 9. «*Homicidii festinatio est prohiberi nasci, natum quis eripiat animam nascentem disturbet*», «*Homo est et qui est futurus etiam fructus omnis jam in semine est*». Idem. NARDI, E.: *ob. cit.*, p. 396.

(145) Ver PACHECO: *El Código Penal concordado y comentado*, artículo 336, vol. III, p. 35 a 41. «*Qui est in ventre non est homo, sed effici speratur*» (Saliceto, Arentino, Baldo, etc.).

(146) Así, HUERTA TOCILDO, S.: *ob. y rev. cits.*, p. 10.

(147) Así, RODRÍGUEZ DEVESÁ, J. M.: *Derecho penal*, 10.^a ed., *cit.*, p. 108.

(148) Ver CEREZO MIR, J.: *Interrupción..., cit.*, en «La reforma penal», *cit.*, p. 32. Cfr., además, ARROYO ZAPATERO, L.: *Prohibición del aborto y Constitución*, *cit.*, p. 68, nota 35. «Tal opinión —v.g. RODRÍGUEZ DEVESÁ: *ob. cit.* y *p. cits.*— desconoce —dice acertadamente ARROYO ZAPATERO—, tanto que el tipo de homicidio recoge la vida humana desde el comienzo del nacimiento como que cada rama del Derecho se rige en sus conceptos por sus fines específicos de protección. La polémica entre el «*todos*» y el artículo 30 del Código Civil carece de toda relevancia.»

(149) *Purg.*, XXV, 68-75.

(150) MENOCHIO: 4, *De Straord. crimi.*, 47-51.

mulieris»; no pune sino al tercero que causa el aborto, especialmente por el peligro que hace correr a la madre (151). Las legislaciones penales del siglo XIX presentan en conjunto los siguientes rasgos: represión del aborto en cualquier estado del embarazo en que sea practicado; punición tanto de la madre (autoabortion) como del tercero causante del aborto, pero con penalidades más suaves para la primera que para este último. Tales son las características del aborto punible que subsistirán durante una gran parte del siglo XX, al menos hasta después de la segunda guerra mundial, y a las cuales se va a añadir paulatinamente el reconocimiento expreso o implícito de la impunidad en caso de interrupción del embarazo con peligro para la vida de la madre (152). Y éstas han sido, en general, también las características de nuestra legislación —que no se caracterizó, precisamente, ni por su blandura ni por su eficacia— (153), hasta la reforma penal de 1985, que incorporó al Código Penal el nuevo artículo 417 bis, el cual, como ya se demostró, establece un sistema restringido de indicaciones y en que plasma el criterio de la regla excepción, en cuanto que, en general, se pune el aborto consentido, salvo que se den las circunstancias justificativas, precisadas en dicho artículo, del referido cuerpo legal (154).

(151) Cfr. GRAVEN, Philippe: *ob. y rev. cits.*, p. 295; ver, además, QUINTANO-GIMBERTAT: *Tratado*, *cit.*, p. 551. La Corte Suprema de los EE. UU., situándose en este terreno, establece en Sentencia de 22-1-1973 que los Estados no pueden intervenir tratándose de interrupción del embarazo dentro del primer trimestre, pues esta intervención violaría el *right* o *privacy* garantizado por la Constitución de los EE. UU.: pueden, en interés de la protección de la madre, reglamentar la interrupción por el período comprendido entre el fin del primer período y el momento de la viabilidad, y pueden, si así lo estiman, proteger la vida en formación, reglamentar o incluso prohibir la interrupción del embarazo más allá del momento de la viabilidad (Ver GRAVEN, Ph.: *ob. cit.*, *rev. cit.*, p. 295, nota 9; MARTY, Dick F.: *La repression pénale de l'avortement, Notes de droit comparé*, *rev. cit.*, p. 392, nota 5. Cfr. HERRMAN, J.: *La suprema Corte degli Stati Uniti e la liberalizzazione dell'aborto*, «Rev. it. di Diritto e proc. pen.», 1974, pp. 379 y ss. Un análisis de la sentencia de la *United States Supreme Court Roe v. Wade, decided January 22, 1973*, puede verse en *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali*, Milano, 1976, p. 1 y ss. Ver, además, GARCÍA VITORIA, A.: *El delito de aborto consentido a la luz de las legislaciones acutales*, ADPCP, 1981, p. 509; BRUGGER LL. M. W.: *Abtreibung ein Grundrecht oder ein Verbrechen*, *cit.*, pp. 896-901.

(152) GRAVEN, Ph.: *ob. y rev. cit.*, p. *cit.*

(153) BARBERO SANTOS, M.: *La reforma penal española*, *cit.*, *rev. cit.*, p. 66; QUINTERO OLIVARES, G.: *Observaciones sobre la parte especial del anteproyecto de Código Penal*, en «La reforma del Derecho penal», Bellaterra, 1980, p. 253; LANDROVE, G.: *Política criminal del aborto*, *cit.*, pp. 31 y ss.; HUERTA TOCILDO, S.: *Criterios para la reforma del delito de aborto*, en «La despenalización», *cit.*, pp. 11-14.

(154) La doctrina dominante entiende que las exenciones de responsabilidad del artículo 417 bis del Código Penal constituyen causas de justificación con base en el principio del *interés preponderante* o principio de *no exigibilidad*, aunque esto último se presta a discusión. Vid. por todos, LUZÓN PEÑA, *ob. cits.*, pp. 30-31. El caso del artículo 417 bis, pár. 2.^º, parece operar como excusa absolutoria (ver BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 129; RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. y rev. cits.*, p. 97; ROMEO CASABONA, C. M.: *El diagnóstico antenatal*, *cit.*, en «La Ley», julio 1987, *cit.* p. 6. Respecto de la excusa absolutoria del número 12 del artículo 417 bis, como exención personal de la pena, ver MUÑOZ CONDE: *ob. cit.*, p. 88. Idem LUZÓN PEÑA, *ob. cits.*, pp. 54-55.

III

A) Se impone ahora una recapitulación, siquiera sea brevemente, sobre lo anteriormente expuesto, haciendo, al mismo tiempo, algunas consideraciones finales a modo de conclusión sobre el planteamiento fundamental en torno al cual gira todo este trabajo. La idea de que en derecho romano el feto es una parte de las vísceras de la madre (*portio mulieris, pars viscerum matris*) ha dado lugar —como ya hemos podido analizar ampliamente con anterioridad (155), particularmente entre las actuales posturas radicales partidarias del derecho al aborto, y quizás como reacción pendular contraria absolutamente negatoria, en todo caso, de la interrupción del embarazo— a la discutible consecuencia —con base en el lema «mi vientre me pertenece»— de que existe un absoluto derecho de autodeterminación de la madre a la hora de interrumpir su embarazo. Tal opinión procede, a mi entender, de un equívoco en el análisis histórico. Hemos expuesto cómo, en general, en las primeras etapas del derecho de Roma hay que descartar todo tipo de incriminación pública del aborto, pues, aun en el supuesto de una posible sanción, ésta habría de ejercitarse, en su caso, solamente por el *pater familias* en el ámbito familiar. Se trataba, por tanto, de una sanción pura y simplemente privada, en ningún caso pública. Por consiguiente, no tendría realmente el carácter de sanción en el sentido punitivo, es decir, propiamente penal, sino que entraría tan sólo dentro del campo familiar privado y se impondría a criterio del *pater familias*, en tanto éste no consintiese el aborto por considerar que la interrupción voluntaria del embarazo truncaba su expectativa de padre al no poder tener un heredero. No se olvide, además, que los intereses demográficos van unidos en una época en que el alza demográfica es considerada como una necesidad. Es cierto, además, que el embrión no es protegido en cuanto tal derecho romano, contrariamente a lo que ocurre actualmente, en general, en el derecho vigente (156); se protegió, si acaso, indirectamente, a

(155) Ver *supra* II.2. 24 D. 25, 4, 1, I.

(156) Ver *Bundesverfassungsgericht*, *cit.*, C I, c, p. 206. Según el Tribunal Constitucional de Karlsruhe, el significado y objeto de la disposición constitucional del artículo 2, c 2, a 1 de la GG supone la extensión de la tutela de la vida, también a la vida en formación. Y en igual sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985, precisa claramente «que la vida del *nasciturus* en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional». Que el aborto es un delito contra la vida del feto no se pone en duda por la doctrina dominante, por más que se considere lícito en determinadas condiciones o cuando concurra alguna de las indicaciones del artículo 417 bis del Código Penal, que no suponen sino la resolución de un conflicto de intereses. Pero la regla es la prohibición del aborto doloso, la excepción su licitud en los supuestos autorizados por la Ley (Cfr. ROMEO CASABONA, C. M.^a: *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico penales*, en «La Ley», 1987, número 1751, año VIII, p. 6). El aborto, dice BUSTOS RAMÍREZ: *Derecho penal*, *cit.*, p. 55, es un

través de la protección a la integridad física de la madre. De aquí que se llegue incluso a castigar como homicidio la muerte de la madre si ésta se produce a consecuencia de las prácticas abortivas, de modo curiosamente análogo a lo que ocurre todavía en nuestro propio Derecho vigente en el párrafo último del artículo 411 del Código Penal, siendo precisamente éste uno de los últimos vestigios de responsabilidad objetiva, aunque paliada por lo dispuesto en el reformado artículo 1, párrafo 2.º, después de 1983 (157).

Ahora bien, ante el conflicto de intereses entre la vida de la madre y la vida del feto, en el Derecho de Roma —incluso en la última época de los emperadores cristianos como «crudelitas necesaria» (158)— se opta por proteger la primera. Tal vez en una primitiva aplicación de lo que hoy llamaríamos principio del interés preponderante en el estado de necesidad, por el mayor valor social de la madre —que diría Radbruch— (159). Ciento que en Derecho romano preclásico y clásico no se formuló, como es obvio, habida cuenta de las diferencias sociales, culturales y jurídicas con nuestro sistema actual, una tesis propia sobre las «indicaciones», al menos en su sentido actual. Pero también es cierto que el aborto —aun consentido y no punible— no fue, al menos de hecho, en general inmotivado, salvo en determinados momentos y en casos excepcionales y, precisamente, entre las clases elevadas (160). Por tanto, el aborto, aún no sancionable, en Roma fue, sin embargo, socialmente rechazado, en general, como *malus exemplum* cuando era inmotivado. Tales motivaciones no dejaban de ser, más o menos, análogas a las que hoy se regulan en las legislaciones vigentes dentro de lo que se denomina sistema de las indicaciones. Evidentemente no se regularon en Roma, pero de hecho existieron incluso con mayor amplitud, particularmente la indicación social

delito contra la vida del embrión o feto, esto es, contra la vida dependiente (es decir, una vida humana que aún no tiene la calidad de persona). No puede decirse, por tanto, que en el Derecho vigente el feto no sea otra cosa que una parte del vientre de la madre. El bien jurídico protegido es la vida en formación (ver COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU: *Derecho penal*, cit., p. 555), por más que se reconozcan como bienes jurídicos secundariamente protegidos la vida o la integridad de la madre y el interés demográfico del Estado (Cfr. BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 121).

(157) Ver QUINTERO OLIVARES-MUÑOZ CONDE: *La reforma penal de 1983*, Ed. Destino, Barcelona, 1983, p. 36; MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, cit., 7.ª ed., 1988, p. 91, para quien este delito sigue siendo un «delito cualificado por el resultado, aunque el resultado cualificante se produzca por imprudencia».

(158) Ver NÚÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 33; test. De an., 25, 4-6.

(159) Ver RADBRUCH: *Abtreibung*, VDV, V, 159; Cfr., además, BLEI, Hermann: *Strafreich*, II, 10 Aufl. Beck, 1976, pp. 31 y ss. Ver en nuestro Derecho, QUINTANO-GIBERNAT: *Tratado*, I, cit., p. 578.

(160) NARDI: *Il procurato aborto nel mondo grecorromano*, cit., pp. 16-29. A pesar de lo cual y con la prolongación de la corrupción en el período imperial se puso de moda entre las matronas que de ese modo conservaban los senos turgentes (Cfr. AULO GELLIUS: *Notti Attiche*, cit.; TOCCI: *ob. cit.*, p. 14).

y económica, que hoy se discute por la doctrina en relación a su inclusión en las legislaciones (161), especialmente en la nuestra (162).

Por ello no se puede llegar a la peligrosa conclusión de que en Roma la falta de sanción jurídica suponga la licitud moral, porque la mayoría de la sociedad romana consideró los abortos inmotivados como éticamente reprochables y entre contracción y aborto se optaba por el primero (163); postura ésta que hoy, en general, se mantiene en primer plano por la doctrina dominante (164).

(161) Ver NARDI: *ob. cit.*, pp. 629. En relación al Derecho actual, ver por lo que al Derecho suizo se refiere, SCHULTZ, Hans: *La réforme*, *cit.*, rev. *cit.*, pp. 263-64. En sentido crítico, por la amplitud dada en el Derecho de la República Federal de Alemania, GÖSSEL: *ob. cit.*, rev. *cit.*, p. 142, dado que la «situación especial de necesidad» conduce —dice por su amplitud y ambigüedad— a la práctica impunidad del aborto. Críticamente, también ROXIN: *El desarrollo del derecho sobre el aborto*, *cit.*, rev. *cit.*, pp. 258-251, particularmente en relación a la razón personal de exclusión de pena para la mujer; idem. HIRSCH: *Interrupción*, *cit.*, p. 49, por considerar esta indicación, tal y como se regula y por la falta de un control previsto legalmente, incompatible con los parámetros utilizados por el Tribunal Constitucional. Con respecto a la impunidad de la mujer que se deja producir el aborto por un médico dentro del plazo de veintidós semanas, aunque no exista indicación, dice el citado autor, constituye un paso atrás en la protección de la vida del feto y en favor de la autodeterminación de la mujer (*Balance de la reforma del Derecho penal en la República Federal alemana. Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, 1984*). Ver, además, EL MISMO: *Tendencias evolutivas de la reforma de la parte especial (desde la específica perspectiva del Derecho penal de la República Federal alemana. Conferencia pronunciada en las Jornadas Homenaje a don Luis Jiménez de Asúa en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, abril 1987)*.

(162) Ver BARBERO SANTOS: *La reforma penal española*, *cit.* rev., *cit.*, p. 68; HUERTA TOCILDO, S.: *Criterios para la reforma de delito de aborto*, *cit.*, p. 21, n. 51; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *ob. cit.*, p. 120, quien afirma que la ausencia en nuestro derecho de la indicación económico-social incitará a alguien a intentar colocar por la vía del concepto de salud psíquica aquella indicación ausente. Aunque estima difícil su inclusión, lo que me parece desacertado, y ya nos hemos manifestado, en los casos extremos con evidente repercusión psíquica comprobada, en favor de su inclusión, en este sentido también, LANDROVE, G.: *La tímida despenalización del aborto en España* en «*Estudios penales y Criminológicos*», Santiago de Compostela, 1987, pp. 222 y 223. Más difícil nos parece, como pretende BAJO con interpretación un tanto forzada, incluir los casos en que la mujer embarazada sea menor de edad. Acertadamente, en sentido, negativo COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU: *Derecho penal*, P.E., *cit.*, p. 568. Incluye también BAJO FERNÁNDEZ, *ob. y p. cits.*, dentro del concepto salud psíquica las depresiones que conducen a la tendencia suicida. Pero hay que precisar, no obstante, que los graves trastornos conducentes a esa tendencia depresiva son producidos precisamente por los graves conflictos ocasionados por las situaciones extremas económico sociales en la mujer (Cfr. HIRSCH: *La reforma de los preceptos*, *cit.* rev., *cit.*, p. 47), aunque en algunos casos los trastornos psico-vegetativos no alcancen el grado de seriedad de la indicación médica. Tal vez, por ello, fuera necesario precisar independientemente tales situaciones si se estiman fundamentadas en estados de necesidad o no exigibilidad, para evitar ambigüedades o desigualdades a la hora de interpretar los preceptos del artículo 417 bis y del artículo 8,7 del Código Penal. En todo caso me remito a la posibilidad, en su caso, de atenuación, de la que se habló *ut supra*, p. II. Ep. 14 hasta 97. Vid., en este sentido y de *lege lata* LUZÓN PEÑA, *ob. cit.*, p. 53.

(163) Ver NARDI, Enzo: *Il procurato aborto*, *cit.*, espe. pp. 283 y 335 «con especial anteposición del anticonceptivo al abortivo».

(164) Cfr. ROXIN, *cit.*, p. 73; idem. HIRSCH: *La reforma*, *cit.*, p. 53, quien precisa que los problemas no revisten hoy tanta importancia gracias al perfeccionamiento de

Es cierto, también, que los valores en aquella sociedad eran muy distintos a los surgidos después de la cristianización (165) y que la influencia de la Iglesia fue evidente, aun no plasmando plenamente en la legislación, por los motivos ya señalados (166). Pero el feto tuvo como hoy un valor subordinado al de la madre. El aborto terapéutico justifica incluso la sanción privada en el supuesto de interrupción del embarazo, aun antes de que éste fuera sancionado públicamente. Y la sociedad romana pensó que debía en general llevarse a término el embarazo, teniéndose, por tanto, en cuenta, aun no siendo sancionada la interrupción, motivaciones tanto éticas como económicas, de modo análogo, si bien en forma más simple por las diferencias culturales, de desarrollo y de época, que los planteamientos actuales sobre las diversas formas de indicaciones. Consideraciones demográficas dieron origen a las leyes augustinianas por miedo a la despoblación, al modo de lo ocurrido recientemente en diversos países, especialmente en los socialistas orientales. Los planteamientos basados exclusivamente en criterios demográficos utilitaristas, resultan

los métodos anticonceptivos. Ver artículo publicado en «Diario 16» de 12 de febrero de 1989, «Dossier semanal» donde se hace ver el peligro que se corre de que muchos médicos (se refiere a la URSS) que practican el aborto ilegalmente cobrando determinadas cantidades, no están precisamente interesados en que se popularice el conocimiento de los mecanismos anticonceptivos, aunque el Ministerio de Sanidad ha creado recientemente un Servicio de Planificación familiar dedicado a informar a la población sobre la utilización de medidas preventivas. Y es evidente el peligro de que la no utilización de medidas preventivas pueda hacer de la interrupción del embarazo el método exclusivo de planificación familiar. En favor de la educación sexual y libre circulación de los anticonceptivos, ver RODRÍGUEZ RAMOS: *Compendio*, cit., p. 23.

(165) El Derecho romano, habiendo considerado el feto siempre y solamente como *portio viscerum*, no podía acoger la equiparación aborto/homicidio ni tenía razón de ser la distinción entre un primero y un segundo estadio de desenvolvimiento (ver NARDI, E.: *ob. cit.*, p. 148, n. 6). Los padres de la Iglesia y los canonistas conciliares que, no distinguiendo en base al grado de desenvolvimiento fetal, se fundaron solamente sobre la infusión del alma, reteniéndola inicial fueron inducidos a considerar el feto como un hombre en todo caso y, en consecuencia, el aborto consentido como homicidio, incluso desde antes de haber sobrevenido la «conformación». Pero los juristas romanos, para los cuales el feto *ante partum* no era más que *portio viscerum*, no podían reconocer en un aborto un homicidio (Cfr. NARDI: *ob. cit.*, p. 147, n. 5). Para San Agustín la equiparación cristiana aborto/homicidio está ligada al valor del alma, cuya presencia se reputa decisiva para la resurrección en el caso de los fetos «formados». Confr. ROBERTI, M.: *Svolgimento storico del diritto privato* in Italia, 2.^a ed., I, 1935, p. 120. En los siglos III y II a.C., se difunde el estoicismo, que va a condicionar la jurisprudencia romana vinculándola a la opinión de que el feto es sólo una *spes homini* que no adquiere autonomía respecto del cuerpo de la madre gestante (de la cual es *portio viscerum*) hasta el momento del nacimiento. La libre versión griega de la *Torah* alejandrina influye en la doctrina canónica haciendo también a ésta distinguir entre fetos «informados» y «formados», y hablar de homicidio en este último caso en antítesis con los esquemas del Derecho romano. Tal distinción pasó y se conservó después largo tiempo, como sabemos, en el derecho común (Cfr. NARDI; *ob. cit.*, pp. 145-48).

(166) Niega la influencia de la Patrística en el derecho laico, NARDI: *ob. cit.*, pp. 630-637, quien afirma, además, que aquélla, con su concepto aborto/homicidio no fue acogida en su dirección mayoritaria de la distinción entre feto *formatus* e *informatus* en las normas de los canones conciliares.

además un tanto equívocos y cambiantes, pues puede sancionarse con diversos fines no ya la interrupción, sino la no interrupción voluntaria del embarazo (167).

De otro lado, del análisis de las fuentes romanas y hasta la etapa justiniana, por lo menos, se deduce que para que hubiese capacidad jurídica se requería vida y forma humana, así como un total desprendimiento del claustro materno (168). Por consiguiente, antes del parto el producto de la concepción es una parte de las vísceras maternas. Pero tal criterio no coincide con el nuevo slogan de «mi vientre me pertenece», si se quiere utilizar la idea romana de la *pars viscera* para justificar hoy un absoluto derecho de autodeterminación de la madre justificativo, sin más, de su interrupción del embarazo (169). Por eso algunos de los partidarios del derecho de autodeterminación de la madre o del libre ejercicio de su maternidad, conscientes quizá de la falta de base remitida al derecho romano, renuncia al criterio de «mi cuerpo es mío» o «mi cuerpo me pertenece» para fundamentar tal derecho de la madre en diversas consideraciones (170). La mujer, por consiguiente, no tenía en Roma más derechos que aquéllos que su marido o, en definitiva, el *pater familias* le permitiera ejercitar. Por consiguiente, aparte planteamientos demográficos, que se mantienen hoy a través de la prohibición de la difusión y prácticas antiabortivas.

(167) En relación a las leyes *Iulia* y *Papia Poppaea*, éstas fueron promulgadas por Augusto para promover la política de incremento demográfico dado el abuso del aborto, pero no produjeron los resultados previstos, ya que su fin era reducir los efectos demográficos negativos, dado que la inclinación combatida era más fuerte que la norma que la quería combatir (Cfr. DESMEULLES, A.: *L'avortement et le contrôle des naissances* (Lausanne, 1954, p. 21; *idem*. NARDI: *ob. cit.*, pp. 241-42). Respecto del Derecho actual, ver MUÑOZ CONDE: *Interrupción*, *cit.*, en *Jornadas*, *cit.*, *Política demográfica, planificación y aborto*, pp. 107 y ss.

(168) NARDI: *ob. cit.*, pp. 297, 388, 476 Y 609. Es mayoritaria la opinión de que aún siendo universalmente conocido que la primitiva Iglesia se opuso de forma radical al aborto y lo consideró como un asesinato, no hay ninguna traza de ello en la codificación de Justiniano (Cfr. JONKERS, E. J.: *La législation de Justinien et la protection de l'enfant à naître*, I, 1947, p. 242). En contra BIONDI, B.: *Il diritto romano cristiano? III. La famiglia Rapporti patrimoniali*, *Diritto pubblico*, Milano, 1954, pp. 487 y ss.; su opinión es, sin embargo, muy minoritaria, casi aislada.

(169) Ver sobre la cuestión QUINTANO GIMBERNAT: *Tratado*, *cit.*, p. 573. En relación a la consideración de los movimientos radicales pro aborto libre con base en el principio romano de la *portio viscerum*, ver MERLE, R.: *Traité de droit pénal, P. spécial*, París, 1982, p. 1703; ver además, HUERTA TOCILDO, S.: *ob. y rev., cits.*, aludiendo a las declaraciones emitidas por los movimientos feministas (p. 15, n. 26); GARCÍA VITORIA, A.: *El tipo básico*, *cit.*, p. 47; BLEI, Herman: *Strafrecht*, II, C. H. Beck, München, 10 Aufl., pp. 29 y 30; COBO DEL ROSAL-MARTORELL MATEU: *ob. cit.*, p. 554.

(170) Así v.g., CUERDA RIEZU: *ob. y rev., cits.*, p. 357, «lo verdaderamente importante —dice— es reconocer un (relativamente) libre ejercicio del derecho a la maternidad»; QUERAL: *Derecho penal*, P.E., Barcelona, 1987, p. 52, «libertad de la mujer ante un embarazo no deseado», aunque el punto de vista de que parte me parece discutible. Ver también, aunque con argumentos más coherentes ARROYO ZAPATERO: *ob. y p. cit.*, p. 73; sin embargo, afirmar que el valor de la vida humana en formación es un bien jurídico, pero no en relación al *nasciturus*, sino a la comunidad no nos parece convincente y, por eso, lo rechazamos con anterioridad, ver *ut supra t. espec. notas 48, 56 y 69.*

tivas en el Código Penal (171), el conflicto de intereses se resuelve en Roma en favor, no del *nasciturus*, que sólo tiene ciertas expectativas y en relación al derecho privado, sino, en definitiva, del *pater familias*; pues si bien, ante un ataque a la vida o integridad personal de la madre, la balanza habría de iniciarse en favor de ésta, como en la actualidad sucede en el llamado aborto «terapéutico», la solución del conflicto se remite también, en cierto modo, particularmente en relación a la vida —e incluso a la integridad corporal, de la madre por el peligro que ésta supone para la vida del feto— al ataque a los derechos del padre a la progenitura. Se trataría no de peligro para la vida del feto, sino de peligro de que se frustrasen las expectativas del padre en relación a sus derechos sobre los hijos (172). Por consiguiente, la pretensión de acudir hoy por los sectores radicales partidarios del derecho al aborto a fundamentar éste en la capacidad de decisión previa de la mujer, con base a un supuesto libre ejercicio del derecho a la maternidad, sin más, prescindiendo del feto como algo digno de protección jurídico penal no plantearía la resolución de ningún conflicto de intereses, sino que predeterminaría previamente el resultado de dicho conflicto, inclinando la balanza de antemano

(171) Ver artículo 416 Código Penal. Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, cit., P.E., ed. 7.^a, 1988, pp. 93-94. En el Derecho romano las leyes *Julia* y *Papia Poppaea* dictadas como se ha dicho, por el emperador Augusto en el año 18 a.C. y 9 d.C., respectivamente, y destinadas a promover la política de incremento demográfico, fueron consecuencia en gran parte de la propagación y abuso del aborto consentido, pero no tuvieron ni siquiera en los primeros años efectividad práctica, pues el aborto y los medios anticonceptivos habían penetrado sobremanera en la sociedad de entonces en todas las clases sociales y, sobre todo, en las clases más elevadas (Ver DESMEULES: *ob. cit.*, p. 21; NARDI: *ob. cit.*, pp. 241-42).

(172) Al menos en los primeros tiempos y habida cuenta de la discrecionalidad del *pater* en esta materia, consecuencia de su *ius vitae ac necis*. Parece que si sólo el aborto de la mujer independiente era libre (en el límite la prostituta), en cualquier otro caso sería ordenado, consentido o punido por el *pater*, que en caso de disensión tendría acciones por daños contra terceros (Ver NARDI: *ob. cit.*, p. 47). Por consiguiente, cabe preguntarse si ante un conflicto de intereses, en estos últimos casos, quedaba la solución al arbitrio del *pater familias*. Pensemos que el feto no es solo *parviscerum* sino esperanza del padre, *spes patris*, heredero de una familia y futuro ciudadano del Estado (ver NARDI: *ob. cit.*, pp. 217 y 357, n. 121). La *spes* no hace referencia al *nasciturus* en sí, sino a los intereses del padre (Cfr. LAFRANCHI: *Voce Nascituri (diritto romano)*, en *Novissimo Digesto italiano*, vol. N-0, Torino, 1965, p. 14, n. 4). El problema se plantearía, por tanto, en el caso de que el *pater* optase por la *spes patris*. Quedaría en pie, sin embargo, el tema del consentimiento de la mujer.

En relación con el aborto terapéutico, ver NARDI: *ob. cit.*, p. 145, nota 2, p. 152, nota 8, p. 337, n. 60, 537 (con referencia a Prisciano, para quien «sólo la necesidad de salvar la vida de la mujer justifica el aborto terapéutico») nota 144. En épocas anteriores, pero dentro de la época clásica, SIMONI: cit. de NARDI: *ob. cit.*, p. 145, nota 2, considera que es producto del estoicismo la orientación médica favorable a sacrificar el feto a la vida de la madre. En los siglos II, y finales del IV y V d.C. prevaleció la orientación favorable al aborto terapéutico para los casos previstos de impedimento de nacimiento del feto, oclusiones o grietas en el orificio uterino o irremediable pequeñez, inmadurez o vicio de la matriz (Cfr. NARDI: *ob. cit.*, p. 634).

en favor de la embarazada, lo que supondría un derecho al aborto (173).

Un tal criterio se relativiza, en cierto modo, con el criterio del «plazo», pues si bien a partir de los tres meses ha de acudirse al sistema de indicaciones, habiendo de regularse las motivaciones de la mujer a efectos de la interrupción de su gravidez, durante tres meses, noventa días o doce semanas, existiría una desprotección del *nasciturus* en cuanto que el sistema sirve exclusivamente, durante este período, a los intereses de la embarazada, que así puede solucionar los problemas que supone un embarazo no deseado (174). Y es curioso que la tesis greco-romana de la «animación», mantenida durante siglos por la Iglesia, coincidiría, en cierto modo, con el criterio del plazo, al menos en los ochenta o noventa primeros días desde la concepción respecto de la hembra y de cuarenta respecto del varón. No se olvide que la tesis de la animación ya referida fue mantenida por la Iglesia desde sus primeros tiempos, incluso hasta el siglo XIX (175). Pero, en todo caso, no es que se protegiese, en primer término, el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo, como parece pretender hoy el criterio del plazo —el derecho a tener los hijos que desee—, sino porque, pura y simplemente, en Roma, tanto antes como después de la influencia cristianizadora, antes de los días precitados discriminatoriamente para varón y mujer se entendía que no había vida humana por no haber penetrado el alma en el cuerpo de aquéllos (176).

Hemos querido dejar patente que en Roma, en su distintas épocas, no existió una verdadera protección del *nasciturus*, sin que ello supusiera el dejar de reconocerle ciertas expectativas para el caso de su nacimiento, al modo como se hace hoy en el artículo 30 del Código Civil. No se da, sin embargo, en la actualidad una discriminación como sucedió en Roma respecto de los *conceptus ex iustis nupciis y vulgo conceptus y honestiores y humiliores*. Pero tales expectativas, que no trascendían del ámbito privado, no supusieron nunca protección directa del *nasciturus*, que no fue considerado como sujeto de derecho ni siquiera en la época justiniana (177).

(173) Ver BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 115. El derecho al aborto tiene que prescindir del feto como algo digno de protección jurídico penal (Cfr. CUERDA RIENZI: *ob. y rev. cits.* p. 356).

(174) Ver *Bundesverfassungsgericht*, *cit.*, p. 211. Confr. RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. y rev. cits.*, p. 95; CEREZO MIR: *La regulación del aborto*, *cit.* en ADPCP, 1982, p. 574.

(175) Ver NARDI: *ob. cit.*, pp. 181, 264, n. 158, 579, 580, 637 y 682; *idem*. TOCCI: *ob. cit.*, p. 25 «nonagesimo die in femina, in masculo vero die quadrigesimo, ita Plinius». Ver además, GRAVEN, Philippe: *ob. cit.*, p. 295, n. 8. Ver *Bundesverfassungsgerichts*, p. 201.

(176) Ver NARDI: *ob. cit.*, p. 579.

(177) Cfr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 16; JONKERS: E. J.: *La législation de Justinien et*

Cierto que por influencia de la Iglesia y particularmente con los emperadores cristianos se debilita el poder del *pater familias*, produciéndose entonces una cierta confluencia de derechos entre los del padre, verdadero portavoz de derechos en Roma, que no la madre, y los del *nasciturus*; más, en todo caso, nunca se consideró equiparable el aborto al homicidio, ni siquiera después de la cristianización y aun habida cuenta de la influencia de las ideas de los padres de la Iglesia, salvo en el caso de la muerte de la madre como consecuencia de las prácticas abortivas. Es más, como hemos podido apreciar (178), cuando el aborto fue objeto de sanción pública a partir de Septimio Severo, aun dando por sentada la certeza —cuestión, sin embargo, todavía discutible— de las fuentes directas, el aborto no es reprimido en cuanto ataque a la vida del producto de la concepción, sino en cuanto ataque a la institución del matrimonio, a la potestad paterna y a los derechos de los esposos a la progenitura, aparte consideraciones demográficas (179). El feto sigue siendo víscera de la madre y los derechos de ésta en el supuesto de ser considerados, se protegen, si acaso, en cuanto no se opongan a los derechos del marido. El consentimiento operante es el del marido o el padre, no el de la mujer. En todo caso, cabría hablar de consentimiento de la mujer siempre que no exista oposición paterna.

En la actualidad, sin embargo, cualquiera que sea la fundamentación o basamento de que se parte en orden a la interrupción del embarazo, sea de la protección del feto por sí mismo o a través de la comunidad (180) o de la dignidad o libre ejercicio del derecho a la maternidad (181), es dominante la tesis que se centra pre-

la protection de l'enfant à naître, V.C. I, 1947, p. 242; NARDI: *ob. cit.*, pp. 605 y ss. Respecto de *honestiores y humiliores*, ver el mismo: *ob. cit.*, pp. 435 y ss.

(178) Ver *ut supra* II. 1. D, y nota 61.

(179) TOCCI: *ob. cit.*, p. 15; ZUCCALÀ, G.: *Voce «Aborto» b) diritto penale*, en *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, p. 128; NARDI: *ob. cit.*, pp. 413-14. La mujer que voluntariamente abortase debía ser enviada al exilio temporal *ut temporali exilio coerceatur*, pero el fundamento estaba en la preocupación de reforzar la tutela al marido no consentido *<indignum enim videri potest impune eam maritum fraudasse>*. Se encuentra siempre como justificación de la pena impuesta el hecho de que la mujer ha privado al padre de sus descendientes. El derecho romano —dice DESMEULLES: *ob. cit.*, p. 26— «consideraba el *fetus* como *pars viscerum matris*, cuya destrucción lesionaba los derechos del *pater familias*. El feticidio fuera del matrimonio no parece fuera mencionado. (La opinión general parece considerar impune el aborto cometido con su consentimiento por la madre ilegítima o con el consentimiento del marido (Ver para un análisis general de la doctrina romanista NARDI: *ob. cit.*, p. 304, nota 4). En definitiva, el aborto punible viene concebido en Roma como frustración de la esperanza legítima del marido, como una ofensa a éste al impedirle tener descendientes.

(180) Cfr. ARROYO ZAPATERO: *Problemática Constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo*, en *Jornadas II*, cits., p. 83; BAJO FERNANDEZ: *ob. cit.*, p. 123, distingue no muy claramente entre bien jurídico *nasciturus* y sujeto pasivo comunidad.

(181) Ver CUERDA RIEZU: *ob. y rev. cit.*, p. 357.

ponderantemente en la protección del *nasciturus*, o al menos pretende no desprotegerlo, aunque por lo que se refiere a la comunidad o a la libertad de ejercitar su derecho a la dignidad la cuestión resulta doctrinalmente discutible (182) y plantea el problema de si una reforma basada primordialmente en estos criterios no servirá, prácticamente, de modo exclusivo a los intereses de la embarazada (183).

Una reforma que pretenda responder de forma justa a las exigencias del Tribunal Constitucional y a una verdadera solución de las indicaciones debe estar orientada fundamentalmente a la protección del feto, más o menos directamente, por más que se discuta hoy acerca de su titularidad, aunque ésta sea rechazada por el Tribunal Constitucional contra la opinión de un sector doctrinal (184), titularidad que fue negada también en Derecho romano incluso en la época justiniana y a pesar de la influencia de la doctrina de la Iglesia que siempre equiparó el *nasciturus* con el ya nacido (185).

Hemos considerado que de modo distinto a lo sucedido durante las diversas épocas del Derecho de Roma, en el ordenamiento jurídico vigente, la vida del *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido, esto es, digno de tutela (186). Y si bien el modelo de que parte la reforma se centra preponderantemente en la protección del *nasciturus*, lo que es coherente con la solución de las indicaciones, ello no significa que la vida del producto de la concepción deba prevalecer incondicionalmente frente a la vida, salud o incluso dignidad de la mujer, en su caso, pues, junto y frente al valor de la vida de aquél ha de reconocerse la dignidad de la persona, vinculada al libre desarrollo de su personalidad (187). Y sin que tampoco los derechos de la mujer hayan de prevalecer o tener siempre la primacía sobre la vida del *nasciturus*. Deben ambos derechos armonizarse y delimitarse. Y ha de ser igualmente precisado y formulado de manera clara cuándo y en qué condiciones uno de los dos debe prevalecer ante una

(182) Ver RODRÍGUEZ MOURULLO: *ob. y rev. cits.*, p. 96.

(183) Ver HIRSCH, H. J.: *Interrupción*, cit., p. 50.

(184) Ver NORELLI, G. A.: *L'aborto come reato*, en «L'aborto. Aspetti medicolegali della nuova disciplina», Milano, Giuffrè; 1979, pp. 15 y 17; *idem*. COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU: *Derecho penal*, P.E. cit., p. 555, quienes consideran titular y sujeto pasivo del delito al «*nasciturus*».

(185) Cfr. TOCCI: *ob. cit.*, p. 16; *idem*. NARDI: *ob. cit.*, p. 608 y ss., nota 66; JONKERS: *ob. cit.*, p. 242.

(186) Ver CEREZO MIR: *La regulación*, cit., ADPCP, 1982, p. 575; ROMEO CASABONA, C.: *El médico ante el derecho*, Madrid, 1985, p. 36. Confr. en relación a la República Federal de Alemania al parágrafo 2, Abs. 2 Satz 1 GG, *Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 205-6.

(187) *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 210; sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, fund. 8 (B) (1985-49 RI-38). Ver también, LANDROVE, G.: *La tímida despenalización del aborto en España*, en *Estudios penales y criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1987, p. 210.

situación de conflicto. Por consiguiente, no se puede, sin más, destruir la vida del *nasciturus* sin una motivación justificada, dado que el legislador, a tenor de la normativa constitucional, tiene una responsabilidad cual es la de proteger dicha vida, incluso dentro de los tres meses a que hace referencia el criterio del plazo, y a partir de la «anidación» como ya se demostró (188).

Si el *nasciturus* fuese considerado como *pars viscerum matris*, como en Derecho romano, la interrupción quedaría dentro del ámbito privado que estaría prohibido invadir penalmente al legislador. Pero el *nasciturus* es un ser humano autónomo, y la interrupción de su vida, por su dimensión social, necesita de la intervención estatal, pública (189).

Pero si la vida en formación —contrariamente a lo sucedido en Derecho romano— es un bien jurídico digno de protección —como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, su destrucción no puede depender del libre antojo del particular, sino que debe concurrir una motivación no ya sólo a partir de los tres meses o noventa días (190) del embarazo, sino desde el mo-

(188) Ver *supra* II, 1.B. Vid., además, *Bundesverfassungsgericht*, cit. p. 216. En relación a la anidación, ver LÜTTGER: *ob. cit.*, p. 49.

(189) *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 290.

(190) En 1974 (5.^a Ley para la reforma del Derecho penal en la República Federal de Alemania) se estableció (1^a modif. del parágr. 218 StGB) que la interrupción del embarazo llevada a cabo por un médico y con el consentimiento de la embarazada quedaba impune cuando no hubieran transcurrido más de doce semanas (*Fristenlösung*) desde la concepción. Aceptándose, además, la indicación eugénica hasta las 22 semanas y la médica durante todo el tiempo del embarazo (*Indikationemlossung*). El sistema del *Fristenlösung* fue admitido en el *Alternativ Entwurf* hasta tres meses. El sistema de plazos no prosperó, como es sabido, debido al fallo del *Bundesverfassungsgericht*, en 1975, que decidió que la 5.^a Ley para la reforma del Derecho penal era nula y no estaba en concordancia con la Ley fundamental de Bonn (Constitución de la República Federal de Alemania), como se ha visto con anterioridad. La Ley federal austriaca de 23 de enero de 1974 que entró en vigor el 1 de enero de 1975 y que modificó los artículos 96 a 98 del StGB establece en el artículo 97 la impunidad de los hechos previstos como aborto en el artículo 86, cuando la interrupción de la gravidez es realizada por un médico dentro de los tres primeros meses después del comienzo de la gestación. Ley francesa de 17 de enero de 1975 que modificó el artículo L. 162-1 del *Code de la santé publique*, precisó que la interrupción del embarazo en las condiciones que señala debía ser practicado antes de la décima semana de embarazo; después de este tiempo el aborto sería punible. La Ley francesa no ha llegado a adoptar la posición de la Corte Suprema de los Estados Unidos que en 1973 ha reconocido a toda mujer el derecho de abortar dentro de los seis primeros meses de embarazo. Y el artículo 4 de la Ley italiana de 22 de mayo de 1978 autoriza la interrupción del embarazo dentro de los primeros noventa días, si bien sobre la base de que la mujer en la que concurren circunstancias por las cuales la prosecución de la gravidez, el parto o la maternidad comportarían un serio peligro para su salud física o psíquica, en relación a su estado de salud o a sus condiciones económicas, sociales o familiares o a las circunstancias en que haya sobrevivido la concepción o a previsiones de anomalías o malformaciones del concebido si se dirige a un consultorio público establecido en el sentido de la Ley o a una institución socio-sanitaria habilitada o a un médico de su «difusión». ARROYO ZAPATERO: *Prohibición del aborto y constitución*, cit., p. 80, estima que el sistema italiano merece ser considerado como un sistema de plazo más que de indicaciones, ya que dentro de los noventa días es la propia mujer la

mento de la «anidación», pues lo contrario equivaldría a una absoluta liberalización del aborto que vendría a coincidir con el ideal de las nuevas corrientes feministas en su deseo ilimitado de autodeterminación, al menos durante el tiempo establecido por el citado criterio y por consiguiente en una desprotección del feto; pues la solución de los plazos no se basa en la hipótesis de que dentro del plazo exista ningún bien jurídico (191). Frente a la solución del plazo el Tribunal Constitucional adopta el criterio de las indicaciones, en cuanto acepta que la vida del *nasciturus* está incorporada a los derechos fundamentales del hombre, deduciendo de aquí la obligatoriedad por parte del Estado de conceder protección también penal al *nasciturus* (192). Tales motivaciones aparecen en el Derecho español en 1985, cuando concurren algunas de las indicaciones establecidas en el artículo 417 bis, ya referidas, del Código Penal; pudiéndose afirmar que el legislador ha seguido en esta materia el criterio de la regla excepción. La regla es la prohibición del aborto doloso, que no culposo, salvo el caso del artículo 412 del Código Penal. La excepción es su licitud en los supuestos autorizados, y ya mencionados, por la Ley.

que valora su situación. Creemos que más bien debe considerarse lo contrario, es decir, que se inclina al sistema de indicaciones aunque en un sentido de cierta amplitud al recoger la indicación social y de cierta restricción al referirla a la salud física o psíquica de la madre (ver NOUVOLONE: *ob. cit.*, pp. 26 y ss.; *idem*. GORSO, C. F.: *Interruzione volontaria della gravidanza*, en II Jornadas, *cit.*, pp. 45-6).

(191) Confr. v.g. GIMBERNAT, E.: *Por un aborto libre*, Despenalización, *cit.*, p. 35 y 37; MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, *cit.*, p. 83; ver además, aunque con razonamientos más estrictamente jurídicos que biológicos, ARROYO ZAPATERO: *ob. cit.*, en *Despenalización*, *cit.*, al afirmar que se trata de un bien jurídico de la comunidad y no de un bien jurídico individual de titularidad atribuida al propio *nasciturus* o a la mujer, solución que nos parece ingeniosa, pero que no podemos compartir, por lo expuesto *ut supra* II, 1, B. *Notas* 48-56 y 69. Habida cuenta de que en las primeras doce semanas tiene lugar el mayor número de interrupciones de embarazos, surge así un cuadro en que puede considerarse que existe una quasi completa liberalización penal de la interrupción de la gravidez (Cfr. ROXIN: *Das Abtreibungsverbot des da* 218, p. 185).

(192) Ver sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, fundrms. 4 y 5 a), b) y c) 7 y 8 incluyendo junto al valor vida humana la dignidad como valor espiritual inherente a la persona. Y el Tribunal Constitucional de Karlsruhe había dicho que «toda existencia humana supone dignidad» y no es importante si el titular es o no consciente de esta dignidad; la capacidad potencial implícita en el comienzo de la vida humana sería suficiente para fundamentar la dignidad humana. Por consiguiente, no sería necesario dilucidar la debatida cuestión de si el *nasciturus* es titular del derecho fundamental o si, por el contrario, a causa de la falta de capacidad jurídica concerniente a los derechos fundamentales, esté protegido «solamente» por las normas objetivas de la Constitución (GG) en su derecho a la vida (ver *Bundesverfassungsgesetz*, *cit.*, pp. 209-9). Según jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional Federal los derechos fundamentales no contienen solamente derechos subjetivos de defensa de los particulares contra el Estado, sino que incorporan al mismo tiempo un orden objetivo de valores que tienen fuerza de decisión jurídico constitucional fundamental para todas las ramas del derecho. La obligación de tutelar la vida en formación se deduce del contenido jurídico objetivo de las normas sobre los derechos fundamentales. Ello no significa, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, que la protección haya de revestir carácter absoluto, pues como sucede en todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones (fund. 8 de la sentencia).

Por consiguiente, el legislador ha adoptado el criterio de las indicaciones frente al de los plazos, siquiera sea en forma relativamente restringida en comparación con otras legislaciones (193), planteándose, por ello, sobre todo, el problema respecto de la inclusión y en qué condiciones de la llamada indicación social y económica, junto con la cuestión relativa a las garantías médicas, informes, centros de orientación y asesoramiento, posibilidad práctica de la interrupción, así como otros problemas de objeción de conciencia por parte del médico, fecundación in vitro, etc., que no es posible examinar aquí dada la índole de este trabajo, y que, como es obvio, además no se plantearon en la sociedad romana ni proceden a los efectos de hacer un análisis comparativo sobre determinados supuestos concretos. Unicamente cabe decir respecto de la objeción de conciencia que el problema no ha sido tratado dentro del Código Penal y que, en principio, un médico que por motivos éticos o religiosos, políticos o de otro carácter no deseé llevar a cabo una interrupción de embarazo no puede ser obligado a ello, salvo en el caso de que se trate de una indicación exclusivamente terapéutica. En tal caso, y si ello es necesario para evitar un peligro para la vida o salud de la embarazada, el médico deberá colaborar en la interrupción, pues de otro modo, el primero puede ser sancionado como autor de un delito de omisión de socorro (194).

La discusión se plantea hoy en relación a aquellas situaciones constitutivas de graves conflictos personales ocasionados por el embarazo que conduciría a un estado de angustia (*detresse*) o desamparo, a la vista de determinados factores familiares, sociales y económicos e imposible de apartar con los medios disponibles o, en todo caso, la extensión que habría de darse a esta indicación (195).

No ha sido misión de este trabajo abordar a fondo los difíciles problemas que plantea la regulación y tratamiento penal de la temática de la despenalización de la interrupción del embarazo, sino realizar un examen comparativo entre los diversos sistemas actualmente vigentes.

(193) De tímida la califica LANDROVE, G.: *La tímida despenalización del aborto en España*, en «Estudios penales», cits., pp. 189 y ss., y de conservadora moderada, VIVES ANTÓN, T.: *Valoraciones ético sociales y jurisprudencia constitucional; el problema del aborto consentido*, «Rev. esp. de Derecho constitucional», 1985, p. 122, fundamentalmente porque no da cabida a la indicación económica social, al modo de otras legislaciones como la alemana federal o italiana, si bien en ésta tal indicación es más restringida y referida a la salud de la embarazada (art. 4 de la Ley de 1978).

(194) Cfr. COBO CARBONELL: *Derecho penal*, cit., P.E. p. 572-73, si es funcionario público con aplicación del CP 194. En relación a la objeción de conciencia, tratada adecuadamente en la legislación italiana de 1978, ver D'AMBROSIO, V.: *la coscienza «obiezione di coscienza» nell'interruzione volontaria della maternità*, II Jornadas, cit., pp. 95 ss. El derecho a la objeción de conciencia debe conciliarse, dicen COBO DEL ROSAL-CARBONELL: *ob. y p. cit.*, con el de la mujer embarazada a hacer efectivo el aborto. Ver Real Decreto de 21 de noviembre de 1986.

(195) Ver SSCHULTZ, H.: *La reforme suisse de l'interruption de la grossesse*, «Rev. de sc. crim.» cit., p. 262-63.

tes con especial referencia al seguido en nuestro Derecho positivo después de 1985; y el tratamiento jurídico del problema, en sus diversas etapas, en el Derecho romano, procurando sobre todo disipar algunos de los equívocos que hoy desafortunadamente todavía permanecen, produciendo una distorsión en los planteamientos doctrinales, tanto en orden a la protección/desprotección del *nasciturus* como de la fundamentación de la interrupción del embarazo en la autodeterminación de la mujer. No obstante, y partiendo del sistema de indicaciones, mantenido por nuestro legislador en el artículo 417 bis del Código Penal, no hemos podido ni debido renunciar a realizar, al menos, un breve análisis del mismo, así como de la problemática de la protección jurídica del *nasciturus*, aunque sin dejar de poner de relieve las comparaciones con las motivaciones que de hecho existieron en derecho romano no obstante la desprotección en el plano penal del *nasciturus* y la relativa libertad en la interrupción del embarazo, pues sin el consentimiento del padre/marido, el aborto, especialmente a partir de una determinada época, como repetidamente se ha espuerto, podría ser punible.

No es tampoco principal misión de este trabajo adentrarnos en el dificultoso problema de analizar, y menos con profundidad, aquellas situaciones que puedan ser objeto de la llamada indicación social o económica, que sólo hemos podido esbozar comparativamente, ya que también en Derecho romano se planteó, aunque, como es obvio, no con la intensidad que actualmente. Pero no hemos podido dejar de constatar que de *lege data* los casos considerados como más graves y conflictivos y que, en general, se refieren a conflictos personales (196) conducentes a situaciones de *detresse* (angustia o desamparo en la persona encinta, e imposible de evitar por otros medios menos perjudiciales), podrían ser subsumibles en el artículo 417 bis, número 1 del Código Penal. En realidad se trataría de una indicación mixta médico-social (habida cuenta de su repercusión en la salud, prevalentemente psíquica de la madre), y sobre la base de la influencia en la misma del entorno social; lo que no excluiría la aplicación, en su caso, del artículo 8.^º número 7 del texto punitivo fundamental en aquellas situaciones de necesidad producidas como consecuencia y relativas al entorno social o familiar de la mujer (197).

De *lege ferendae*, y en el plano político criminal, tales situaciones extremas podrían constatarse legalmente, si bien convenientemente precisadas y delimitadas —con particular referencia a la incidencia de

(196) HIRSCH, H. J.: *Interrupción voluntaria..., cit., rev. cit.*, p. 47.

(197) BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 130. Ver BRUGGER, Ll. M. Winfried: *Abtreibungen Grundrecht oder Verbrechen? Ein Vergleich der Urteile des United States supreme Court un B Verfg*, NJ, p. 896 y ss., quien comparando las diversas sentencias de los Tribunales (TC alemán de Karlsruhe, y Corte Suprema de USA, caso *J. Roe*) niega que la decisión de la mujer de interrumpir el embarazo sea un derecho constitucional.

las condiciones sociales o familiares sobre la salud de la gestante, pudiéndose incluir junto al prevalente consentimiento de la embarazada el asentimiento del marido, en su caso, en forma más o menos análoga a lo requerido en la Ley italiana de 1978 (198). Todo ello de acuerdo con las últimas experiencias sociológicas y jurisprudenciales para evitar ambigüedades y desigualdades jurídicas desacordes con las valoraciones ético-sociales mantenidas por el ordenamiento jurídico y orientadas —contrariamente a los planteamientos del Derecho romano, que, como sabemos, lo consideró como «*pars viscerae*»— a la protección del *nasciturus* (199). Lo importante es evitar la inseguridad y arbitrio a que puede conducir la ambigüedad e imprecisión o la amplitud de esta causa, como ha ocurrido en otras legislaciones, especialmente en la legislación de la República Federal de Alemania, donde la llamada «situación de necesidad» o emergencia en que se incluye la indicación social no responde a las exigencias de la Sentencia del Tribunal Constitucional de Karlsruhe, orientada fundamentalmente a la protección del feto, sirviendo en la práctica, como ha señalado ya reiteradamente la doctrina científica, exclusivamente a los intereses de la embarazada (200). Tal imprecisión y ambigüedad, en este punto, en una futura reforma de nuestro Derecho positivo, sería aparte de éticamente reprobable contraria a la fundamentación jurídica formulada en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 (201).

De otro lado, son de particular interés las experiencias obtenidas en otros países respecto de los centros de orientación y asesoramiento, si se pretende prestar ayuda social a la embarazada, especialmente en aquellos casos en que tal ayuda permita la prosecución del embarazo y para que ésta sea suficientemente eficaz, particularmente en relación a los conflictos psico-sociales (202). Tales consultorios deben

(198) Confr. NUVOLONE, P.: *ob. cit.*, en *II Jornadas*, cit., pp. 26-27. Ver artículo 4 de la Ley italiana de 22 de mayo de 1978.

(199) El derecho de la mujer al libre desenvolvimiento de la personalidad requiere, sin duda, reconocimiento y tutela pero no es un derecho limitado, lo limitan los derechos que el ordenamiento jurídico y la ética social otorgan y conceden a la vida del *nasciturus* (ver *Bundesverfassungsgericht* cit., pp. 209-10). Ver sentencia Tribunal Constitucional, cit., fund. 9.^º

(200) Cfr. HIRSCH, H. J.: *Interrupción*, cit., rev. cit., p. 50.

(201) El Tribunal Constitucional en la sentencia de 11 de abril de 1985 alega como fundamento contra los recurrentes, que aducen la imprecisión de los supuestos previstos en el Proyecto, que aquéllos, aunque contengan un margen de apreciación, no se transforman, por ello, en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica y eliminan el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación (ver fund. núm. 10) contrariamente al caso de «especial necesidad» de la legislación alemana después de 1976 que según, GÖSSEL, K. H.: *ob. y rev. cits.* conduce a la práctica impunitud del aborto, pues al no definirse exactamente este término se corre el peligro de estimar que esta situación se da en todo embarazo» (p. 142).

(202) Ver párrafo 218 bis b) del Código penal alemán federal. En nuestro derecho no es requisito para la exención del aborto la información a la mujer embarazada, si bien, la disposición final de la Orden de 31 de julio de 1985 establece que «los

contribuir a que la mujer pueda superar las causas que podrían inducirla a la interrupción de su gravidez (203). Y es curioso observar cómo en determinadas legislaciones, como v.g., la italiana de 1978, se tiene en cuenta la voluntad o consentimiento del padre, pero tan sólo en el sentido de que puede ser escuchado y la ayuda requerida sea motivada por la incidencia de condiciones económicas o familiares sobre la salud de la gestante. El viejo criterio romano del necesario consentimiento del padre o marido para la libre interrupción del embarazo o para su sanción, en su caso, queda eclipsado o reducido en la vigente legislación italiana, pues sólo tiene efectividad en este caso concreto, «siempre y cuando la mujer lo consienta» (204).

La eliminación total del delito de aborto como planteamiento que parte del lema feminista de que «el vientre es mío» otorga primacía al cuerpo de la madre y considera que el feto o embrión es un apéndice corporal de la misma, sin importancia alguna, totalmente dependiente de aquélla y, por consiguiente, eliminable por voluntad de la madre (205). El pretender, por otra parte, como hace algún autor, que hay que prescindir de la consideración de la vida del *nasciturus* como bien jurídico digno de protección (206) supondría el absoluto desconocimiento del valor de la vida humana en discordancia con la protección que el derecho concede al producto de la concepción (207). Existe, por tanto, una contradicción entre la actual pro-

profesionales sanitarios habrán de informar a los solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo y de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle, de las exigencias o requisitos que en su caso sean exigibles». Pero, como pone de relieve BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 134, el incumplimiento de tales disposiciones dará lugar a sanciones disciplinarias o laborales, pero no suponen requisito para la exención de responsabilidad criminal a que alude el artículo 417 bis del Código penal. Ver también, LANDROVE, G.: *La tímida despenalización...* en «Estudios penales», cit., pp. 215-217. Idem. LUZÓN PEÑA, *ob. cit.*, pp. 33-34.

(203) Ver el problema, planteado en sus justos términos en los Proyectos suizos en SCHILTZ: *La réforme du droit pénal suisse...* *cit.*, rev. *cit.*, pp. 263-65. Confr. También ROXIN: *Problemas*, cit., p. 76.

(204) Cfr. NUVOLONE, P.: *ob. cit.*, en «II Jornadas», *cit.*, p. 25.

(205) Ver BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal*, II, P. E. Barcelona, 1986, p. 55.

(206) V. G., CUERDA RIEZU: *ob. y rev. cits.*, pp. 356-58. De «irracional» califica la posición de CUERDA BAJO FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, pp. 115-16. En sentido más o menos análogo a Cuerda se manifiesta QUERAL: *Derecho penal*, P.E. *cit.*, pp. 47-48. Tal posición no me parece sólidamente fundada y menos aún admisible en absoluto en nuestro derecho positivo.

(207) Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 (53/1985 de 11 de abril, BJC, RI 38). La doctrina mayoritaria del Tribunal Constitucional ha sentado que el derecho a la vida (art. 15 CE) «es la proyección de un valor de ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana— y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible», deduciendo de ello el Tribunal Constitucional que «la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el artículo 15 de la CE, «constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional». Cfr., además CEREZO: *La*

tección que el ordenamiento jurídico otorga al *nasciturus* y la falta de protección que, al menos de una forma directa y especialmente en el ámbito punitivo, caracterizó al Derecho de Roma. Lo cual no significó que a *sensu contrario* se otorgase plena protección a la mujer en el aborto provocado con su consentimiento (208), pues el ascenso de aquélla operaría en todo caso siempre que el *pater familiae* no fuese opuesto al mismo, siendo inoperante en caso contrario, salvo cuando se produjese consecuencias funestas para la vida o integridad de la mujer.

De otro lado, el equiparar el aborto al asesinato o asimilarlo grotescamente a la eutanasia (209), excluyendo, además, todo tipo de anticonceptivos, punto de vista éste mantenido por la Iglesia católica en las Encíclicas y disposiciones ya referidas (210) y otros sectores doctrinales y profesionales (211) —que ciertamente reconocen valor

regulación del aborto, cit., ADPCP, 1982, pp. 576-77; ver también COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU: *Derecho penal*, cit., P.E. 2.^a ed., p. 555; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal*, cit., p. 56.

(208) Cfr. TOCCI: *Il procurato aborto*, cit., p. 15.

(209) Ver Documento de la Conferencia Episcopal bajo el enunciado «La vida y el aborto» difundido por dicha Conferencia y publicado en el periódico «El País» de 6 de febrero del mismo año. De «genocidio» califica, v.g., PÉREZ DELGADO, J.: *Aspectos médico-legales del aborto*, en «Rev. esp. de Med. legal», núms. 22-23, 1980, p. 57.

(210) Ver *supra*, I, nota 9.

(211) Ver el artículo de CORREDERA ZAMBRANA, J.: «El aborto y la ciencia médica» publicada en la revista «Tapia», abril de 1983, pp. 27 y ss. En la misma revista «Declaración de la Conferencia Permanente del Episcopado sobre la despenalización del aborto», pp. 2 y 6, y la «Carta Pastoral de Monseñor Guerra Campos» donde se califica al aborto de «homicidio con todas las agravantes», p. 3. Pero la «destrucción del feto» no afecta a una «persona», sino a un embrión y siempre ha sido castigada con una pena mucho menor (Confr. ROXIN: *Problemas*, cit., p. 71). «Lo cierto es —decía QUINTANO: *ob. cit.*, 2.^º ed. p. al día por GIMBERNAT: p. 106— que por unas u otras razones la Ley otorga un *minus valor* a la vida del feto que a la del hombre nacido». Ello no significa —sigue diciendo el citado autor— que el feto aunque no sea persona deje de ser «un ser humano vivo, *spes personae* y no mera *spes vitae...*». La tesis de la prohibición absoluta del aborto predicha, al proyectarse fuera del plano moral, deriva a consecuencias penales tales como las de que el aborto no quedaría nunca excluido ni siquiera por una cosa de justificación, cosa que no ocurre con el asesinato y con los demás delitos en general. Por consiguiente, aun supuesto que el aborto es un delito contra la vida del embrión, el derecho a la vida no es un derecho absoluto. Pensemos en las eximentes de la legítima defensa y estado de necesidad (Confr. CUERDA RIEZU: *ob. cit.*, p. 344). Tampoco se puede equiparar el aborto a la «eutanasia», ni siquiera en el caso de la llamada «indicación eugenésica» que absurdamente se ha llegado a hacer coincidir con la «eliminación de enfermos mentales o de los seres desprovistos de valor vital» de la legislación nazi. Tal indicación, por el contrario se mueve, como bien indica LANDROVE: *La timida despenalización*, cit., en «Estudios penales», cit., p. 228, en el campo de la eugenesia restrictiva, es decir, aquélla que trata de impedir el nacimiento de infelices seres tratados por una carga degenerativa. «Se prescinde en suma —dice el citado autor— de aberrantes planteamientos no demasiado lejanos en el tiempo que incidían en la conservación de la pureza de determinadas razas. Desviaciones que han contribuido a despertar lógicos recelos en la materia. No se trata, pues, de conseguir una raza de superhombres, sino de evitar el nacimiento de seres infelices». Vid., también LUZÓN PEÑA, *ob. cit.*, p. 53. Pero sobre todo, y de acuerdo en este punto con la sentencia del Tribunal

a la vida del feto o embrión, pero lo equiparan a las personas—, desconoce la trascendencia y significado que la norma jurídica otorga al nacimiento, como también el que la protección jurídica nunca es de carácter absoluto, como lo demuestra la necesidad de solución del problema ante una situación de conflicto de intereses entre la madre y el embrión (212). Ya sabemos que en determinadas circunstancias y ante diversas motivaciones la protección, en principio prevalente, del feto debe ceder, siquiera sea con base al principio del interés preponderante o de la no exigibilidad de otra conducta.

B) En resumen, y para concluir, el problema de la interrupción del embarazo parte, como es obvio, de un conflicto de intereses (213). En Derecho romano, salvo los casos de ataque a la vida o integridad corporal de la madre —y prescindiendo de los supuestos de falta de asenso de la mujer en el aborto consentido— se resolvió, no en pro de una supuesta autodeterminación, dignidad o derecho a la maternidad de la madre —como parecía deducirse de los supuestos que actualmente parten como fundamento de determinados movimientos radicales partidarios del derecho al aborto, esto es de que el *nasciturus es pars viscerae matris*—, sino en favor del padre o del marido, en su caso, y en definitiva —prescindiendo ahora de consideraciones demográficas, que no es oportuno examinar aquí (recordemos la poco exitosa legislación del emperador Augusto), pero que prevalecieron en Derecho romano y, en cierto modo, prevalecen en nuestro Derecho en determinados casos y especialmente en relación a la difusión y venta de abortivos (214)— del *pater familias*, cuyo consentimiento era requerido en todo caso.

Constitucional de 11 de abril, cit., se trata de evitar la perturbación de los padres ante la amenaza de dar a luz a un niño anormal. La sentencia citada, fundamenta dicha indicación en que «el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excedería de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia». Es decir, fundada en el principio de la «no exigibilidad de otra conducta». La necesaria gravedad de las malformaciones fetales es, por otra parte, hoy perfectamente detectable a través de muy sofisticados métodos en una fase precoz del embarazo (Cfr. ROMEO CASABONA: *El diagnóstico antenatal...* cit., en «La Ley», pp. 6-8) con una probabilidad rayana en la certeza. Se trata en definitiva de un conflicto de intereses entre la madre y la vida del feto que el legislador ha resuelto en favor de la primera. Pero, además, como indica el último autor citado, se basa en el principio de no exigibilidad de otra conducta a la madre (p. 7), esto es, de soportar las cargas de todo tipo que supondría llevar a cabo el embarazo y tener un hijo con graves anomalías físicas o psíquicas.

(212) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Derecho penal*, cit., p. 55.

(213) Ver BAJO FERNÁNDEZ, M.: *ob. cit.*, pp. 116-20; *idem*. BUSTOS RAMIREZ, J.: *ob. y p. cit.*, *idem*. ROMEO CASABONA, C.: *El método ante el derecho*, cit., p. 36.

(214) Ver artículo 416 del Código Penal. Si bien, —dice RODRÍGUEZ DEVESAS: *Derecho penal*, 10.^a ed. Madrid, 1987 puesta al día por A. Serrano, el texto de este precepto pone de manifiesto que la prohibición no es tan absoluta, ya que expresamente se reconoce la posibilidad de que existan comerciantes autorizados para la «venta» y, por consiguiente, su lícita adquisición y fabricación. Sin embargo, como indica MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, cit. pp. 93-94, la supresión de las referencias a los anticonceptivos no ha cambiado demasiado el sentido originario del precepto, que no es otro que el de proteger más un interés demográfico del Estado que la vida del

Hemos podido apreciar cómo en las primeras etapas del Derecho romano el aborto no era castigado públicamente, aunque podía serlo privadamente, y al arbitrio del pater familias quedaban, dentro del ámbito familiar, las posibles sanciones. Es más, cuando en la época del bajo Imperio el aborto llega a convertirse en delito lo es por consideraciones demográficas o por una supuesta defraudación de los derechos del padre o del marido en sus derechos a la progenitura, y era necesaria la querella de éstos para que la pena pudiera ser impuesta. Incluso las consideraciones demográficas no dejan de ir en cierto modo referidas a los derechos del marido. El Estado quedaba, por ello, también privado de un ciudadano necesario para la defensa.

Por consiguiente, el que el feto fuese sólo parte de las vísceras de la madre no daba derecho a ésta a disponer de su «propio cuerpo» interrumpiendo libremente el embarazo, sino que se requería, como reiteradamente se ha expuesto, no el consentimiento de la madre, sino del padre o marido en el supuesto de que éste no se considerase defraudado en su expectativa sobre los posibles futuros hijos o herederos (215).

En consecuencia, una remisión al Derecho romano en orden al conflicto de intereses nos lleva a concluir que no hubo en aquél una verdadera protección jurídico penal del *nasciturus*, que es *pars viscerarum matris*, pero tampoco una supuesta libertad de autodeterminación de la madre, puesto que se requiere el consenso del *pater familias*, quedando, además, a disposición de éste el ejercicio de las posibles acciones para el supuesto de la punición del aborto consentido. Sólo en el caso de ataque a la integridad de la mujer o en la interrupción realizada sin su asentimiento, juega, en cierto modo, la valoración, si se quiere, de los derechos maternos.

No puede, por tanto, con base en el principio romano de la *portio mulieris* fundamentarse un derecho de autodeterminación de la madre, que no existió en ninguna etapa del Derecho romano; lo que no impidió, sin embargo, el que de hecho el aborto fuese, en general, motivado, ya que, de otro modo, la sociedad romana consideró a aquél en general y salvo ciertos momentos como *malus exemplum*, hasta el punto de que en tiempos de la República fue considerado como acto inmoral, del que se ocupaba el *Censor de buenas costumbres*.

es otro que el de proteger mas un interés demográfico del Estado que la vida del feto, respecto al cual los comportamientos descritos en el artículo 416 no pasan de ser meros actos preparatorios. La tipificación expresa de los anticonceptivos, después de la supresión de tales conductas del artículo 416 del Código Penal, y habida cuenta de su posible inclusión dentro de los delitos contra la salud pública en general, carecía —según el citado autor— de sentido.

(215) La libertad de la madre jugaría tan sólo en relación al aborto producido en ella por terceros sin su consentimiento y haría referencia generalmente, como se ha dicho, a los ataques a su libertad o en tanto en cuanto ésta pudiera a su vez, además, suponer un ataque a su integridad personal, en cuyo caso la sanción al tercero también se impondría con el asenso de la mujer (Cfr. NARDI, E.: *Il procurato aborto, cit.*, pp. 312-13 y 426-27).

bres (216), acudiéndose, además, a los anticonceptivos con preferencia que al aborto (217).

Se ha puesto de relieve, además, cómo en la última etapa del Derecho de Roma y no obstante la influencia del cristianismo en el ámbito moral, familiar y social y la consideración del feto como persona, tal influencia no derivó en una plasmación legislativa, especialmente en el ámbito de Derecho penal. Y el aborto consentido por la mujer siguió contemplándose en función de la *iniuria* que supondría al padre, al ser éste defraudado en sus expectativas sucesorias, sin estimarse como un ataque a la vida del *nasciturus*. La idea de aborto libre, pero en el sentido relativo ya indicado, esto es, con el consenso del marido o del padre y de la no protección directa del *nasciturus* habría de prevalecer hasta la época de los juristas bizantinos (218).

Finalmente, cuando en la futura reforma del Código Penal que se avecina se aborde el difícil problema del aborto, habrá de considerarse que si el primer cometido del Estado es, ciertamente en este punto, impedir la muerte del embrión, tal cometido deberá llevarse a efecto, en primer lugar, mediante el empleo de medidas preventivas de la gravidez —lo que también se consideró en la sociedad romana (219)—, así como de procedimientos más eficaces de promoción social. Es, por otra parte, evidente que la educación sexual, la instrucción sobre los medios anticonceptivos son de una primordial importancia. No se olvide que el aborto es, antes que nada, un problema político-social y sólo en segundo término debe constituir una cuestión jurídico penal (220). Sin embargo, las medidas de asistencia y previsión escapan al poder del legislador penal. Muchas de las dificultades pueden ser superadas con la ayuda de la asistencia social. De aquí la necesidad de los centros de consulta, asesoramiento y asistencia en su caso como ayuda para la mujer embarazada que piense en la interrupción de su embarazo, dotados de medios financieros necesarios y de colaboradores idóneos tanto en el orden médico como social y ético (221). El legislador debe abandonar la inmovilidad reaccionaria tradicional, eliminando los obstáculos para llevar a cabo un correcto asesoramiento y orientación de la embarazada que lo solicite para que pueda superar las dificultades existentes a fin de llevar a cabo su embarazo o, en su caso, para constatar debidamente cada una de las indicaciones que la Ley vigente establece (222).

En último término —como *última ratio*—, las normas penales que tutelan la vida del feto deberán ser aplicadas, si bien el legislador

(216) Ver. TOCCI: *Il procurato aborto*, cit., p. 14.

(217) Cfr. NARDI: *Il procurato aborto*, cit., espe. p. 335 (siglos I y II).

(218) Ver. NUÑEZ PAZ: *ob. cit.*, p. 40. Cfr., además, NARDI: *ob. cit.*, pp. 5635-38.

(219) Cfr. NARDI: *ob. cit.*, pp. 246, 266-67, 335-36 y 445.

(220) Ver. ROXIN: *Desarrollo*, cit., en Rev. cit., p. 264; HIRSCH, *La reforma de los preceptos sobre interrupción del embarazo*, cit., rev. cit., p. 54.

(221) Ver. SHULTZ, H.: *La réforme du droit pénal suisse...* cit., rev. cit. p. 264.

(222) Ver. HIRSCH: *La reforma*, cit., rev. cit., p. 54.

puede y debe considerar todas aquellas situaciones dignas de respeto para la interrupción de la gravidez y en que no se puedan razonablemente exigir a la mujer sacrificios excepcionales (223).

El problema que hoy se plantea a la ciencia penal es el relativo a la procreación que tiene lugar en probetas y, en general, con las nuevas técnicas genéticas, porque la normativa en orden a la interrupción del embarazo supone la anidación en la matriz del óvulo fecundado. Por tanto, mientras el embrión, cualquiera que fuese su etapa evolutiva, se encuentra fuera del claustro materno quedará sin protección jurídico penal. El Derecho vigente manifiesta aquí una evidente laguna legal (224). Esto, como es obvio, no se planteó en el Derecho de Roma. Problemas como el relativo al diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídicas, particularmente en el aborto eugenésico, o el que suscita el de que la Ley no proteja la salud del feto engendrado y procreado en la matriz de la mujer embarazada (225) como lo hace con la vida, siquiera no sea de forma absoluta, son cuestiones básicas que habrán de abordarse necesariamente a la hora de elaborar el futuro derecho penal, pero que no son misión y exceden los límites de este trabajo.

(223) Ver *Bundesverfassungsgericht (Deutsche Bundesrepublik)* en *ob. cit.*, pp. 213-14.

En todos estos casos se impone a la madre unos sacrificios desmesuradamente graves, casi sobrehumanos y que sólo deben ser realizados voluntariamente, pero no forzados bajo amenaza de pena. Como ha repetido la doctrina, el Derecho penal no puede ni debe exigir el heroísmo. En estos casos es evidente que a la mujer no puede serle exigida otra conducta. Limitando la punición a aquellos casos realmente dignos de castigo, o sea, los inmotivados, los necesitados y los menos privilegiados económica y socialmente quedarían excluidos. Con ello, como afirmó ya ROXIN: *ob. cit.*, en *Problemas*, *cit.*, p. 82, el juicio de la sociedad sobre las normas relativas al aborto, normas que en gran parte no motivan, podrá ser modificado, máxime si a todo ello se une el desarrollo de medidas de asistencia y ayuda eficaces junto al desenvolvimiento de una política social adecuada en relación a las medidas anticonceptivas. Nunca se repetirá bastante; la autoridad del Derecho penal gana más con la aplicación, rigurosa de una legislación liberal que con la aplicación liberal de una legislación rigurosa (Cfr. GRAVEN, Philipe: *ob. y rev. cits.*, p. 306).

(224) Ver CUERDA RIEZU, A.: *Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas*, «ADPCP», 1989, D. II, pp. 426-27.

(225) Ver ROMEO CASABONA, C.: *El diagnóstico antenatal*, *cit.*, en «La Ley» julio de 1987, número 1751. CUERDA RIEZU, A.: *Límites*, *cit.*, pone de relieve acertadamente como el delito de aborto no está previsto para los supuestos relativos a la salud del feto engendrado y procesado, pues aquella infracción consiste en la destrucción del feto y aquí se parte del supuesto en el que sólo hay lesiones físicas, psíquicas o genéticas en el feto, y propugna de *lege ferenda* por la creación de un delito que prohíba las lesiones —al menos dolosas— provocadas en el feto durante el embarazo. La cuestión es apuntada igualmente por BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, *cit.*, p. 55. Respecto del problema de la utilización del feto humano con fines de investigación, ver ROMEO CASABONA, C.: *El médico y el Derecho penal*, *cit.*, pp. 30 y ss. Sobre las diversas técnicas de genética humana y su regulación jurídica, particularmente en relación al diagnóstico prenatal, inseminación artificial, fertilización «in vitro» y transferencia de embriones y los problemas que se plantean actualmente, ver ESER, Albin: *Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán*, «ADPCP», número 38, pp. 348 y ss. El tema ha sido objeto de debate en el reciente XIV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal que ha tenido lugar en Viena, en Octubre de 1989.

La doctrina penal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estudio de casos

VELINA ALONSO DE ESCAMILLA

Profesora de Derecho penal de la Universidad de Alcalá de Henares

La Constitución española de 1978, reconoció a todos los españoles una serie de derechos fundamentales y libertades públicas en paralelo a los que ya disfrutaban los restantes ciudadanos europeos, estableciendo además el cauce adecuado para su protección jurisdiccional, que terminaba dentro de nuestro derecho positivo con el Tribunal Constitucional.

Nuestro país había ratificado el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales el 4 de noviembre de 1950, habiéndose incorporado a los convenios del consejo Europeo que admiten la demanda individual contra los Estados miembros el 1 de julio de 1981.

La elección del presente tema, resultaba obvia por varias razones, de la que es principal, nuestra integración en la Comunidad Europea. Es desde entonces, que el Derecho penal cuenta con un nuevo intérprete de nuestra normativa desde un punto de vista comunitario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Desde esa perspectiva, se acomentió el presente trabajo.

La sistemática seguida ha sido la siguiente. Como hubiera resultado tarea imposible acometer el estudio, clasificación y comentario de toda la jurisprudencia del TEDH en materia penal, he elegido varios grupos de sentencias en los hay un tema común de tratamiento, tema que además se contempla en nuestra legislación. Con ello, se permite comparar el tratamiento que se da por el Tribunal Europeo a diversas cuestiones que también plantea nuestro ordenamiento penal.

Los temas centrales elegidos, se han estructurado como sigue: interpretación del término «razonable» respecto del plazo máximo de prisión preventiva o provisional; violación del derecho de libertad física; interpretación de los conceptos de tortura y trato inhumano y degradante; derecho a comunicación desde el establecimiento peniten-

ciario; derecho a la libertad de expresión y diferencia entre el derecho penal y derecho penitenciario.

Por último, me referiré de las dos condenas emitidas por el TEDH contra España, (casos Bultó y Sanders), para comentar su contenido.

Por lo que se refiere a los temas centrales de estudio dentro de este trabajo, las sentencias elegidas han sido las siguientes:

— Sobre la duración de la detención provisional, para que no viole los límites de «razonable» del Convenio, (arts. 5.3, 5.4, 6.1 Y 6.5 del Convenio Europeo). Caso Wemhoff, sentencia de 27-VI-68; caso Neumeister, sentencia de 27-VI-68; caso Stögmuller, sentencia de 10-XI-69; caso Matznetter, sentencia de 10-VI-71; caso Winterwerp, sentencia 24-X-79.

— Sobre la interpretación de los conceptos de tortura y trato inhumano y degradante, (arts. 3.5 y 63.1 del Convenio Europeo). Caso Irlanda contra Reino Unido, sentencia de 18-I-78; caso Tyrer, sentencia de 25-IV-78; caso Campbell y Cosans, sentencia de 25-II-82.

— Sobre el derecho a comunicación desde la cárcel y su secreto e inviolabilidad, (arts. 6.1, 8, 13 y 25 del Convenio Europeo). Caso Golder, sentencia de 21-II-75; caso Klass y otros, sentencia de 6-IX-78; caso Silver y otros, sentencia de 25-III-83.

— Sobre el derecho a la libertad de expresión, (arts. 6.1, 10.1, 14, 18 y 26 del convenio Europeo y 1 del primer protocolo adicional). Caso Handsyside, sentencia de 7-XII-76; caso The sunday times, sentencia de 26-IV-79.

Comenzemos con su análisis. En el caso Wemhoff (ST. 27-VI-68) (1), se sometió a decisión del TEDH si el tiempo que el demandante pasó detenido en la República Federal de Alemania, constituyó una violación del Convenio Europeo, (art. 5.3, «toda persona detenida provisionalmente tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad durante el procedimiento»). La Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH), centro su informe en la interpretación del término «razonable», elaborando los siete criterios siguientes: duración de la detención, naturaleza del delito y pena señalada, efectos personales sobre el detenido, conducta del acusado, dificultades en la instrucción del proceso y modo de llevarlo a cabo por los jueces, considerando su actuación durante todo el proceso. Tras el análisis de los mencionados criterios, la Comisión consideró que se había violado el artículo 5.3 del Convenio. Sin embargo, el TEDH se inclina por una interpretación intermedia del término «plazo razonable», considerando que debe entenderse llega hasta el día en que se haya decidido sobre el fundamento de la acusación, aunque sea solamente en primera instancia. Además el TEDH no hace suyo el método de los siete criterios elaborado por la Comisión,

(1) *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos-Cortes Generales, p. 47 y ss.

entendiendo que se deben examinar los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificar el mantenimiento de la detención. Tras este examen, considera que había razones suficientes para mantener la detención, como la complejidad de los hechos y su investigación, así como la pena severa que correspondería a tales hechos, que hacía plantearse al Tribunal la posibilidad de huída del demandante, con el consiguiente peligro de supresión de pruebas.

El caso Neumeister, (ST. 27-VI-68) (2), tiene su origen en la demanda que presenta éste súbdito austriaco contra la República de Austria el 12 de julio de 1961, habiendo sido encausado el 11 de agosto de 1959 como cómplice de delito de fraude fiscal. El 23 de febrero, el juez ordenó su prisión provisinal, que no fué revocada a lo largo del proceso. La demanda es por violación del artículo 5 del Convenio, demanda que el TEDH estima en parte, por entender violado el artículo 5.3 del Convenio, en la misma línea del informe de la Comisión, considerando, sin embargo, que el artículo 6.1 del Convenio no se ha violado. En los hechos se pone de manifiesto como el demandante gozó de libertad hasta que otro inculpadó le acusó gravemente. Fue entonces cuando el Ministerio Fiscal se opuso a que se condiera un permiso para pasar unas vacaciones en Finlandia, país con el que Austria no tiene convenio de extradición.

El caso Stögmüller, (ST. 10-XI-1969) (3), tiene su origen en la demanda del súbdito austriaco contra la República de Austria interpuesta el 1-VIII-1962, a fin de determinar si la prisión preventiva sufrida había durado más del plazo razonable que espulaba el artículo 5.3 del Convenio, precepto que sólo se refiere a aquellos que se encuentran sufriendo prisión preventiva, a diferencia del artículo 6.1 del Convenio que se refiere a cualquier justiciable. Tanto la Comisión como el Tribunal, consideran que se ha vulnerado el artículo 5.3 del Convenio, aún considerando los motivos alegados por el Gobierno austriaco para denegar la libertad, a saber, peligro de repetición de las infracciones de fuga. Los hechos enjuiciados son los siguientes: el demandante es detenido el 4 de marzo de 1958, manteniéndose esta situación hasta el 21 de abril siguiente en que es puesto en libertad con juramento y sin prestar garantía. Con prioridad, el 18 de agosto de 1961 es llamado a ampliar su declaración, llamamiento que no atiende por encontrarse en Grecia, a donde había acudido en un avión propiedad de su familia. El día siguiente, el Ministerio Fiscal solicita orden de arresto para someterlo a prisión provisional por los siguientes motivos: peligro de fuga, peligro de repetición de infracciones, (ya había cometido otras en 1960 y 1961) y falta de cumplimiento al juramento prestado al ser puesto en libertad, al haber viajado sin autorización. El demandante es nuevamente detenido el 25 de agosto

(2) *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (TEDH). Cortes Generales, p. 67 y ss.

(3) *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (TEDH). Cortes Generales, p. 137 y ss.

de 1961, manteniéndose tal situación hasta el 26 de agosto de 1963, en que es nuevamente puesto en libertad, tras volver a prestar juramento.

La demanda de otro súbdito austriaco, es la base del caso Matznetter, (ST. 10-XI-1969) (4). Su pretensión se basa también en la interpretación sobre el plazo razonable de detención provisional. El demandante fue detenido el 15 de mayo de 1963 y puesto en libertad el 8 de julio de 1965, habiéndosele denegado dos solicitudes de libertad, en base a considerar que existía peligro de fuga, posible supresión de pruebas así como posible repetición de infracciones. La tercera solicitud de libertad fue atendida al presentarse un informe médico que desaconsejaba la permanencia en prisión por más tiempo del demandante. La Comisión en su informe consideró que se habían vulnerado los artículo 5.3 y 6.1 del Convenio, fallando en contra de este criterio el TEDH, que entiende que no ha habido violación alguna, porque en su opinión siempre han subsistido motivos fundamentados para mantener la situación de detención.

Para terminar con este primer grupo de sentencias, nos referimos al caso Ringeisen, (ST. 16-VII-1971) (5), que tiene su origen en la demanda que presenta el súbdito austriaco que le da nombre, detenido el 5 de agosto de 1963, quien solicitó por tres veces ser puesto en libertad, habiéndosele denegado en todas ellas, permaneciendo privado provisionalmente de libertad, en una primera detención, cuatro meses y dieciocho días. El demandante tenía dos acusaciones, una por estafa y otra por quiebra fraudulenta, habiendo solicitado su puesta en libertad en ambos procedimientos, libertad que finalmente fue concedida en ambas por el Tribunal de apelación. La Comisión y el Tribunal consideran infringido el artículo 5.3 por entender que las denegaciones de libertad no contienen fundamentación suficiente. Sin embargo, declaran que no se ha infringido el artículo 6.1 en base a la complejidad del tema. La condena al Gobierno austriaco es el pago de una indemnización.

Del estudio de las anteriores sentencias, podemos sacar las siguientes conclusiones:

— El análisis de lo que deba entenderse por «plazo razonable», es individual, dependiendo de cada caso concreto objeto de enjuiciamiento, así como de las circunstancias personales del sujeto.

— Como consecuencia de ello, el Tribunal rechaza la elaboración de criterios concretos que por parte de la Comisión se proponían, para enjuiciamiento así como de las circunstancias personales del sujeto.

— Como consecuencia de ello, el Tribunal rechaza la elaboración de criterios concretos que por parte de la Comisión se proponían, para enjuiciar todos los casos que se pantearan ante el TEDH;

(4) *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (TEDH). Cortes Generales, p. 159 y ss.

(5) *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (TEDH). Cortes Generales, p. 229 y ss.

— El análisis sobre el «plazo razonable», ha de hacerse extensivo a todo el período de duración de la prisión preventiva.

— Es fundamental el razonamiento que ha de hacerse a cualquier denegación de concesión de libertad provisional, pues ese razonamiento es importante como prueba del Gobierno frete a la pretensión del demandante, prueba que el TEDH valorará en el fundamento de su resolución.

Si trasladamos tales principios informadores de las resoluciones del TEDH en materia de interpretación del plazo razonable de detención a nuestro derecho español, pronto nos daremos cuenta de su inobservancia pues, normalmente, las resoluciones denegatorias de libertad provisional no se fundamentan individualmente, reduciéndose su denegación al laconismo de la fórmula: «no ha lugar...», sin tener fundamentación alguna, no ya referida al caso concreto de decisión, sino siquiera de carácter general para la concesión o la degeneración. Pero hay algo más grave en mi opinión, que incide sobre el contenido del artículo 5.3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales. En nuestro país, hemos estado normalmente preocupados por los plazos de prisión preventiva, preocupación, por otro lado, muy loable pero, que en mi opinión ha estado mal planteada, por entenderse que tal problema debía solucionarse fijando un plazo máximo de prisión preventiva común a toda situación, es decir, sin distinguir tipo de delito, pena asignada a tal ilícito, tipo de delincuente, situación penitenciaria del mismo, etc... (recuérdense las famosas «reforma y contrareforma Ledesma» en materia procesal penal). Como vemos tal solución no es compartida por el TEDH, por no contemplar el caso concreto y la situación personal particular.

Por los que se refiere a los preceptos que contemplan esta materia, el artículo 17 de nuestra Constitución establece que establece que nadie puede ser privado de libertad, sino su observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y formas previstos por la ley. En cuanto a la detención preventiva, esta lo será por el período estrictamente necesario para llevar a cabo las averiguaciones necesarias, siendo su plazo máximo de setenta y dos horas, para acordar la libertad o, por el contrario para pasar a disposición judicial. Por otro lado, el artículo 26.1 del Código penal establece que no se reputan penas ni la detención ni la prisión preventiva de los procesados, por lo que según el artículo 33 del mismo cuerpo legal, el tiempo de prisión preventiva sufrida durante la tramitación de la causa, se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena. Tres son las situaciones procesales que podemos contemplar, la detención, la prisión provisional y la libertad provisional. Por lo que se refiere a aquella, el artículo 489 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, determinan los supuestos de detención y el 501 establece como la elevación de la detención a prisión se a de hacer mediante el auto. La prisión provisional se regula en los artículo 502 y ss. de la LEC, regulán-

dose los supuestos en que procede en el siguiente artículo 503; por último, el artículo 504 establece los supuestos en que ha declararse la libertad con o sin fianza. Para terminar, el artículo 528 de la misma Ley, establece que la libertad provisional sólo se mantendrá mientras duren los motivos que la hayan ocasionado. El artículo 531 siguiente establece la fijación de la fianza.

Es ahora el momento de referirnos a la última sentencia dictada por el TEDH contra España, caso Sanders (6), porque este caso tiene su origen en la demanda que presenta la sociedad alimentaria Sanders por entender que en la tramitación del procedimiento seguido ante los tribunales españoles, se ha violado el artículo 6.1 del Convenio al haberse sobre pasado ampliamente el «plazo razonable» que establece tal precepto. El asunto comienza ante el Tribunal de primera instancia n.º 9 de Barcelona el 2-V-79. Los autos se declaran, mediante providencia, conclusos para sentencia el 28-XII-81, sentencia que no recae hasta el 17-XII-83, con el reconocimiento de la tardanza, pero, sin fundamentarla en absoluto. Contra dicha sentencia se interpone el correspondiente recurso de suplicación, que no se resuelve hasta el 13-IX-86. Mientras tanto, se ha interpuesto recurso ante el Tribunal Constitucional, a fin de que se conceda amparo a la demanda por violación del artículo 24.2 de la Constitución, («asimismo todos tienen derecho... a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías...»). El Alto Tribunal no consideró infringido, a pesar de todo, dicho precepto, (STC 23-I-85). Tanto la Comisión como el Tribunal consideran violado el artículo 6.1 del Convenio, («toda persona tiene derecho a que su causa sea oída... dentro de un plazo razonable por un Tribunal... que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil...»), en base a la aplicación de los siguientes criterios. En primer lugar, establece que el carácter de razonable, referido a la duración de un procedimiento se ha de establecer teniendo en cuenta las circunstancias de la causa en cuestión, como la complejidad del asunto y el comportamiento durante el procedimiento del demandante y de las autoridades judiciales competentes. En relación con los criterios expuestos, el TEDH estima, siguiendo la opinión de la Comisión, que el asunto Sanders no presenta una dificultad, ni de hecho, ni de derecho especial que justificara su tremenda dilación. Por otro lado, para el Tribunal la participación de la demandante Sanders en la tramitación del asunto ha sido eficaz, sin haber encontrado maniobras dilatorias imputables a la mencionada parte. Sin embargo, tanto la Comisión como el TEDH critican, sobre todo, los períodos durante los cuales las autoridades judiciales permanecen inactivas y que suman un total de tres años y medio, tiempo que no podrían justificar más que circunstancias absolutamente excepcionales que, desde luego, no concurren en el presente caso. La referencia que por parte del Gobierno español se hace

(6) *Affaire Union Alimentaria Sanders, S. A., (16/1988/160/216), Arret, Strasbourg, 7 juillet 1989.*

en su turno de alegaciones, sobre la caótica situación de los tribunales de justicia en España, es tomada en consideración y lamentada por el TEDH que no por ello, justifica el retraso de la justicia española, declarando al Estado Español responsable de tal situación que ha de ser enmendada «...adoptadendo las medidas oportunas...» dado que España es un tratado contratante europeo que ha de velar por el cumplimiento del artículo 6.1 del Convenio. Constatada la infracción de dicho precepto, el TEDH considera la aplicación del artículo 50 en lo relativo a una satisfacción equitativa, («si la decisión del tribunal declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una parte contratante se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se derivan del presente Convenio y si el derecho interno de dicha parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada») que fija en la cantidad de un millon quinientas mil pesetas, más doscientas veinte mil ciento setenta y una pesetas de costas y gastos.

Por lo que se refiere al segundo núcleo de sentencias, aquellas que se refieren al derecho a la libertad física y a la seguridad, en relación con el internamiento, tenemos en primer lugar los casos Wilde, Ooms y Versyp, (ST 18-VI-71) (7), que giran en torno a la situación o estado de los vagos o vagabundos y su derecho a la libertad física. Según el derecho belga, solo se podrá internar al vagabundo en situación de ociosidad, embriaguez o costumbres desordenadas. A tenor de los dispuesto en el artículo 5.4 del Convenio, toda persona privada de libertad por detención o internamiento, tiene derecho a un recurso ante un órgano judicial, para que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad o incluso para que ordene su puesta en libertad, si esta detención fuera ilegal. El TEDH examina si el juez de paz tiene tal carácter para dar cumplimiento al artículo 5.4, y concluye que efectivamente lo tiene porque es un órgano judicial, pero que, sin embargo, el procedimiento no es el adecuado porque no cuenta con unas garantías comparables a las del procedimiento penal. Ello quiere decir que no se da cumplimiento al artículo 5.4 del Convenio, puesto que la resolución del juez de paz debería haber podido ser recurrible. Por lo que se refiere al artículo 4 del Convenio, que contempla la prohibición del trabajo forzado y obligatorio, la Comisión opina que el trabajo a que se les obligó no estaba justificado, por lo que vulneraba el antedicho artículo 4, mientras que el TEDH contradijo tal opinión, entendiendo que no se había vulnerado el artículo en cuestión.^{último} y por lo que se refiere al artículo 8 del Convenio, sobre control de la correspondencia y derecho a su inviolabilidad, la Comisión lo entiende vulnerado, mientras que el TEDH no. Vayamos con los hechos que motivan estas tres demandas. En el ca-

(7) *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (TEDH). Cortes Generales, p. 195 y ss

so De Wilde, el súbdito belga que da origen a la presente demanda, se presenta en Comisaría el 18 de abril de 1966 para comunicar, que ha buscado sin éxito trabajo y que tampoco tiene dinero. Se considera que éste sujeto estaba en estado de vagancia y por ello, lo retienen. El 19 de abril siguiente, resolviendo en juicio contradictorio y público y según la Ley de 27 de noviembre de 1891 para la represión de la vagancia y mendicidad, el Tribunal de policía, lo pone a disposición del Gobierno, para ser recluido en un hospicio durante dos años. Su detención duró aproximadamente siete meses, pues, fue liberado en octubre de 1866. De Wilde presenta demanda por prisión arbitraria sin haber cometido infracción alguna y por obligación de trabajar por una cantidad irrisoria y bajo amenaza de sanción disciplinaria. Por lo que se refiere al caso Ooms, se trata de otro súbdito belga que se presenta en la Comisaría el 21 de diciembre de 1965 con la finalidad de ser considerado vagabundo porque no tiene medios de subsistencia y su madre ya no puede hacerse cargo de él por más tiempo. Anteriormente, había sido condenado como vagabundo. El tribunal de policía lo pone a disposición del Gobierno, para su internamiento en un asilo. A los cinco meses, pide su libertad porque sus padres pueden albergarle de nuevo, petición que se le deniega, porque ha de reunir la suma estipulada reglamentariamente como fondo de libertad para los vagabundos internados por tiempo indeterminado a disposición del Gobierno. Fue finalmente puesto en libertad al año de su detención, el 21 de diciembre de 1966. En el caso Versyp, el súbdito belga que le da nombre, se presenta el 3 de noviembre de 1965 en comisaría solicitando alojamiento por una noche. Tras declarar que no tenía domicilio, trabajo, ni recursos, pidió se le enviase a un establecimiento de beneficencia. El tribunal de policía de Bruselas, tras juicio contradictorio y público, lo puso a disposición del Gobierno para su reclusión en un hospicio por dos años. Tres meses después comenzó a solicitar su puesta en libertad, presentando la correspondiente demanda en la que alega la arbitrariedad de su internamiento, la imposibilidad de defensa ante el tribunal de policía y también se refirió a aspectos del régimen sufrido durante el internamiento en el que se había interferido su correspondencia, entendiendo además el demandante que se cultivaba el estado de los vagabundos porque resultaba ser mano de obra barata. Este sujeto recuperó su libertad el 10 de agosto de 1967. el TEDH ha de determinar si el procedimiento seguido ante el tribunal de policía responde a las exigencias del artículo 5.4, estableciendo que la privación de libertad de los demandantes es parecida a la que impone una jurisdicción penal. En ese sentido, ha de gozar de las mismas garantías y en opinión del tribunal no ha sido así, puesto que no han tenido derecho a la defensa ni tampoco se les aplica el Código de procedimiento criminal. Por el contrario, el procedimiento que se ha aplicado es de naturaleza administrativa y, por ello, no presta garantías comparables a las que existen para detenciones en materia penal, pese a que el internamiento de vagabundos, tanto por las condiciones como por la duración, es muy parecida. En opinión del TEDH, esto

no es justificable, ya que cualquier persona merecedora de una sanción de menor duración, incluso disfruta de las amplias garantías que le ofrece el Código de procedimiento criminal, por lo que el Tribunal concluye que no se cumplen las exigencias del artículo 5.4 del Convenio. En su virtud, el TEDH falla advirtiendo que la presentación voluntaria de los demandantes a la policía, no es suficiente para afirmar que no se haya violado el Convenio. Además, en opinión del Tribunal, hay violación de tal artículo 5.4 del Convenio al no haber tenido los demandantes la posibilidad de recurrir judicialmente las resoluciones que ordenaron su internamiento. Por ello, se reserva a los demandantes el derecho a pedir justa reparación por tal vulnerabilidad.

El caso Winterwerp, (ST 24-X-79) (8), tiene su origen en la demanda que presenta el súbdito holandés que la da nombre, por la forma como se llevó a cabo su internamiento en un establecimiento para alienados mentales. Efectivamente, en 1968 por orden del alcalde se le internó. Seis meses después, se le volvió a internar a petición de su esposa, renovándose dicha autorización anualmente hasta 1977. Alega el recurrente vulneración del artículo 5.1.e) del Convenio que establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad, sin que nadie pueda ser privado de su libertad, salvo en los casos y con el procedimiento legalmente establecido incluyéndose tal posibilidad respecto de los enajenados. El TEDH, sin embargo, concluye que tal internamiento fue legal, ya que las pruebas médicas ponían de manifiesto el estado de perturbación del demandante; también mantiene la misma opinión respecto del procedimiento seguido. También alega el recurrente vulneración del artículo 5.4 del Convenio que dispone que toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento, tiene derecho a interponer un recurso ante un órgano judicial para que para que resuelva sobre la legalidad de la medida o por el contrario, sobre su puesta en libertad. El Tribunal entendió que se había vulnerado tal precepto al acordar el alcalde el internamiento, advirtiéndose omisiones en este aspecto que llevan a la conclusión de que el demandante no tuvo ni de hecho ni de derecho las garantías que establece tal precepto. Idéntico pronunciamiento se realiza sobre las diversas resoluciones que ordenaron o autorizaron el internamiento del demandante y que procedían de órganos que no podían considerarse judiciales o que no ofrecían las garantías de un procedimiento de esa naturaleza. Por lo que se refiere a la alegación de vulnerabilidad del artículo 6.1 del Convenio, porque el internamiento sufrido le había privado de su capacidad de administrar sus bienes, suponía que se resolvía sobre sus derechos y obligaciones sin las garantías de un procedimiento judicial según establece el artículo antedicho.

En resumen, la primera dificultad que encontraremos siempre respecto de esta materia, es determinar el concepto de enajenado o enfermo

(8) *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (TEDH). Cortes Generales, p. 579 y ss.

mental, pues, al ser excepción a la regla general, ha de ser forzosamente interpretado restrictivamente y de acuerdo a la opinión médica objetiva autorizada. Sólo así el internamiento será legal y ajustado al artículo 5.1 del Convenio. La segunda cuestión que ha de tenerse en cuenta, es constatar la existencia y posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial para que resuelva sobre la legalidad del internamiento o, sobre la puesta en libertad si tal medida fue ilegal. Por tanto, la exigencia es doble, en el sentido de la intervención del órgano judicial y de un procedimiento judicial con garantías, puesto que si no es así se vulnerará el artículo 5.4 del Convenio.

Nuestro Derecho interno se muestra conforme con las exigencias planteadas por el TEDH en relación con los enajenados. Por lo que se refiere a los presuntos peligrosos sociales contemplados por la Ley de peligrosidad y rehabilitación social y de las medidas de seguridad contempladas en la propia Ley y en el Código penal, evidentemente deberían adecuarse a lo previsto en la doctrina del TEDH en cuanto a contenido, duración, procedimiento, garantías procesales...

En relación con el tercer tema elegido, a saber la interpretación de los términos de tortura y trato inhumano y degradante, tenemos en primer lugar el caso Irlanda contra el Reino Unido (ST. 18-I-78) (9). Este caso tiene su origen en la demanda que presenta el Gobierno de Irlanda contra el del Reino Unido e Irlanda del Norte el 16-XII-76, habiendo declinado la Sala competente en favor del Tribunal en Pleno el 29-IV-76. En síntesis, el objetivo de la demanda es el pronunciamiento del TEDH sobre el alcance de una serie de medidas, poderes o facultades extrajudiciales para detener, encarcelar e internar y su aplicación que, para luchar contra el terrorismo han ejercido en Irlanda del Norte, de agosto de 1971 a diciembre de 1975 como cuestión previa se plantea la siguiente. En primer lugar, el TEDH tiene competencia para conocer de las denuncias no discutidas por el Gobierno denunciado y sobre las de carácter individual. Según el artículo 3 del Convenio no se puede someter a nadie a torturas ni a penas o malos tratos inhumanos o degradantes. Para que los malos tratos vulneren éste precepto han de tener carácter grave, según las circunstancias del caso y de la propia víctima, por lo que, se trata de una cuestión relativa. La sentencia distingue según los distintos lugares, y así establece que:

— Respecto de los centros de interrogatorio no identificados y de las prácticas allí realizadas conocidas como las cinco técnicas: colocación de pie contra una pared, «stress position» durante las identificaciones y de los períodos de algunas horas; escapuchamiento, cubriendo la cabeza de los detenidos con un saco negro o azul; ruido constante antes de los interrogatorios producido por un fuerte silbido; falta de sueño, ya que antes de los interrogatorios no se les permitía dormir y falta de alimento sólido y líquido, ya que durante su estancia en el centro y antes

(9) *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (TEDH). Cortes Generales, p. 369 y ss.

de los interrogatorios, solo recibían una alimentación escasa, el TEDH se pronuncia considerando tales prácticas como tratos inhumanos y degradantes y distinguiendo este concepto del de tortura en base a la intensidad del sufrimiento producido. Tal apreciación fue discutible como lo prueba la existencia de votos particulares.

— «Palace Barracks». En este campamento militar ubicado en las inmediaciones de Belfast, se puso de manifiesto que las autoridades habían producido malos tratos físicos a los detenidos antes y durante los interrogatorios, a fin de hacerles hablar. Tales prácticas fueron igualmente consideradas como tratos inhumanos, pero no tortura alegando el mismo argumento visto con anterioridad.

— Otros centros. El TEDH no ha apreciado ninguna práctica opuesta al artículo 3 del Covenio.

Según el artículo 5 del Convenio, por el que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad y nadie puede ser privado de libertad salvo en los supuestos y mediante el procedimiento legalmente establecidos, el TEDH llega a la misma conclusión sugerida por la Comisión, que las facultades ejercidas en seis condados en materia de privación de libertad no cumplían los requisitos del mencionado artículo.

El artículo 15 del Convenio establece que en caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier parte contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el Convenio, en la medida estricta en que lo exija la situación sin oponerse a las demás obligaciones que resultén del Derecho Internacional, por lo que se establecen como límites a la actividad fiscalizadora del TEDH los siguientes, en primer lugar el Estado contratante es responsable de la vida de su nación y debe determinar si hay amenaza de peligro público y, en caso afirmativo, establecer hasta dónde es necesario llegar para intentar que desaparezca. Dicho poder del Estado contratante, sin embargo, no es ilimitado, sino que el TEDH tiene competencia para resolver si se ha traspasado la medida estricta a la que se refiere el precepto, pues se trata de un concepto jurídico indeterminado. El Tribunal Europeo concluye que el Estado contratante no ha excedido esa medida estricta a la que nos referimos. A continuación en la sentencia se hacen una serie de consideraciones sobre la naturaleza de los compromisos internacionales. El Convenio, a diferencia de los Tratados Internacionales, se sale del ámbito de la mera reciprocidad entre los Estados que lo suscriben. Crea, además de compromisos sinalagmáticos, obligaciones objetivas que gozan de garantía colectiva, pues el artículo 24 del Convenio permite que los Estados contratantes exijan el respeto de dichas obligaciones objetivas. Por ello, el Convenio no se limita a obligar a las autoridades supremas del Estado a que respeten los derechos que ampara, sino que también dichas autoridades tienen que impedir y sancionar la violación a niveles inferiores. Por último, y respecto de la petición de indemnización solicitada al amparo del artículo 50 del Convenio, el Tribunal consideró que no había lugar a aplicarlo en este caso. En sus Fun-

damentos de Derecho la sentencia establece que hasta el 5-II-73, el objetivo perseguido, eliminar el IRA, podía considerarse como legítimo y no parece que los medios empleados fueran desproporcionados. Sin embargo, a partir de dicha fecha, hay un cambio de postura. Las privaciones extrajudiciales de libertad lo serán para combatir el terrorismo como tal y no, solamente, una determinada organización. Por último me referiré a las declaraciones que contiene la sentencia en relación con los distintos artículos del Convenio objeto de estudio:

— Sobre el artículo 3 del Convenio, falla que el empleo de las cinco técnicas, es práctica de trato inhumano y degradante opuesta, por tanto al mencionado artículo, pero, que no constituye tortura. Asimismo falla que no se ha demostrado ninguna otra práctica de malos tratos en centros no identificados de interrogatorio. Que en Palace Barracks hubo asimismo práctica de tratos inhumanos, pero no tortura, así como que no se ha probado ninguna otra práctica opuesta al mencionado artículo en otros lugares. Por último, establece la sentencia como el TEDH no puede obligar al Estado demandado a promover actuaciones penales o disciplinarias contra los miembros de las fuerzas de seguridad que perpetraron las infracciones del artículo 3 que se han comprobado y contra los que las encubrieron y toleraron. El Tribunal falla asimismo que existía en Irlanda del Norte un peligro público que amenaza la vida en la nación en el sentido del artículo 15.1.^º, pero que al aplicar las privaciones de libertad extrajudiciales, ocasionó vulneraciones del artículo 5.1 a 4, pero sin que excedieran de la medida estricta de la situación según el artículo 15.1, por ello el Reino Unido no desconoció las obligaciones derivadas del Derecho Internacional según el mencionado artículo. Falla por último el Tribunal que no se ha probado ninguna discriminación opuesta a los artículos 14 y 5 conjuntamente.

— Sobre el artículo 6 del Convenio, la sentencia declara que no se ha probado ninguna discriminación opuesta a los artículos 14 y 6 conjuntamente.

— Sobre el artículo 50 del Convenio por último concluye, que no ha lugar a su aplicación , en cuanto a la petición de indemnización formulada.

El caso *Tyler*, (ST. 25-IV-78) (10), tiene su origen en los siguientes hechos: el 28-IV-72 en la isla de Man, tres agentes de la autoridad en presencia del padre del chico y de un médico, cumplían una resolución del Tribunal local de menores que condena al adolescente a sufrir tres azotes, en virtud de una ley de 1927, modificada por una posterior en 1960, resolución confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de la isla, ante el que condenado había apelado. Los castigos corporales de jóvenes y adultos fueron suprimidos en 1948 de Inglaterra, Gales, Escocia y en 1968 de Irlanda del Norte pero continúan en vigor en la isla de Man, la cual no forma parte del Reino Unido, pero es una dependencia

(10) *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (TEDH). Cortes Generales, p. 433 y ss.

de la Corona que tiene propio Gobierno, Parlamento, sistema judicial... El problema sometido al Tribunal consiste en saber si el castigo judicial corporal, tal como el demandante lo ha sufrido con arreglo a la legislación de la isla de Man, se opone a lo establecido en el Convenio sobre Derechos Humanos.

Según el artículo 3 del mencionado Convenio, nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. El TEDH comparte la opinión de la Comisión al entender que la pena impuesta al señor Tyrer no era tortura, en el sentido del artículo 3, ni tampoco pena inhumana. Por tanto, la resolución se centra en saber si la pena sufrida fue degradante. El TEDH efectúa un examen de dicha cuestión, llegando a las siguientes conclusiones:

— Las penas judiciales corporales son violencias institucionalizadas, en el presente caso porque se encuentran permitidas por la ley, decretadas por los órganos judiciales e infligidas por la policía.

— Aún cuando el condenado no sufra lesiones físicas graves o duraderas, consiste el castigo en que se le trata como a un objeto en manos del poder público, por lo que en este caso afectó a algo cuya protección figura entre las finalidades del artículo 3 del Convenio, la dignidad e integridad física de la persona.

— No puede descartarse que la pena no haya producido consecuencias psicológicas funestas para el adolescente.

— El TEDH no considera adecuada la imposición de una pena judicial corporal como consecuencia de una acto violento, ya que dicha pena reviste la apariencia de conforme a derecho, ya que se encuentra prevista por la ley e impuesta en virtud de sentencia.

— Se sometió al demandante a una pena en la que el factor de humillación alcanzó el nivel inherente al concepto de degradante que contempla el artículo 3 del Convenio.

Los hechos que motivaron la demanda, en síntesis fueron los siguientes: el señor Tyrer cuando contaba quince años de edad, y habiendo observado con anterioridad buena conducta, el 7-III-1972 se confiesa culpable ante el Tribunal local de menores, de haber agredido a un alumno más antiguo de su escuela y de haberlo herido. Su agresión había tenido como motivo el hecho de que la víctima había denunciado a los muchachos por introducir cervezas en las escuela, por lo cual, se les condenó a recibir algunos bastonazos, condenándose al demandante a recibir tres azotes con una vara de abedul.

El demandante alega especialmente en su defensa:

— Que no cab ningún recurso contra esta violación, en contra de los dispuesto en el artículo 13 del Convenio.

— Que el castigo era discriminatorio en el sentido del artículo 14 del Convenio porque se imponía sobre todo a personas procedentes de los medios económica y socialmente más débiles.

— El demandante solicitaba en su demanda una indemnización de daños y perjuicios, así como la derogación de la legislación impug-

nada. La condena del demandante se fundamentaba en el artículo 56.1 de la ley de 1927, «*Petty Sessions and Summary Jurisdiction Act*», modificada por el artículo 8 de la ley de 1960, «*Summary Jurisdiction Act*». Según el mencionado artículo será castigado al pago de una multa de treinta libras como máximo o prisión que no excederá de seis meses y, además o en su defecto a la pena de azotes («*whipping*»), si fuese un niño o adolescente de sexo masculino, quien agrede a otro o quien emplee lenguaje provocador o se porte en forma que pueda perturbar la tranquilida pública.

El caso *Campbell y Cosans*, (ST 25-II-1982) (11), tiene su origen en las demandas que presentan estos dos súbditos británicos contra el Reino Unido . Por lo que respecta al caso *Campbell*, los hechos son los siguientes, Gordon iba a una escuela católica en Escocia cuando su madre el 30-III-76 acudió a la comisión e inició el procedimiento porque en la escuela se imponían castigos corporales como medida para mantener la disciplina aunque era discutible si estaban sometidos a ella los menores de ocho años. La señora Campbell intentó sin éxito que el Consejo regional correspondiente le asegurara que no se sometería a su hijo a semejante trato. Gordon Campbell permaneció en la escuela hasta julio de 1979, sin sufrir malos tratos. Por lo que se refiere al caso *Cosans*, Jeffrey asistía también al mismo colegio de Escocia. El 23-IX-1976 recibió la orden de presentarse al subdirector para recibir un castigo corporal por una falta cometida, intentar regresar a su casa por un atajo prohibido. Aconsejado por su padre, se presentó, pero se negó a recibir el castigo, por lo que se le prohibió volver al colegio. Sus padres efectuaron sin éxito gestiones ante las autoridades de educación, por lo que Jeffrey no pudo volver a la escuela.

En Escocia, el «*Common Law*» autoriza al profesorado de escuelas públicas y privadas a emplear castigos corporales con moderación como medida de naturaleza disciplinaria. Los castigos corporales consisten en golpear en la palma de la mano con una correa de cuero. En la demanda se alegaba violación del artículo 3 del Convenio, tantas veces aludido, así como del artículo 2.2 que dispone que no se puede negar a nadie el derecho a instrucción, y que el Estado respetará asimismo las convicciones de los padres. En opinión de TEDH dicho artículo se ha infringido por cuanto las convicciones a que se refiere, son las merecedoras de respeto en una sociedad democrática, compatibles con la dignidad humana y que no se opongan al derecho del niño a la instrucción. En el caso de *Cosans*, se ha infringido además de dicho precepto el privar de instrucción a Jeffrey durante casi un año. Por último, el TEDH admite que el mero peligro de tortura, pena o trato inhumano, puede llegar a ser infracción del artículo 3 del Convenio, si tal peligro es real o inmediato.

(11) *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (TEDH). Cortes Generales, p. 773 y ss.

Dicho artículo 3 del Convenio tiene su paralelo en el artículo 15 de nuestra Carta Magna, que prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. Según la doctrina del TEDH, no es la sanción en sí lo único analizable, sino en muy importante medida el conjunto de condiciones o circunstancias de su aplicación, así como su forma de ejecución cuando se trata de analizar si se ha infringido el artículo 3.

En Derecho español los recursos de amparo números 940 y 949 dieron lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional de 21-I-87, relativa a sanciones disciplinarias de aislamiento en celda en establecimientos penitenciarios. La interpretación que nuestro más Alto Tribunal efectuó sobre esta sanción y su naturaleza, lo fue al amparo de nuestra Norma Constitucional y del artículo 3 del Convenio. La sanción de aislamiento en celda, ¿es un trato inhumano o degradante? Según nuestro Tribunal Constitucional, no cabe duda que cierto tipo de aislamiento envuelve condiciones inhumanas, atroces y degradantes, pero el análisis debe hacerse referido al caso concreto del Derecho penitenciario español, donde tal sanción tiene carácter restrictivo y residual respecto del resto de las sanciones, según el artículo 42 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y donde su ejecución se somete a condiciones muy estrictas, como recoge el artículo 43 de la Ley Penitencia y el correlativo 112 de su Reglamento. Concluye nuestro más Alto Tribunal como tal sanción no puede ser considerada como trato inhumano o degradante a la vista de su regulación en nuestro derecho positivo (12).

Por último, conviene señalar como la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio ha introducido en el Código Penal el delito de tortura en los artículos 204 bis. y 421.3 en relación con la nueva regulación del artículo de lesiones.

El siguiente tema de tratamiento se refiere al derecho a comunicar con el exterior desde el establecimiento penitenciario. Tenemos un caso ilustrativo al respecto, el caso Golder, (ST. 21-II-75) (13). Tiene su origen en la demanda interpuesta por el señor Golder ante la Comisión de Derechos Humanos, según el artículo 25 del Convenio. Los hechos que la motivaron son los siguientes: en 1965 se condena al señor Golder por el delito de robo a mano armada a una pena privativa de libertad cuya duración son 15 años. En 1969 se desarrollan en prisión unos graves incidentes tumultuarios y, el señor Golder es identificado por un funcionario como autor de malos tratos, aunque después tal declaración se rectifica. Como consecuencia de dicha denuncia este señor permaneció durante quinientos días en una celda de

(12) Sobre ese tema y en profundidad, *vid.* ALONSO DE ESCAMILLA, A. «Tribunal Constitucional, Sala de conflictos y vigilancia penitenciaria» en el libro colectivo «Fiscales de Vigilancia Penitenciaria», Centro de Estudios Judiciales, 1988, p. 31 y ss.

(13) Boletín de Jurisprudencia Constitucional (TEDH). Cortes Generales, p. 259 y ss.

aislamiento, entendiendo que, además se retrasó la concesión de su libertad provisional como consecuencia de tales incidentes. El señor Golder solicita un permiso del Ministerio del Interior para consultar con su abogado, solicitud que se le deniega, por lo que presenta dos reclamaciones ante la Comisión, una relativa a la retención de correspondencia enviada desde el establecimiento penitenciario, y la siguiente como consecuencia de la denegación del Ministerio del Interior a concederle la autorización para comunicar con su abogado. La Comisión no admitió la primera reclamación por entender que no se habían agotado todos los recursos previos contemplados en la legislación interna, admitiendo la segunda para dictamen por violación de los artículos 6.1 y 8 del Convenio. El TEDH entiende que se limitó su derecho a tutela judicial efectiva, al impedirle comunicar con su abogado.

Por lo que respecta a nuestro Derecho, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema de las comunicaciones desde el establecimiento penitenciario. Efectivamente, la STC de 30 de julio de 1983 resuelve un recurso de amparo de un abogado en ejercicio, al que no se permitió comunicar con su cliente recluido en un centro penitenciario. Nuestra Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), regula el tema de las comunicaciones en el artículo 51. En su apartado 2.^º se establece que las comunicaciones con el abogado se podrán suspender por la autorización judicial y también en los supuestos de terrorismo. En su apartado 5.^º, éste mismo artículo determina que también el director del establecimiento también podrá suspender tales comunicaciones motivadamente, dando cuenta a la autoridad judicial. ¿Cómo han de entenderse estos apartados? Pues entendido que el apartado 5.^º sólo se refiere a los supuestos de terrorismo, en los que pueden interrumpir la comunicación bien la autoridad judicial, bien el director del centro, motivadamente y dando cuenta a la autoridad judicial. Este último requisito no tiene carácter previo, sino que se trata de una notificación obligatoria «a posteriori». Esta ha de ser la correcta interpretación de tal precepto de la ley.

El siguiente grupo de sentencias, se refiere al tema común del derecho a la libertad de expresión, con dos casos históricos como son el caso «Libro rojo del cole» y caso de la talidomida.

El caso Handyside (ST. 7-XII-76) (14), se conoce también como caso del Libro rojo del cole, y tiene su origen en los siguientes hechos: una editorial inglesa publica el libro «The little red schoolbook», de origen noruego y comienza su difusión y venta. Las autoridades británicas registran los locales y confiscan el libro; tras la sentencia del tribunal de apelación, destruyen la matriz y los ejemplares aprehendidos e imponen una multa al editor. Todo el núcleo de la doctri-

(14) *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (TEDH). Cortes Generales, p. 349 y ss.

na del TEDH sobre el caso gira alrededor de la idea central del derecho a la libertad de expresión y su valoración como tal, según el artículo 10 del Convenio. Las ideas centrales de la sentencia se pueden resumir como sigue:

— La libertad de expresión como pilar fundamental de una sociedad democrática, no debe conocer limitaciones ni ser objeto de interferencias por los poderes públicos.

— El artículo 10.2 del Convenio, sin embargo, no concibe el uso de las libertades como derechos ilimitados ya que entiende que las leyes nacionales han de regular el uso de tales libertades, según las necesidades de cada sociedad democrática para defenderla. Tales límites materiales al derecho a la libre expresión son la seguridad nacional, la prevención del delito, el mantenimiento de la autoridad, la protección moral...

— Objeto básico de una sociedad democrática es la defensa de la moral, siendo la ley nacional la más adecuada para definir los límites aceptables por la moral de una determinada sociedad, estableciéndose como condición previa qué medidas condicionadoras del libre ejercicio del derecho de expresión se encuentran recogidas en la ley nacional, pues en aplicación de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, un acto será o no contrario a la moral o al orden público en función del caso concreto.

— La idea central es defender la moral de los jóvenes y los niños.

— Corresponde a cada Estado adoptar, conforme a sus leyes, acciones que tiendan a ordenar el uso de las libertades, estableciendo restricciones, tan solo como medida necesaria para defender una sociedad democrática.

— La sentencia aplica varios criterios jurisprudenciales:

1. La competencia del Tribunal, se extiende a todos los problemas de hecho y de derecho que el caso pueda plantear.

2. La aplicación previa del derecho interno de cada Estado contratante, es principio general que late en todo el Convenio, cuyo contenido tiene carácter subsidiario respecto de los sistemas de garantía de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales establecidas por la legislación de cada país. Además el Convenio reserva a los Estados la competencia de legislar en la materia y confiere a sus órganos un razonable margen de apreciación en la interpretación y aplicación de las leyes.

3. Corresponde al Tribunal juzgar sobre la actuación de los poderes públicos de los Estados contratantes, ponderando el uso que hicieron del margen de apreciación y de las medidas concretas de control e injerencia.

Vamos a referirnos ahora a la influencia que tuvo la sentencia del TEDH, en la de nuestro más Alto Tribunal de 15-X-1982, número 62. Los hechos son los siguientes. Una editorial española publica el libro «A ver», dedicado a educación sexual de niños. Incoado el su-

mario por el delito de escándalo público, el autor es condenado por el Tribunal Supremo. La fundamentación jurídica de la sentencia es la siguiente. El Tribunal Constitucional recoge del Convenio, que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límite a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Tal concepto se ha de encontrar rodeado de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, se produzca una auténtica limitación no justificada en las libertades públicas. Además el Tribunal Constitucional enfatiza, al igual que el TEDH que se proteja a la infancia y juventud, dentro de la protección de la moral. Con cita expresa del caso Handyside, el Tribunal recuerda que la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, por lo que toda formalidad o condición, restricción o sanción impuesta en esta materia, ha de ser proporcionada al fin legítimo perseguido. Concluye nuestro más Alto Tribunal, desestimando los recursos de amparo.

El caso Sunday Times (ST. 26-IV-79) (15), conocido también como el «caso de la talidomida», plantea el derecho a la libertad de expresión y los límites impuestos a tal derecho, en una sociedad democrática por respeto al poder judicial y por los gravísimos problemas que se planteaban en relación con el nacimiento de auténticos monstruos, frutos de la talidomida.

La «Distillers», sociedad farmacéutica británica, comercializó a finales de los años cincuenta, un medicamento con efectos sedantes que contenía talidomida, prescrito para mujeres embarazadas; estas dieron a luz a niños que sufrían malformaciones. Los padres iniciaron acciones legales, demandando a la sociedad farmacéutica, que en muchos casos logró zanjar el asunto mediante transacciones económicas. Mientras, aparecían artículos en la prensa, como el aparecido en Sunday Times, en el que se daba cuenta de las transacciones referidas, calificándolas de grotescas. La sociedad farmacéutica presentó una demanda contra el periódico, alegando que incurría en «contempt of court», al tratarse de un caso que se encontraba «sub iudice». La judicatura inglesa terminó prohibiendo la publicación del artículo, alegando que impedía la administración de justicia imparcial, además de influir en las partes en litigio al estar sometidas a presiones.

El «Sunday Times» presentó una demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, alegando que la prohibición dictada por los tribunales infringía los artículos 10, 14 y 18 del Convenio. La Comisión, en su dictamen estableció que se había vulnerado el artículo 10, pero no el 14 ni el 18. El pleno del Tribunal decidió que efectivamente se había violado con tal prohibición el artículo 10; que no

(15) *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (TEDH). Cortes Generales, p. 501 y ss.

se había infringido, por el contrario, el artículo 14 y que no era necesario examinar el contenido del artículo 18.

Respecto del artículo 10 del Convenio, que establece que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, declarando que el ejercicio de esta libertad se puede someter a las formalidades, restricciones o sanciones previstas por la ley, que sean medidas necesarias para la seguridad nacional, la integridad territorial y la seguridad pública. El TEDH establece que se ha incumplido el artículo 10 del Convenio en la prohibición impuesta por los jueces ingleses sobre la publicación del artículo, pero además en las restricciones impuestas al Sunday Times como consecuencia de la excesiva generalidad e imprecisión del derecho del «*contempt of court*». Por lo que respecta a aquel punto, se concuye que hay una verdadera injerencia por parte de los poderes públicos, que solo se justificaría, como establece el artículo 10.2, cuando tal injerencia estuviera prevista por la ley, pero además cuando fuera necesaria en una sociedad democrática para alcanzar fines legítimos y de interés general. Por lo que respecta a la segunda cuestión, «*contempt of court*» es una institución jurídica propia de los países de «*common law*», que puede definirse, según el informe Phillimore, como un instrumento procesal para impedir un comportamiento de naturaleza obstrucciónista en la administración de la justicia, relacionado con el caso concreto. Se divide en «*contempt in the face of the court*» o desprecio al tribunal en su propia presencia, (lanzar objetos contra el tribunal, insultos...) y «*contempt out of court*» o desprecio por el tribunal fuera de su presencia, (represalias contra los testigos, desobediencia a las órdenes del tribunal o conducta tendente a interferir el curso de la justicia). En ambos casos, puede dar lugar a una pena que se impone mediante un procedimiento sumario y sin intervención de jurado.

Respecto del artículo 14 del Convenio, que establece la no discriminación en el goce de los derechos y libertades reconocidas en el Convenio, el Sunday Times se siente también víctima de una infracción de este precepto en relación con los artículos de prensa análogos que, sin embargo, no habían dado lugar a similares restricciones. Sobre la vulnerabilidad de este artículo y tras la jurisprudencia constante del Tribunal en esta materia, que establecía que tal artículo protege a los individuos o grupos que se encuentran en situación comparable, contra toda discriminación en el disfrute de los derechos y libertades que se reconocen en el Convenio, el Tribunal concluye que tal situación comparable no existía.

En relación con el artículo 18, que establece que las restricciones que se impongan a los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, no podrán llevarse a cabo, más que para los fines que hayan sido previstos, los demandantes habían invocado una queja suplementaria fundada en este artículo, que después no han mantenido ante

el Tribunal, por lo que éste no considera necesario pronunciarse al respecto.

Si trasladamos esta doctrina a nuestro derecho español, vemos que sirvió para fundamentar la STC de 15-X-82 que resolvió el recurso de amparo número 62, en relación con la publicación del libro «A ver», dedicado a la educación sexual de niños, al que nos referimos con anterioridad.

Por último, nos vamos a referir al caso Bultó, (ST. 6-XII-88) (16), que constituye la primera condena del TEDH al Estado español. El asunto se había planteado ante el Tribunal por la CEDH que había conocido de las demandas planteadas por los tres condenados, Barberá, Messgué y Jabardo, en el procedimiento seguido contra ellos por el asesinato del señor Bultó ocurrido en Barcelona el 9 de mayo de 1977. En dicho procedimiento, la Audiencia Nacional había condenado a los demandantes Barberá y Messegúe como autores y a Jabardo como cómplice del asesinato. Recurrida en casación la sentencia, el Tribunal Supremo desestimó el recurso respecto de los dos primeros y casó la sentencia respecto a Jabardo al que absolió del delito de complicidad en el asesinato del señor Bultó, condenándole como autor de un delito de participación con bandas armadas.

La comisión acumuló las tres demandas y las admitió sólo en cuanto a la alegada violación del artículo 6, párrafos primero (derecho a un proceso con las debidas garantías) y segundo (derecho a la presunción de inocencia), declarando por unanimidad que se había producido violación del párrafo primero, siendo innecesario examinar la queja respecto del segundo.

La sentencia del TEDH declara por mayoría (diez votos a favor y ocho en contra), que ha existido violación del artículo 6, párrafo primero. También declara, por unanimidad, que no se había producido vulnerabilidad del invocado párrafo segundo y que no procedía pronunciarse respecto de la aplicación del artículo 50 del Convenio.

Desde que España había ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos el 4 de noviembre de 1979, esta era la primera vez que un asunto español se sometía al Tribunal y la primera vez que el Estado era objeto de un pronunciamiento de violación del Convenio en el procedimiento judicial seguido contra los demandantes.

Los hechos que habían motivado la demanda, eran en síntesis los siguientes: el 9 de mayo de 1977, sobre las quince horas, dos hombres consiguieron fijar sobre el pecho del empresario catalán de 77 años José María Bultó Marqués, un aparato explosivo. Le exigieron un rescate de quinientos millones de pesetas a pagar en veinticinco días, abandonando el lugar. El señor Bultó moría antes de las diecisiete horas, como consecuencia de la explosión del citado aparato. Realiza-

(16) *Vid.* «Boletín de Información del Ministerio de Justicia» Suplemento al núm. 1519 de 25-II-1989, p. 5 y ss.

das las averiguaciones pertinentes los autores fueron identificados, condenándoseles por la Audiencia Nacional, condena que fue confirmada con matices por el Tribunal Supremo. Los demandantes recurren ante el TEDH, quejándose en sus demandas de no haber tenido un proceso justo ante el un tribunal imparcial, resaltando haber sido condenados con la única prueba de las declaraciones conseguidas mediante tortura, además de haber sido discriminados por no haberseles aplicado la Ley de amnistía de 15 de octubre de 1977. En relación con la primera alegación mantienen los demandantes, que el cambio en la composición del Tribunal (la Audiencia Nacional), las orientaciones políticas del Presidente sustituto y su actitud durante la vista fueron elementos que hicieron dudar de la imparciabilidad de la Audiencia tardío Nacional.

El TEDH, teniendo en cuenta el traslado tardío de los demandantes de Barcelona a Madrid, el cambio inopinado 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 vista, en presencia de los acusados y bajo el control de público, concluye que el procedimiento analizado en su conjunto, no ha respondido a las exigencias de un proceso justo, habiéndose violado, por tanto, el artículo 6, párrafo primero.

Ni el fallo de la sentencia Barberá, Messegué y Jabardo, ni su fundamentación jurídica, contienen pronunciamiento alguno haciendo constar que la legislación o la práctica judicial española, examinada por el Tribunal en la decisión del caso, estén en oposición con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por tanto, la ejecución de la sentencia no exige medidas legislativas de adaptación al Convenio. Además la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, están en línea con las decisiones del TEDH en materia de protección del derecho de defensa del acusado, presunción de incocuencia, práctica de la prueba en juicio o motivación de la sentencia.

Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad (*)

FERNANDO RODRIGUEZ MARIN

Colaborador del Departamento de Derecho penal y procesal
de la Universidad de Sevilla

INTRODUCCION

El propósito de este trabajo es llevar a cabo un estudio exhaustivo de los delitos de escuchas ilegales o de «colocación ilegal de escuchas telefónicas» como los llama la Ley Orgánica 7/1984, que los introdujo. A cuatro años de la publicación de esta Ley, la preocupación social sobre la violación de la intimidad por medio de escuchas telefónicas o clandestinas no ha disminuido, siendo objeto de denuncia política y de atención constante por parte de los medios de comunicación social. Por esta razón, creo necesario llamar la atención de la comunidad jurídica una vez más sobre el valor del bien jurídico protegido en estos delitos, el derecho a la intimidad, como pilar imprescindible de nuestro sistema de libertades democráticas. No obstante, quisiera poner de manifiesto las limitaciones y dificultades inherentes al concepto intimidad como valor social digno de protección penal. En primer lugar, al tratarse de un tema relativamente reciente en el derecho comparado, y decididamente nuevo en el nuestro, es de difícil definición. Así, al ser un derecho que se predica frente a terceros (individuos o personas jurídicas), es cultural, política y socialmente relativo, dependiendo su reconocimiento y contenido del modelo político-social imperante en cada comunidad política o grupo social. Con todo, y una vez reconocida su obligada indeterminación, el derecho a la intimidad ha de reconocerse como un valor básico de nuestro sistema político de libertades individuales, merecedor de protección penal en casos de conculcaciones especialmente graves del mismo.

(*) Trabajo presentado en el curso doctoral «Derecho penal y control social» dirigido por el Profesor Muñoz Conde en la Universidad de Sevilla, 1987-88. En parte, este trabajo ha sido elaborado durante la estancia que tuvo el autor en la Harvard-Law-School, Boston Cambridge (USA).

El trabajo está dividido en tres capítulos. El primer capítulo se dedica a reseñar, brevemente, la historia legislativa de la Ley Orgánica 7/1984 y, más en profundidad, a realizar una revisión de la idea «derecho a la intimidad», repasando algunas de las teorías más relevantes que se han ofrecido durante su desarrollo histórico, y ofreciendo una versión (que se pretende) clarificadora de la misma.

En los capítulos siguientes llevaré a cabo una disección pormenorizada de los dos tipos penales de escuchas. el segundo capítulo está dedicado a las escuchas realizadas por particulares, y el tercero a las escuchas realizadas por funcionarios. Esta división no pretende sugerir o conferir un relación de prelación de un tipo sobre el otro, y es meramente aleatoria. Por último, reseñaré algunas conclusiones críticas e incluiré algunas proposiciones *de lege ferenda*.

CAPITULO I

EL BIEN JURIDICO INTIMIDAD

A. La Ley Orgánica 7/1984

La Ley Orgánica 7/1984 nació como consecuencia de una proposición de Ley del grupo conservador del Congreso de los Diputados encaminada a poner fin a la práctica indiscriminada de escuchas telefónicas. Esta práctica venía siendo denunciada con insistencia en la prensa por este y otros grupos políticos. Así, en 1983 AP se quejó repetidas veces de que alguno de sus miembros más destacados estaban siendo escuchados subrepticiamente. En 1984, el diputado de Herri Batasuna Jon Idígoras alegó haber sido escuchado por la policía cuando daba un discurso en el interior de una sede de esa coalición (1). Esta inquietud era patente también en ciertos sectores de la Magistratura, como lo demuestra, por ejemplo, el artículo publicado en la revista «La Ley» por el entonces presidente de la Audiencia Territorial de Canarias. En él J. A. Vega Escandón llamaba la atención sobre la existencia de una gran cantidad de teléfonos intervenidos sin orden judicial y de la carencia total de control sobre estas actuaciones por parte de los jueces (2). Las escuchas habían sido objeto de preocupación asimismo, por parte de la doctrina, quienes habían llamado la atención sobre la inexistencia de regulación penal de esta materia (3).

(1) Esta situación no ha remitido tras la publicación de la Ley. Por ejemplo, en 1986, los ciudadanos de Bergara pusieron de manifiesto su alarma ante la realización indiscriminada e incontrolada de escuchas telefónicas en esta y otras localidades del País Vasco.

(2) VEGA ESCANDÓN, *La escucha telefónica en España*, Revista «La Ley», Año V, núm. 881, 24 de febrero de 1984.

(3) Cfr. entre otros, GARCÍA VITORIA, A., *Derecho a la intimidad en el Derecho*

La proposición conservadora, que apareció el 28 de junio de 1983 contenía dos nuevos artículos (192 bis a) y (192 bis b), en los que se castigaba sola y exclusivamente la realización de escuchas telefónicas «sin mediar resolución judicial». Asimismo, se contenía una agravación de la responsabilidad en caso de ser realizadas por funcionarios, y una equiparación a éstos de los empleados de la compañía telefónica (4). El pleno del Congreso envió el texto a la Comisión de Justicia e Interior el 13 de marzo de 1984. En Comisión, la proposición sufrió enmiendas por parte de los grupos Socialista y Comunista, de las que surgió la redacción definitiva (5). El texto contiene dos artículos en los que se incriman la colocación de escuchas telefónicas y/o subrepticias bien sea por parte de funcionarios (art. 192 bis), o por parte de particulares (art. 497 bis). La redacción definitiva, además de hacer esta distinción sistemática, amplía el elenco de acciones punibles, no restringiendo su ámbito de aplicación a las interceptaciones telefónicas, sino ampliéndolo a todo tipo de aprehensión del sonido por la utilización de instrumentos de escucha, grabación, transmisión o reproducción. Es por ésto que titula este artículo «escuchas ilegales» y no «escuchas telefónicas», porque junto a las escucha telefónica se incriminan también escuchas como objeto conversaciones no telefónicas. Por consiguiente, en este artículo distinguiré entre dos tipos de escuchas: escuchas telefónicas y escuchas subrepticias.

La Proposición de Ley conservadora respondía a una gran preocupación social ante el problema de las escuchas telefónicas. La propia E. M. de dicha proposición habla de «la gran inquietud generada en la opinión pública ante la inseguridad jurídica que supone la colocación indiscriminada de escuchas telefónicas...». Esta inquietud fue asimismo recogida en la redacción final de la E. M. de la Ley Orgánica 7/1984, en la que se recoge: «Establecido en nuestra Constitución el secreto de las comunicaciones telefónicas como uno de los principios de la protección que nuestra máxima Ley dispensa al honor y a la intimidad personales, se hace necesario tipificar penalmente los comportamientos que atenten contra dicho bien jurídico.» La E. M. prosigue diciendo que la existencia de esta Ley ha sido exigida por una «sensibilidad democráticamente expresada ante la posibilidad de que se instalen con manifiesta ilicitud arbitraria escuchas telefónicas». Así, el legislador señala que el motivo principal de la aparición de estos nuevos delitos es la necesidad de proteger el bien jurídico «secreto de las comunicaciones telefónicas.»

penal y en la Constitución de 1978, ed. Aranzadi, Pamplona, 1983, MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1984.

(4) Ver B. O. Cortes Generales, Congreso de los Diputados, II.^a Legislatura, serie B, núm. 48.

(5) Ver Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 1984, II.^a Legislatura, núm. 174, sesión de la Comisión de 23 de mayo de 1984.

El contenido de estos dos nuevos preceptos, sin embargo, va más allá de la mera protección al secreto telefónico. En primer lugar, ambos artículos incriminan dos acciones básicamente diferentes: por un lado, la interceptación telefónica, y por otro la realización de escuchas de conversaciones no telefónicas. Esto quiere decir que, si bien la prohibición de interceptar arbitrariamente teléfonos constituye una protección eficaz del secreto de las comunicaciones telefónicas, la segunda acción, si bien tangencialmente protege dicho bien jurídico, en realidad excede al mismo. Del tenor de estos artículos se deduce que esta segunda acción viene a conceder protección frente a agresiones a un bien jurídico más amplio, la intimidad, que engloba dentro de sí al secreto de las comunicaciones.

La misma E. M. reconoce que dicho secreto telefónico no es más que un principio de protección constitucional a los derechos al honor y a la intimidad a los que reconoce una entidad superior. Sin embargo, y a propósito de esta consideración en la E. M., estos delitos no vienen a ofrecer una protección reforzada a la ya concedida al derecho al honor en el Título X del Código Penal. Por supuesto, las acciones tipificadas en los dos nuevos tipos penales pueden atentar al honor de las víctimas de escuchas ilegales ya que toda captación de una información íntima y, más aún, su divulgación, puede resultar en una amenaza a la *reputación* social o la estima pública de las mismas. Como escribe Berdugo, «el honor está constituido por las *relaciones de reconocimiento* fundadas en valores sociales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (6)». No obstante, nótese que esta agresión al honor es sólo potencial: del tenor literal de estos nuevos tipos no se infiere exigencia alguna de atentado a la reputación del sujeto pasivo sino, meramente, un atentado a su libertad de mantener un espacio privado y, por ello, exclusivo. El interés en castigar estos delitos no es originaria ni principalmente el proteger la reputación de los ciudadanos ya que en ese caso sólo se castigarán escuchas que difundiesen información falsa o socialmente perjudicial, sino, de un modo más general, el otorgar una protección formal frente a meras intrusiones en sus vidas privadas que, aún poniendo en peligro dicha reputación, sobre todo violan el deseo de los mismos de permanecer libres del escrutinio arbitrario de los demás. Violan, en una palabra, su libertad personal (7).

(6) IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Revisión del contenido del bien jurídico honor*, en «ADP», 1984. También el mismo autor, *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987.

(7) Vidal, siguiendo a Martín Bernal, dice: «puede ser globalizada la enunciación del derecho al honor, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones que tienen como base y como común denominador el respeto a una esfera o vida privada». VIDAL JAIME, *La protección de la intimidad de las personas en el ordenamiento jurídico español*, «Revista de Derecho Privado», julio/agosto, 1981, p. 765.

Por consiguiente, el bien jurídico protegido en estos nuevos delitos parece ser un derecho a la intimidad que incluya tanto una protección formal de lo íntimo como la protección contra su divulgación. Este derecho se reconoce en el artículo 18 de la Constitución, donde se encuentra meramente enunciado, siendo la labor de la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia, el llenarlo de contenido práctico.

B. El derecho a la intimidad

Concepto relativamente reciente en la doctrina anglosajona, donde se originó a finales del siglo pasado, la intimidad como derecho, no ha sido objeto de investigación particularizada por parte de la doctrina nacional hasta tiempos muy recientes. En los EE.UU., ni la Corte Suprema ni la doctrina han podido arribar a un concepto común, más o menos universal. Su ámbito es delimitado constantemente por decisiones judiciales en las 51 jurisdicciones, con lo que podría quizás confeccionarse un mapa que describiera una «geografía de la intimidad», con claros lindes, y un variopinto relieve.

El derecho a la intimidad derivado de aquel ámbito se ha interpretado en un sentido patrimonial o cuasipatrimonial por unos y en un sentido socio-político por otros. Por ello, una visión más o menos restrictiva del concepto intimidad ha resultado por un lado en una definición como un mero derecho subjetivo al secreto o al disfrute de la paz domiciliaria, con un valor esencialmente patrimonial; y por otro, en una definición como derecho moral y políticamente fundamental garante de otras libertades individuales. Resulta evidente, pues, que los márgenes de este derecho son borrosos. Así, el derecho a la información se presenta como un contra-valor que sugiere la posibilidad de legitimar atentados a lo íntimo en base a un valor colectivo, y por tanto, pretendidamente superior. Por otro lado, está el interés gubernamental en defender el bienestar común y la seguridad colectiva, así como la seguridad del Estado frente a agresiones exteriores, que presenta un nuevo obstáculo a la tendencia expansiva del derecho a la intimidad (8).

En lo que sigue vamos a repasar rápidamente las versiones más destacadas del concepto intimidad/privacy y su evolución en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país y de los EE.UU. (9). Así mis-

(8) Cfr. Dworkin, Gerald, *Privacy and the Law*, en «Privacy», editado por John B. Young, pp. 122 y ss., (1978).

(9) La limitación al estudio de la doctrina estadounidense se basa en varias razones prácticas: Por un lado, la mayoría de los trabajos publicados en España sobre este tema han puesto gran énfasis en la doctrina europea, particularmente alemana e italiana, a lo que poco puedo añadir. Por otro, la doctrina de los EE.UU. es muy extensa y avanzada y sirve de inspiración la europea. Por último, mi formación en un centro de estudios de aquel país me permite ofrecer una visión precisa del estado del derecho estadounidense, y aclarar ciertos puntos.

mo, repasaremos aquellos casos en que este derecho entra en conflicto con otros derechos fundamentales, estableciendo sus límites. A efectos meramente didácticos, dividiré lo que sigue en tres secciones que representan otros tantos rasgos identificadores de este derecho fundamental: 1.^º es un derecho formulado recientemente cuya evolución doctrinal ha sido muy dinámica en lo que va de siglo; 2.^º se basa en un concepto, la intimidad, cuyo contenido es muy impreciso y relativo, cultural y políticamente; y 3.^º es, en España, un derecho fundamental constitucional.

1. Novedad y dinamismo

Se ha dicho que el artículo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandis en la Harvard Law Review sobre la privacy es el artículo más citado de todos los tiempos (10). Indudablemente, es referencia obligada para la comprensión del desarrollo doctrinal de la idea de intimidad dentro del mundo jurídico. Warren y Brandeis intentaron elaborar doctrinalmente un principio de derecho común accionable en los tribunales civiles («*tort*») que no era reconocido por la jurisprudencia anglosajona tradicional. Hasta entonces, sólo eran accionables en juicio acciones que violaban un derecho patrimonial a la víctima, como eran el derecho a la posesión pacífica que era violado al entrar en propiedad ajena sin permiso del dueño de la misma (*trespass*). El desarrollo tecnológico aportó, entre otros instrumentos, la fotografía, mediante la cual era posible captar y reproducir escenas de la vida privada sin necesidad de saltar verjas o romper cadenas. En estos casos, las acciones tradicionalmente disponibles en Derecho civil para proteger la propiedad privada no cubrían estas situaciones que, según los autores, violaban el derecho a ser dejado sólo («*right to be let alone*»). Esta es la aportación decisiva de los autores, la concepción de privacy como un derecho subjetivo autónomo del derecho a la propiedad cuyo valor consiste en reconocer la «integridad de la personalidad».

La visión del tema de Waren y Brandeis se limita al ámbito del derecho civil en el cual demandaban la elaboración jurisprudencial de un derecho subjetivo a la intimidad. Con ella se concede un valor patrimonial a este derecho al ser la indemnización pecuniaria la principal sanción imponible en sede civil. Además, este «derecho a ser dejado solo» se presta a una lectura amplia: si se viola la intimidad al fotografiar subrepticiamente a alguien sin su permiso, también ocurre lo mismo si se le escuchan sus conversaciones telefónicas, o si se le

(10) WARREN & BRANDEIS. *The Right To Privacy*, «4 Harvard Law Review 193», 1980.

recorta arbitraria y excesivamente el campo de libertad individual. La evolución del derecho a la intimidad desde el ámbito meramente civil a su consagración como derecho fundamental constitucional se basa en gran medida en el carácter expansivo del mismo que quizás intuyeran en su día los famosos Warren y Brandeis.

El tema intimidad como «tort» (injusto que acarrea responsabilidad civil) fue objeto de estudio de civilistas en los EE.UU. y otros países del sistema de «common law» ya que, por un lado, los medios de conculcación de ese «right to be let alone» se hicieron cada vez más eficaces a medida que avanzaba el siglo, y por otro, el Derecho civil, en la forma de «torts» presenta en esos ordenamientos soluciones más satisfactorias. El más destacado exponente es Prosser, quien resumió el estado de la jurisprudencia civil a principios de los sesenta en cuatro tipos de «tort»: a) intrusión en la soledad o seclusión del demandado, o en sus asuntos privados; b) divulgación pública de datos privados embarazosos; c) publicidad falsa acerca del demandado; y d) apropiación del nombre o la imagen del demandante para beneficio del demandado (11). Esta jurisprudencia ha avanzado relativamente desde entonces, pero puede decirse que las categorías de Prosser son todavía correctas. Además, como pone de manifiesto John Shattuck, la protección civil (en derecho común, o «common law», civil) a la privacy en los EE.UU. es débil ya que la misma cede frecuentemente ante otros intereses, especialmente la libertad de expresión reconocida constitucionalmente por la primera enmienda de la Constitución estadounidense (12).

Pero el derecho a la intimidad trasciende el ámbito del Derecho civil, y ha sido reivindicado como un derecho fundamental, lo cual tiene consecuencias políticas, y penales (tanto materiales —criminalización de escuchas— como procesales —ineficacia de pruebas ilegítimamente obtenidas). Esta posición procede de la influencia de otras disciplinas sobre el derecho, en cuanto al contenido de la idea de intimidad.

Puede decirse que tras Warren y Brandeis, ha sido Alan Westin el autor que más influencia ha tenido en el desarrollo doctrinal de la privacy ya que relacionó todos aquellos aspectos de la intimidad que habían sido puestos de manifiesto por jueces y autores a través de los años, cuyo origen puede encontrarse en la amplitud de la definición original de aquellos autores. Westin encontró tres ámbitos de intimidad merecedores de protección jurídica: la de los individuos, de los grupos y la de las instituciones. Una de las novedades más importantes de Westin consiste precisamente en la introducción de grupos e instituciones públicas (gubernamentales) como titulares de

(11) Cfr. Dworkin, *op. cit.*, p. 117.

(12) SHATTUCK Y PYLE, *The Rights of Privacy*, pp. 6-1, materiales para el curso de mismo título, «Harvard Law School», 1987.

un ámbito de intimidad susceptible de protección. Por un lado, la intimidad de los grupos (de las discusiones dentro de los mismos y entre los mismos —negociaciones de convenios, por ejemplo) la ve Westin como presupuesto del libre ejercicio de la libertad política de empresas, grupos cívicos y movimientos de protesta ideológicos. Esta intimidad protege el sistema de valores de una sociedad pluralista y democrática. En cuanto a la intimidad de las instituciones. Westin, se refiere a la necesidad de reserva de las negociaciones y conversaciones a ciertos niveles de la administración, en ciertos comités legislativos, y en conversaciones entre gobiernos. En estas situaciones, dice Westin, la intimidad es un «ingrediente esencial del proceso de consenso y resolución sobre el que se basa el arreglo pacífico de intereses en conflicto (13)».

Para Westin, la intimidad individual cumple cuatro funciones desde el punto de vista psicológico, a saber: protección de la autonomía personal (la cual él considera vital para el desarrollo de la individualidad y la elección consciente de estilo de vida), liberación emocional, autoevaluación, y comunicación limitada y protegida. Estas últimas se refieren a la necesidad de un ámbito privado donde retirarse para reflexionar o actuar sobre decisiones vitales personalísimas (14). Para este autor la demanda de intimidad consiste en que los individuos, grupos e instituciones determinen por sí mismos cuándo, cómo y en qué medida, cierta información es comunicada a otros (15). Es decir, el elemento principal de este derecho es el poder de controlar la apropiación y divulgación de lo íntimo.

Tras Westin, el elemento de control pasa a ser decisivo en el concepto de intimidad; un control de carácter negativo, entendido como capacidad de impedir acceso a ciertos ámbitos personales. En este mismo sentido se manifiesta Altman, quien considera este derecho como el derecho a «disponer de un control selectivo del acceso a uno mismo o a su grupo (16)». Para Fried, privacy también se refiere a control, a una «sensación de control» y un poder reconocido y justificado de controlar ciertos aspectos del ámbito personal (17). Por último, Greenawalt describe la privacy como un valor primordial en una sociedad pluralista que protege la autonomía del individuo al prohibir ciertas formas de coerción reconociendo, de una parte, el interés individual en controlar información sobre uno mismo, pero asimismo, prohibiendo otras formas de instrucción gubernamental (18).

(13) WESTIN, *op. cit.*, pp. 368-369.

(14) WESTIN, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

(15) «Privacy is the claim of individuals, groups or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information is communicated to others.» WESTIN ALAN, *Privacy and Freedom*, p. 7, New York, 1970.

(16) ALTMAN IRWIN, *The environment and Social Behavior*, Belmont, CA, 1975.

(17) Fried, en *Rights to Privacy*, Por JOHN SHATTUCK, p. 198, 1977.

(18) GREENAWALT, *op. cit.*, p. 199.

La intimidad como poder de control sobre los ámbitos privados se puede ver en una vertiente positiva, en aquellos casos en que habiéndose obtenido legítimamente información privada, esta es manipulada o es utilizada en forma distinta a aquélla que hizo lícita su obtención. En estos casos, el individuo debe disponer de algún recurso por el que hacer cesar dicho uso ilegítimo de la información. Este tema originó con gran fuerza en los años setenta en Europa y los EE.UU. con relación al uso y manipulación de datos informáticos. Así mismo, el intento de usar en juicio de pruebas obtenidas ilegalmente por parte de la policía acarrea que los titulares de esa información ilegalmente obtenida exijan la invalidación de la misma en el proceso.

La magnitud de los niveles posibles de intrusión en la vida privada de los ciudadanos ha llevado a un replanteamiento del tema en los últimos años. Así, John Shattuck encuentra que la intimidad personal engloba dentro de sí varias libertades y que, vista así, la privacy sirve de garantía del pacífico disfrute de los derechos civiles. Para este autor, hay múltiples «derechos a la intimidad», que se pueden agrupar en cuatro: 1) La autonomía frente a interferencias del gobierno, la cual incluye la libre elección de conducta sexual, la integridad física, y la libertad de decidir sobre el propio cuerpo; 2) la libertad frente a las intrusiones privadas y la publicidad; 3) la libertad frente a intrusiones del gobierno, que incluye el rechazo al uso de medios insidiosos de vigilancia policial (v. gr. escuchas), el rechazo a los registros y entradas arbitrarias en lugares privados; y 4) la intimidad informática, que incluye el derecho a no declarar contra uno mismo, la intimidad de las comunicaciones privilegiadas, y la de los datos informáticos (19). Estos derechos han sido elaborados por la jurisprudencia estadounidense y para Shattuck provienen de una visión iusnaturalista de los derechos constitucionales. (Este aspecto se verá con más detalle *infra*.)

La elaboración doctrinal de un derecho a la intimidad amplio puede verse, por el contrario, como una ficción supérflua ya que las libertades que viene a proteger forman parte del contenido de otros derechos. Este es el caso para Judith Thompson, profesora de filosofía de M. I. T., quien estima que el derecho a la intimidad no es más que una manifestación de un «derecho sobre la persona» el cual ya contiene unos derechos reconocidos por todos, en concreto el derecho a la libertad y a la propiedad. Para ella, por ejemplo, el que alguien pretenda ocultar su posesión de una película pornográfica no es más que una expresión de su derecho de propiedad, del cual deriva su pretensión de usar exclusivamente la misma. Al estar la intimidad

(19) Ver SHATTUCK, *op. cit.*, Asimismo: SHATTUCK & PYLE, *Rights of Privacy*, *op. cit.*,

subordinada a estos otros derechos preexistentes, Thompson concluye que no es necesario su reconocimiento (20).

No obstante, esta posición no ha sido acogida por la mayoría. En concreto, James Rachels y Jeffrey Reinman rebatieron esos planteamientos. El primero puso de relieve la especificidad del derecho a la intimidad como capacidad de control, una postura análoga a las vistas anteriormente Rachels considera que es necesario mantener una zona privada en aras a conservar esa información resevada que constituye la base de las confidencias las cuales constituyen a su vez el contenido primordial de la relaciones de amistad (21). Reinman va más allá, y considera que la posición de Rachels (substancialmente la misma de Charles Fried) denota una visión capitalista de las relaciones personales. Para él el derecho a la intimidad es más amplio, y es presupuesto de la personalidad. «La intimidad es un rito social mediante el cual el individuo recibe la titularidad moral de su razón de existir (22)». Por tanto, la intimidad es necesaria para la creación de la identidad (*self*), la cual incluye los pensamientos, el cuerpo y las acciones del sujeto. El derecho a la intimidad confiere titularidad a la persona sobre sí misma (23).

En nuestro país la aportación más valiosa al tema lo ha presentado Morales Prats quien encuentra una relación inmediata entre la intimidad y la libertad individual por la que la intimidad adquiere la función de garantía de otras libertades individuales. Morales propugna un concepto de libertad personal en el cual anide «la dimensión garantista de la privacy cuyo contenido se expande hacia parcelas tangentes de otros bienes jurídicos, respecto de los cuales la intimidad constituye un presupuesto de su ejercicio» (24). El bien jurídico intimidad se presenta en dos aspectos: una privacy pre-informática, y una privacy informática. La privacy pre-informática incluye tres aspectos: 1) la privacy de la esfera íntima, que se refiere a la libertad de toma de decisiones relativas al propio cuerpo y a la protección de los secretos; 2) la privacy política, relativa a la libertad de elección de actividades y preferencias políticas; y 3) la privacy personal, que incluye la intimidad del hogar, la del propio cuerpo y la protección

(20) THOMPSON, JUDITH J., *The Right to Privacy*, «5 Philosophy & Public Affairs», pp. 295-314, Summer, 1975.

(21) RACHELS JAMES, *Why Privacy is Important*, «5 Philosophy & Public Affairs», pp. 323 y ss., Summer, 1975.

(22) «Privacy is a social ritual by means of which an individual's moral title to his existence is conferred.»

(23) REINMAN JEFFREY, *Privacy, Intimacy and Personhood*, «6 Philosophy & Public Affairs», pp. 26, 36, 37, 39 and 43. Fall, 1976. Ver también, VELECKI LUBOR, *The concept of Privacy*, en «Pricacy», pp. 31-34, edited by John B. Young, London, 1978, quien habla de la intimidad como la titularidad moral a las decisiones relativas a uno mismo, «el derecho a ser el capitán de su propia alma».

(24) MORALES PRATS, F., *Privacy y reforma penal: la Propuesta de Anteproyecto*, «Documentación Jurídica», núms. 37-40, p. 582, 1983.

de las garantías jurisdiccionales. La privacy informática protege los datos íntimos frente al uso arbitrario e inconsentido de los mismos, y frente a su manipulación, y concede al titular de los mismos el derecho de acceder a los bancos de datos para impedir tal uso y de obtener rectificación de datos falsos (25).

Como recuerda por su parte González Gutián, el derecho a la intimidad presenta, asimismo, un aspecto formal y un aspecto material. En función del primero, se protege el ámbito íntimo, «sin atender a qué contenido de ese ámbito puede ser afectado» por un ataque al mismo. En su aspecto material se protege lo íntimo de la divulgación o revelación inconsentida, para lo cual lo que se revele habrá de ser necesariamente íntimo (26).

La intimidad se puede entender pues como un superderecho garantía de otras libertades individuales. Los contenidos de intimidad y libertad individual se conectan de un modo absoluto. Puede decirse que todas aquellas actividades que afectan a la identidad personal y al aire libre, desarrollo de la personalidad, forman parte de la esfera íntima. Este modelo se ajusta a la necesidad sentida cada vez más de garantizar a los ciudadanos ese *habeas mentem* de que habla Morales, la posibilidad de formar la propia personalidad sin imposiciones o alienación. Responde a una visión de la sociedad post-industrial avanzada ya por Marcuse donde la homogeneización de los usos sociales, rasgos culturales e incluso los valores sociales y opiniones políticas se ha obtenido mediante el ejercicio de un control social subrepticio que se manifiesta en la existencia de un espurio consenso social provocado por la «administración total» de la vida social a través de su ordenación «técnica» (27). Visto así, la intimidad es un último reducto donde el ciudadano puede ejercer la opción de ser diferente, donde se puede plantear estilos de vida, actitudes personales o sociedades políticas alternativas. Donde, en otros términos, se pueden cuestionar las bases presuntamente neutrales (técnicas) de la sociedad post-industrial. Este derecho garantiza la «inmunidad» del ciudadano frente a las transgresiones inconsentidas en ese ámbito exclusivo. La intimidad, como derecho-inmunidad, otorgaría, en la terminología del profesor Unger, «la opción de retirarse, funcional e incluso territorialmente, del orden social establecido» y «concedería al individuo la sensación fundamental de seguridad (28).

(25) Para un tratamiento a fondo de la intimidad de los bancos de datos, véase Adoración de MIGUEL CASTAÑO, *El derecho a la intimidad frente al derecho a la información. El ordenador y las leyes de protección de datos*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Tomo 86, núm. 4, pp. 319 y ss., abril, 1983.

(26) GONZÁLEZ GUITIÁN, *Protección de la intimidad y escuchas clandestinas*, «Comentarios al Código Penal», pp. 70-71, 1987.

(27) HERBERT MARCUSE, *The One-Dimensional Man*, Boston, 1967.

(28) ROBERTO MANGABEIRA UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

En resumen, en su versión expansiva, la intimidad es la parte de la vida de las personas donde tiene lugar la toma de decisiones personalísimas y se ponen las bases para la consecución de la autorrealización personal. La misma garantiza la libertad frente a intrusiones por parte del gobierno (entre otros, el secreto de las comunicaciones y la titularidad particular de los datos informáticos) y de los particulares (la cual incluye el secreto también, y en su aspecto material, la protección al honor). Asimismo, la intimidad garantiza la autonomía individual, incluidas la libertad de elección sexual, y la titularidad individual sobre el propio cuerpo. La privacy es, por último, garante de la libertad de opción política y de disensión; garantiza la existencia de las condiciones necesarias para la formación y elaboración de las opiniones políticas: la libertad frente a la coerción.

2. *Imprecisión y relatividad*

Pero la privacy es un concepto impreciso y, sobre todo, relativo, ya que tiene un contenido fundamentalmente cultural (y por tanto social), y político. En cuanto a su relatividad cultural, para algunos, se trata de un valor social reconocido por todas las culturas, y sólo varía el grado de reconocimiento y protección del mismo. Otros consideran que es un valor absolutamente desconocido por algunos pueblos, o que al menos, así lo ha sido históricamente. Esta posición lleva a concluir que se trata de un derecho dispensable (29), mientras que la primera refuerza una concepción iusnaturalista del mismo. Sin entrar en la polémica, es importante aquí poner de relieve este dato por su influencia potencial en cuanto al puesto que al derecho a la intimidad se ha de atribuir en una determinada sociedad. En nuestro país, en todo caso, parece ser claro que existe un consenso en reconocer, al menos nominalmente este derecho como un rasgo cultural compartido por todos.

Entendiendo el derecho a la intimidad como un derecho a la diversidad, a «ser diferente», a la tranquilidad espiritual, etc., es preciso reconocer donde se encuentra su frontera: en la necesidad de evitar daño a los demás y en la protección de intereses primordiales de la comunidad —los cuales son consagrados en nuestro sistema político como derechos fundamentales constitucionales. Como escribe García-Pablos «no se puede defender la existencia de unos límites naturales, ontológicos, pacíficos e indiscutibles de los derechos, pues la dinámica social está denominada por el relativismo (30)». La ubicación de

(29) Véase FERDINAND D. SHOEMAN, *Privacy. Philosophical dimensions of the literature*, en «Philosophical Dimensions of Privacy, An Anthology», Cambridge University Press, 1984.

(30) GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *El derecho penal como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección penal al derecho al honor y a la intimidad*, en «Estudios Penales», Barcelona, 1984.

estos límites dependerá de la importancia relativa de los derechos e intereses en conflicto. Como veremos más adelante (en los apartados relativos a las causas de justificación en los delitos de escuchas) estos conflictos se resolverán a favor de uno u otro en razón a su respectivo calibre constitucional y en base a consideraciones políticas y en nuestro caso, de política criminal.

Igualmente se trata de un concepto vago, impreciso cuyo auténtico contenido, como hemos visto, es debatido fervientemente. Desde un derecho con base patrimonial, hoy se aboga por su consideración como derecho-garantía de libertades personales. Es un derecho que presenta, pues, una relatividad socio-política, sin dejar de tener un valor patrimonial (no debe olvidarse que este derecho es renunciable, aunque no de un modo absoluto, a cambio de compensación económica). Por un lado, el contenido del derecho a la privacy es limitado por el de otros derechos individuales o colectivos, de los cuales hay que destacar la protección a la vida y la integridad física, la libertad de información y la seguridad nacional. Además el contenido político del mismo depende y se corresponde con el modelo socio-político bajo el que se enfoque, bien sea éste, por ejemplo, un modelo liberal o socialista.

Elevado a la categoría de super-derecho, el derecho a la privacy parece exigir un tratamiento favorable con relación a otros bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico al recibir la consideración de derecho fundamental. Así, puede sostenerse en base a un principio *in dubio pro libertate* (31) que existe una presunción favorable a la intimidad en situaciones de conflicto con otros intereses de la colectividad, bien sean estos servidos por el gobierno o patrimonio de particulares. Esta visión, desconfiar del poder del estado, y parece estar también cerca de un cierto iusnaturalismo que promueve una concepción restrictiva del poder del estado (independientemente de su legitimidad representativa), entendiéndolo como un poder residual cuya intervención en la vida de los ciudadanos ha de restringirse al mínimo. En consecuencia, el Estado intervendrá solamente en aquellos aspectos de la vida privada y social que sean específicamente detallados en las leyes fundamentales, dejándose en manos de los ciudadanos el disfrute de cualquier otra manifestación de su libertad (32). Esto es así porque se considera que los ciudadanos son titulares de una serie de derechos naturales inalienables que les son inherentes y no necesitan ser descritos en constitución política. Igualmente, este

(31) GARCIA-PABLOS, *op. cit.*,

(32) Esta es la visión defendida por la corriente «civil libertarian» de los EE.UU. Esta teoría entiende que cuando se está ante conflictos de valores o derechos fundamentales e intereses colectivos, es necesario realizar una evaluación y contrapeso (*balancing*) de los intereses en conflicto, sólo siendo aceptable aquellas limitaciones donde se pueda probar que existe un interés colectivo tan importante que resulte ineludible (*compelling interest*). Tribe.

sistema presupone la existencia (33) de una concepción más o menos fija del modelo de sociedad consagrado en las leyes fundamentales. En la constante dialéctica solidaridad colectiva/autonomía individual, la balanza se decantaría por esta última.

Como consecuencia de esta visión liberal, el derecho a la intimidad ha llegado a considerarse en nuestras sociedades occidentales un elemento capital de las libertades públicas. Su importancia como constante recordatorio del valor capital de la autonomía personal no puede ser ignorado. Sin embargo, esta visión no es la única. Frente a ella, se encuentra una visión positivista que admitiría teóricamente un modelo socialista o colectivista donde el bienestar de la comunidad se impusiera sistemáticamente al bienestar individual.

¿Cuál es el modelo contemplado en la Constitución española? El tema es debatido (34), pero, aunque en general se admite un modelo mixto (estado social y democrático de derecho), en cuanto al derecho a la intimidad (y a los demás derechos fundamentales), este no deja lugar a dudas, ya la Constitución reconoce específicamente la existencia del mismo (art. 18.1), aunque no le de un contenido específico. Igualmente, la declaración general del artículo 10 de la Constitución Española, constituye la consagración inequívoca en nuestro ordenamiento de la existencia de derechos inviolables que son inherentes a la persona. Así, la mera enumeración de estos derechos permite concluir que será el contenido específico de cada uno de estos derechos lo que será objeto de debate y evolución, respondiendo, con mayor o menor fidelidad, al sentir de la sociedad —se debatirá acerca de aquéllo que es inherente a la persona en el derecho a la intimidad, pero no su lugar preeminente dentro de los valores sociales reconocidos por la Constitución.

Visto así (y teniendo en mente, además, su reconocimiento constitucional, que veremos más adelante), el derecho a la intimidad es un derecho eminentemente político, el cual debe ser aplicable y estar disponible para todos los ciudadanos sin distinción de raza, origen, etc., en caso de violación de los mismos, si es que van a ser desarrollados justa y democráticamente. Para que esto ocurra, es muy posible que la realidad sociológica de un estado impida o limite la posibilidad de dicha aplicación igualatoria del derecho. Así, el concepto de intimidad se relativiza aún más (relatividad sociológica) al variar su contenido y ámbito de la región del estado donde se intenta invocar al derecho (35). Es más se ha llegado a hablar de la existencia,

(33) ¿Es acaso determinable un modelo de sociedad específico derivado de la constitución estadounidense?

(34) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982.

(35) No ha que olvidar que en estados como el español existen grandes diferencias socio-culturales y económicas entre las diversas nacionalidades y regiones que se traducen sin duda en diferentes concepciones de la idea de «lo íntimo». Igualmente, la

en algunas comunidades, de una verdadera «patología» de la intimidad la cual se manifiesta en la aberración del deseo de aislamiento frente a los demás. Así, Barrington Moore pone como ejemplo el caso del vecino que presencia la comisión de un atraco desde la ventana de su apartamento en una gran ciudad y no hace nada alegando que no es asunto suyo (36). Otro ejemplo que acude a la mente es la existencia, en los EE.UU., de acuerdos extrajudiciales secretos; acuerdos privados en demandas de responsabilidad civil por daños a la salud, (normalmente causados por vertidos de fábricas químicas) en virtud de los cuales los demandantes se comprometen a no revelar o divulgar las pruebas de que disponen como base de la demanda. Con acuerdos como éstos, el riesgo de posible daño a terceros mantiene oculto a cambio de una compensación pecuniaria. Como se puede deducir, el contenido de la intimidad es susceptible de cambiar según la sociedad de que se trate, coadyuvando en algunos casos, a una hipertomización de la sociedad en la que cada individuo constituye una célula herméticamente aislada de los demás.

Precisamente por existir estas diferencias, y dada la necesidad de proteger en sociedades industriales como las nuestras los derechos de las minorías frente a la voluntad a veces tiránica de la mayoría, debe imponerse un concepto normativo de los derechos fundamentales, y en nuestro caso, del derecho a la intimidad. Este concepto indicaría las expectativas mínimas de privacidad de los ciudadanos, independientemente del área de geografía o del grupo social al que éstos pertenezcan.

Este concepto normativo es, sin embargo, también susceptible de ser el foco de disputas ya que no parece claro quién debe formularlo. En el contexto del derecho anglosajón, se debate entre la formulación judicial o popular (a través del jurado) y la elaboración legislativa del mismo. En nuestro sistema jurídico el debate debe discurrir por los mismos cauces en un futuro próximo debido a la futura introducción del jurado en juicios penales. El planteamiento y resolución del debate es un tema complicado que excede los límites de este trabajo. No obstante, puede señalarse aquí el punto principal del mismo: el establecer qué resulta más democrático, la elaboración del mínimo contenido de los derechos por parte de representantes electos o directos del pueblo, o por parte de técnicos altamente cualificados pero no sujetos al control popular. La solución a este dilema dependerá entre otros factores, del grado de representatividad de las institucio-

existencia de un colectivo social dividido en clases en cualquiera de las nacionalidades o regiones (donde la movilidad inter-clases es mínima), pueden conllevar la aparición de diversas «zonas de intimidad», dependiendo del grado en que la misma se reconozca en las diversas comunidades del Estado, a menos que se garantice una visión normativa de este derecho.

(36) MOORE, BARRINGTON, Jr., *Privacy*, en «Society», Vol. 22, núm. 4, May/June, 1985.

nes legislativas y de los jurados, y de las características sociológicas de la comunidad respectiva.

3. *Apoyo constitucional*

El derecho a la intimidad es reconocido, aunque meramente enunciado, en el artículo 18.1 de la Constitución Española, dentro del Capítulo II, Título II. Dada su posición constitucional, este derecho es reconocido como fundamental e inviolable, vinculante directamente sobre todos los ciudadanos del Estado y sobre el Estado mismo (37). Dada esa posición también, el mismo debe tener primacía en caso de conflicto con cualquier otro derecho o interés de menor rango. Como se verá más tarde, sin embargo, no está claro que estas asunciones generales vayan a ser reconocidas por los tribunales.

En los EE.UU. el reconocimiento constitucional de la privacy ha evolucionado gradualmente durante este siglo. Como ya ha expuesto extensamente Morales, se ha pasado de considerarlo un derecho subjetivo accionable en los tribunales civiles, a ser un derecho fundamental constitucional que ha de invocarse como límite a la actuación arbitraria del estado. El camino hacia este recocimiento constitucional ha sido azaroso debido a las especiales características de la constitución estadounidense, con su limitada enumeración de derechos fundamentales contenida en las enmiendas a la misma. Como es bien sabido, la privacy no aparece enumerada expresamente en las enmiendas. Sin embargo, varias enmiendas reconocen una serie de libertades individuales que afectan varios aspectos del ámbito privado. Así, las enmiendas 1.^a, 4.^a, 5.^a y 14.^a protegen la libertad de asociación y expresión; la libertad frente a registros y confiscaciones arbitrarios, al derecho a no declarar contra uno mismo, y el derecho a un proceso con todas las garantías («*due process*»). Asimismo, la 9.^a enmienda contiene una cláusula residual cuyo contenido ha sido el foco de diatribas constitucionales y que sido usada para invocar la constitucionalidad de la privacy. Según la misma, la enumeración de los derechos fundamentales no es exclusiva del reconocimiento y protección de otros derechos «retenidos por el pueblo».

El tema de la existencia de un derecho constitucional a la privacy *per se* fue discutido por la corte en el caso *Griswold v. Connecticut* (38). Este caso es reconocido por la mayoría de la doctrina estadounidense como la base del reconocimiento judicial de la existencia de un derecho a la intimidad dentro de la constitución no enunciado expresamente, pero «implícito» en el concepto de libertad. En Gris-

(37) Cfr. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984.

(38) 381 US 479, 1965.

wold, la Corte decidió anular por anticonstitucional una ley del estado de Connecticut que penalizaba el uso de anticonceptivos, incluso por personas casadas. El ponente, el famoso Juez Douglas, falló que existe un derecho a la intimidad en las relaciones matrimoniales que, aunque no esté expresamente recogido en la constitución, está implícito en «la penumbra» de los derechos reconocidos en la misma.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la opinión de Douglas no fue asumida incondicionalmente por los demás miembros de la corte que votaron con él. La razón principal fue el desacuerdo de estos jueces acerca del pertinente soporte constitucional de este derecho. Así, para Golberg (apoyado por Warren y Brennan), este derecho se basa en la 9.^a enmienda la cual establece literalmente que «la enumeración por la constitución de ciertos derechos no deberá ser construida (interpretada) para negar o eliminar otros (derechos) retenidos por el pueblo», pero Golberg se limita a reconocer un derecho restringido a la intimidad matrimonial. Para Harlan, quien también opinó estrictamente, este derecho se basa en la 14.^a enmienda, en la llamada «Due Process Clause» que puede equipararse al derecho a un proceso justo, con todas las garantías (39). Por último, White basa su apoyo a la anticonstitucionalidad de la Ley de Connecticut en base a que la misma sería de imposible cumplimiento por parte de los ciudadanos a los que se dirige.

Los votos particulares de Black y Stewart recogen una interpretación contraria a las avanzadas. Para ellos no es posible «encontrar» derechos en la constitución que no estén enumerados expresamente en el texto de la misma. Para ellos, la constitución de los EE.UU., al no contener precepto alguno que proteja expresamente el derecho a la intimidad, el mismo no existe.

Las diferentes interpretaciones recogidas en Griswold reflejan en buena medida la situación actual de la discusión en la doctrina estadounidense. Una mayoría es favorable a admitir la existencia del derecho, mientras que sólo algunos mantienen la opinión contraria. Esta disputa académica ha llegado al corazón de los ciudadanos americanos gracias a la difusión de las audiencias en el Senado de los EE.UU., para la confirmación del Juez Bork como miembro de la Corte Suprema. Allí las posiciones restrictivas positivistas, de Bork se enfrentaron a las de la mayoría de los Senadores, y, principalmente, a la autoridad jurídica del profesor Tribe. Puede decirse inequívocamente que fue su posición ante este tema lo que le costó el puesto en la Corte Suprema a Bork.

(39) Esta cláusula ha sido interpretada tanto en un sentido procesal como en un sentido material. Este último, avanzado por la Corte a principios de siglo en la comentada sentencia *Lockner v. New York*, 198 US 45, 1905, predica que la 14.^a enmienda no sólo consagra las garantías procesales, sino que además garantiza el respeto a los derechos reconocidos en cualquier otro lugar del ordenamiento jurídico, incluidos los derechos enunciados o naturales.

El marco interpretativo del ámbito de intimidad protegido por la constitución estadounidense fue elaborado por el Juez Harlan en su voto particular concurrente en el caso *Katz v. United States* (40), en relación a casos de entradas y registros ilegales por agentes del Estado. En este caso, la mayoría decidió que la 4.^a enmienda protege a personas y no lugares, y que, por tanto, la escucha por parte de la policía de una conversación telefónica (sin autorización judicial) llevada a cabo desde una cabina pública representaba una invasión injustificada de dicha enmienda. Harlan matizó este resultado en su voto particular concurrente. Para él existe una violación de la 4.^a enmienda cuando se dan las dos condiciones siguientes: a) que la víctima manifieste una expectativa subjetiva de intimidad (por ejemplo, manteniendo algo oculto, o bajo llave), y b) que la sociedad esté dispuesta a reconocer dicha expectativa como razonable (así, por ejemplo, esconder marihuana plantada en el jardín tras una tapia hacia donde se puede mirar desde el exterior). La fórmula de Harlan, y no la visión más general señalada por la mayoría ha sido recogida por la Corte desde entonces (41).

En suma, en los EE.UU. se puede decir que se ha reconocido no un derecho general a la intimidad, sino varios derechos a disfrutar diversas manifestaciones de la intimidad. Así hemos visto se reconoce un derecho a la intimidad del hogar, de las comunicaciones telefónicas (en el caso de *Katz*), y de ciertas decisiones personales (por ejemplo, el aborto, en *Roe v. Wade* (42)) aunque no de todas (43). En este último caso, la Corte es muy reacia a reconocer un derecho a la intimidad de las decisiones personalísimas como pedía el demandante en *Bower*, sino que estudia cada caso individualmente. La mayoría de la Corte simplemente se limitó a negar que existiera un «derecho a practicar la homosexualidad».

Frente a la situación del país norteamericano, la constitución española, como ya vimos, sí reconoce un derecho fundamental a la intimidad. Empero, el contenido del mismo está por determinar ya que la Constitución no lo define. Por tanto, la experiencia estadounidense con respecto al tratamiento particular de cada manifestación de este derecho puede servir de referencia al legislador español y sobre todo al Tribunal Constitucional en la aplicación del artículo 18 a situaciones concretas (44).

(40) 389 UW 347, 1967.

(41) Se ha usado a la Corte desde sectores progresistas que ésta ha usado la fórmula de Harlan para limitar gradualmente el ámbito de privacy reconocido a las personas bajo la 4.^a enmienda.

(42) 410 US 113, 1973

(43) Así, la Corte decidió en 1986 que una ley estatal que criminalizaba la realización de ciertos actos sexuales (coito anal y oral) era constitucional. *Bower v. Hardwick*, 1986.

(44) Labor que el Tribunal Constitucional ya ha realizado por ejemplo en la sentencia núm. 114/1984.

El principio, no se puede refutar que un concepto amplio como el ofrecido en el apartado primero arriba, es perfectamente aceptable, dada la inconcreción del texto constitucional. El hecho de que, por ejemplo, honor y libertad política estén, asimismo, enunciados en la Constitución Española, no impide reconocer que, substantivamente, éstos no son más que dos de las manifestaciones del derecho material a la intimidad. Los demás aspectos de este derecho tal y como se definieron con anterioridad, no encuentran, sin embargo, apoyo constitucional directo. Además, una interpretación sistemática del artículo 18.1 en conexión con el artículo 10 de la Constitución Española, sustenta el concepto de amplio de intimidad. Así, el derecho a la intimidad incluye parte de esos «derechos inviolables que le son inherentes» y que garantizan la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

4. *Conclusión*

En resumen, el derecho a la intimidad se perfila como el derecho de todos los ciudadanos a mantener una determinada parte de sus vidas fuera del conocimiento inconsentido de los demás (esto es el resto de los particulares y sobre todo, el Gobierno) y, como consecuencia, de ejercer un control sobre la información relativa a la misma. Intimidad ó privacy es la parte de la vida de las personas donde tiene lugar la toma de decisiones personalísimas y se ponen las bases para la consecución de la autorrealización personal. El reconocimiento legal de la titularidad de todos los ciudadanos a dicha esfera privada viene impuesta por el principio de igualdad y representa una manifestación del respeto a la dignidad humana. El derecho a la intimidad es pues el derecho de todos los ciudadanos a mantener una parte de sus vidas fuera del acceso y conocimiento inconsentido de los demás particulares así como del acceso y conocimiento injustificado y arbitrario del Gobierno y, por consiguiente, el derecho a mantener un control constante y efectivo sobre la información relativa a esa parte de sus vidas.

Dado su carácter de derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, este derecho tiene además un valor superior y por lo tanto, prevalente, en relación con otros derechos e intereses jurídicamente protegidos. En caso de conflicto entre estos últimos y la intimidad, será necesario evaluar la jerarquía normativa relativa de ambos. Por consiguiente, prevalecerá la intimidad sobre cualquiera de esos intereses o derechos, pero no frente a los demás derechos, fundamentales —v. gr. derecho a la vida y la libertad de expresión—. La solución a estos conflictos requerirá necesariamente una labor de contrapeso que habrá de tener en cuenta las consecuencias político-jurídicas (policy) de la misma.

La Ley Orgánica 7/1984, solamente concede protección legal a la intimidad de las comunicaciones orales, telefónicas o no. Las posibles agresiones a este bien jurídico por medio de la captación de la imagen o de la manipulación y/o colección de datos íntimos, carecen hasta el momento de protección penal en nuestro ordenamiento jurídico. En el Derecho civil, la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil a los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar declara ilegales ciertas acciones de captación subrepticia de la imagen, además de acciones de captación del sonido similares a las recogidas en los artículos 192 bis y 497 bis.

Además de faltar una regulación penal de ciertos ataques muy graves a la intimidad por la captación de la imagen, no existe protección alguna frente a violación de la intimidad de los datos informáticos. La falta de una Ley de Protección de Datos (pedida desde sectores de la doctrina y sectores profesionales afectados (45) hace que el uso arbitrario de la informática se encuentre pues completamente impune, en ostensible contradicción al mandato constitucional del artículo 18.4 de la Constitución Española.

CAPITULO II

LOS DELITOS DE ESCUCHAS ILEGALES REALIZADAS POR PARTICULARES

El nuevo artículo 497 bis describe tres acciones típicas: la interceptación de comunicaciones telefónicas, la utilización de instrumentos o artificios técnicos de escucha, grabación, transmisión o reproducción del sonido y la divulgación o revelación de lo descubierto.

En el primer caso, por interceptación debe entenderse el acceso inconsentido de un tercero a una conversación telefónica con la intención de aprehender el contenido de la misma. Esta acción puede sustanciarse de diversas maneras, siendo quizá la más común el «pincharzo» (la manipulación directa de los cables telefónicos) (46). Igualmente, el verbo «interceptar» significa apoderarse de una cosa, o interrumpir. Por tanto, la acción podría consistir también en interrumpir o evitar que una conversación telefónica se lleve a cabo. No obstante, el tenor literal del tipo impide esta interpretación extensiva ya que, como se verá más adelante, el mismo no se realiza si no se comete la acción con la intención de descubrir los secretos o la intimidad

(45) Ver DE MIGUEL, Adoración, *op. cit.*, pp. 319 y ss.

(46) Para una descripción de algunos de los métodos comisivos más frecuentes, véase, por todos, GONZÁLEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pp. 106 y ss.

de otros. Por tanto, sólo se incriminarán acciones en que se llegue a escuchar una conversación (47).

Recientemente además han aparecido nuevas técnicas de comunicación telefónica, como, por ejemplo, los sistemas de telefonía sin cable, como son el teléfono digital, y el teléfono celular, cuya problemática ha provocado acciones legislativas en el Congreso de los EE.UU. que han culminado con la reforma de la Communications Act por la nueva Ley de 1986 «Electronic Communications Privacy Act» (48). En esta ley, se ha ampliado la definición del verbo «to intercept» como «la adquisición, oral o de otro modo, del contenido de cualquier comunicación oral, por cable o electrónica, por medio del uso de cualquier instrumento electrónico, mecánico o de cualquier otro instrumento». 18 USC § 2510 (4). Por ello, salvo en el caso del uso legítimo del teléfono y de aparatos médicos de corrección auditiva, cualquier escucha de una conversación, sea esta telefónica, mediante el uso de cualquier instrumento técnico, será punible en los EE.UU.

La posibilidad de interpretar el 497 bis del Código Penal de un modo acorde a la nueva regulación estadounidense, dependerá de la definición que se apoye de la palabra «telefónicas». Si, por un lado, se entiende como telefónicas aquellas conversaciones con soporte en los cables telefónicos, entonces se podría incluir entre las acciones prohibidas al llamado correo electrónico (electronic mail). Si, alternativamente, se define telefónico como relativo al instrumento teléfono y a conversaciones orales, entonces podría entenderse como prohibida la escucha de conversaciones por telefonía celular por medio de la interferencia en las ondas de radio por las que estos teléfonos comunican. En principio, parece ser más acorde al espíritu de la Ley la segunda interpretación, pues la otra acción típica descrita en este artículo se refiere a la aprehensión del «sonido». Además, esta sería un interpretación más restrictiva, de acuerdo con el principio de legalidad penal.

De cualquier modo, lo decisivo en esta acción es que el objeto de la misma es una conversación mantenida a través de un soporte telefónico, y por ello, llamo a estas acciones «interceptaciones telefónicas».

En la segunda acción, la utilización de instrumentos o artificios técnicos de escucha, grabación, transmisión o reproducción del sonido, lo que se está tipificando es la colocación subrepticia o clandestina

(47) GONZÁLEZ GUITIÁN, *op. cit.*, p. 166.

(48) Véase «The Boston Globe», ed. de 15 de junio de 1985, «Balancing privacy rights», en el que se pide una revisión legal en Massachusetts a tenor de los tremendos cambios en la tecnología que han ocurrido en la pasada década. Ver también artículo de 17 de septiembre de 1985, a propósito de una propuesta de reforma de la ley federal «Omnibus Crime Control Act».

La nueva Electronic Communications Privacy Act fue aprobada el 20 de octubre, 1986, Public Law 99-508, 100 Stat., 1848.

na (esto es sin obtener permiso) de instrumentos que permitan captar el sonido. Micrófonos ocultos, magnetófonos ocultos que funcionan al escuchar voces y se desconectan al cesar éstas, micrófonos que envían un rayo laser a distancia que refleja las vibraciones que produce una conversación cuya lectura reproduce la misma, micrófonos direccionales de gran potencia que permiten oír conversaciones sostenidas a larga distancia, son sólo algunos de los métodos posibles de realización de la escucha penada en este nuevo precepto (49).

El objeto de la acción en este caso es el sonido en general, y las conversaciones íntimas o privadas en particular. En este caso, no existe en mi opinión un marco espacial determinado para la realización de la escucha, siendo igualmente típica la utilización de un artificio de escucha dentro de un domicilio como en una habitación de un hotel o en mitad de un parque. Téngase en cuenta que dada la amplitud de la redacción legal, será perfectamente posible incriminar una escucha realizada por medio de, por ejemplo, un micrófono colocado en las ropas o en instrumentos de trabajo de la víctima. Así pues, el artículo 497 bis está incriminando un amplio abanico de posibles acciones tendentes a descubrir los secretos o la intimidad de otros. Sin embargo, de la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/1984 y del repaso de las discusiones parlamentarias de dicha Ley se deduce que el fin primordial de la misma es, únicamente dar una tipificación legal a la instalación de arbitrarias escuchas telefónicas por lo que se puede pensar que el tipo de utilización de instrumentos de escucha va más allá de la intención primera del legislador (50). Y es que aunque el bien jurídico protegido sea la intimidad personal y familiar en ambos tipos y, por consiguiente, se haya ampliado la protección penal contra los ataques a este derecho fundamental, tal no era la intención primera del legislador sino, más modestamente, la de proteger el secreto de las comunicaciones telefónicas el cual no es más que uno de los aspectos del amplio derecho a la intimidad.

En el último párrafo de la E. M. se dice que la definición de esta figura delictiva debe contener tanto los elementos intencionales necesarios como «la previsión delictiva al amparo de la multiplicidad de medios instrumentales a través de los que se consigue violar el secreto de las comunicaciones telefónicas». Es decir, se quiere incriminar todo tipo de interceptación telefónica, sea por el medio que sea. Sin embargo, tal como está redactado el tipo, el objeto de la acción es mucho más amplio, siendo éste, en realidad, el sonido en general. Por consiguiente, llamo a estas acciones «escuchas subrepeticias».

(49) Para una descripción más detallada de instrumentos similares, WESTIN, *op. cit.*, pp. 66 y ss.

(50) GONZÁLEZ GUITIÁN, *op. cit.*, p. 80.

Por último, el artículo 497 bis tipifica una tercera acción consistente en la divulgación o revelación de lo descubierto. Revelar consiste en descubrir, decir o hacer saber cosas que se mantienen secretas. Divulgar es difundir o publicar una cosa que se mantenía reservada. La diferencia entre las dos acciones es mínima, acaso cuantitativa, dependiendo del número de personas a las que se hace llegar la información reservada.

Ahora bien, debe ser «lo descubierto» aquéllo que se revele o divulgue. No toda publicación de una información reservada es punible, sino sólo la de aquélla que ha sido obtenida de manera ilegal, esto es, por alguno de los medios descritos en las dos acciones anteriores. Se dice en el párrafo 2 «si divulgare o revelare lo descubierto». Gramaticalmente, este sólo puede interpretarse en el sentido de que sólo lo descubierto con la ayuda de alguno de los métodos descritos en el párrafo anterior puede ser objeto de sanción penal si es hecho público. Luego no existe una protección penal hoy por hoy contra la divulgación de secretos obtenidos lícitamente. Para que esto fuese posible, el párrafo que nos ocupa debería haber sido redactado de un modo distinto (v. gr. «el que divulgase o revelase los secretos o la intimidad de otros...») (51). Pero ello no sería recomendable ya que supondría una extensión desproporcionada del ámbito penal. Esas acciones tendrían cabida, en todo caso, en el ámbito del Derecho civil.

Como vemos pues, el nuevo artículo 497 bis del Código Penal describe tres acciones punibles, acciones que a su vez y desde un punto de vista meramente técnico jurídico, constituyen dos tipos de delito, uno básico y otro cualificado. Así, el tipo básico lo constituirá aquella conducta de utilización de instrumentos de escucha, reproducción, grabación o transmisión telefónicas, conánico de apoderarse de una información reservada a la que no les es lícito acceder sin el consentimiento de su titular. El tipo cualificado será la divulgación de lo conocido ilícitamente, esto es, por alguno de los medios comisivos del tipo básico.

Estos dos tipos son un ejemplo de aquellos delitos que Maurach clasifica de «delitos de mera actividad» en contraposición a los «delitos de resultado» (52). Siguiendo la clasificación de Maurach, los delitos del 497 bis se encuadran, asimismo, en la categoría de los por él denominados «delitos estructuralmente incongruentes». Son tales aquellos delitos en los que el tipo subjetivo transciende o bien queda rezagado al tipo objetivo. En los tipos del 497 bis el tipo subjetivo

(51) En contra, véase HIGUERA GUIMERÁ *Los delitos de colocación ilegal de escuchas telefónicas en el Código Penal Español*, M.º de Justicia, «Centro de Publicaciones», Madrid, 1986. En cuanto a la validez de la interpretación gramatical en el Derecho penal, véase MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, «Editorial Bosch», Barcelona, 1974, pp. 139 y ss.

(52) MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, traducción de Córdoba Roda, Barcelona, 1962, Tomo I, p. 276.

transciende al objetivo pues no se da la acción típica en tanto no se verifique la intención antijurídica del autor. En otras palabras, la mera realización del tipo objetivo no determina la tipicidad, la cual queda relegada a la verificación del tipo subjetivo (53).

Antes de continuar con el análisis crítico de este nuevo artículo creo importante realizar una breve comparación con el anteriormente existente 497 del Código Penal ya que se ha utilizado su estructura para la redacción del nuevo «simétrico» 497 bis (54).

El 497 del Código Penal se describe un tipo básico y un tipo cualificado, aunque, curiosamente, por razones históricas, está redactado en primer lugar que aquél. La Ley Orgánica 8/1983 ha modificado únicamente las cuantías de las multas a imponer por dichos delitos, incrementándolas de un modo más acorde con la situación económica actual. El nuevo delito de escuchas realizadas por particulares ha adoptado básicamente la estructura del 497 del Código Penal, con dos diferencias: por un lado, realizando una mejora sistemática al redactarse el tipo básico en primer lugar, seguido del tipo cualificado. En segundo lugar, el nuevo delito no recoge ninguna prescripción en cuanto a la realización de escuchas por parte de «padres, tutores o quienes hagan sus veces» hacia sus hijos o los menores que se hallen bajo su dependencia. El párrafo tercero del 497 del Código Penal, por su parte, exime de responsabilidad penal a dichas personas cuando descubrieren o revelaren secretos documentales de los menores bajo su dependencia. En este punto debe recordarse que en los trabajos parlamentarios de la Ley Orgánica 7/1984 se pidió por el Diputado Pérez Royo la desaparición del citado párrafo tercero evitar «el que sea el Código Penal, el legislador español, el que dentro de su sistema de valores ampare como un valor a proteger el hecho del padre o la madre que viola la intimidad del hijo...». En verdad, se ha desperdiciado una buena oportunidad para ampliar la tutela del derecho a la intimidad de los menores, para corregir una secuela histórica, otra, de un sistema político-social ya superado.

Sujeto activo en este delito puede ser cualquiera que actúe en cuanto que particular, es decir que no actúe como autoridad o funcionario público. Salvo en estos casos, cualquiera puede ser sujeto activo de este delito incluso dichas personas, en tanto en cuanto no cometan la acción típica en el ejercicio de sus cargos o funciones.

En cuanto al sujeto pasivo, en el caso de interceptaciones telefónicas, sólo pueden serlo aquellas personas que participen en la conversación escuchada. El 497 bis habla de «el que para conocer los secretos o la intimidad de otros, interceptare sus comunicaciones telefóni-

(53) Véase MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 182, donde ofrece esta interpretación para el artículo 497 del Código Penal.

(54) Véase debate parlamentario de la Ley Orgánica 7/1984.

cas...» Al usar la voz «otros» la Ley nos hace suponer que los secretos puedan afectar a terceras personas ajenas a la conversación escuchada a quienes conozcan los escuchados y hacia los cuales tengan estos un deber de reserva (v. gr. un secreto profesional). Sin embargo, el posesivo «sus» nos impide hacer extensivo el ámbito de este tipo penal a tales personas.

En el caso de la escucha subrepticia, sin embargo, el sujeto pasivo no puede limitarse tanto. En una escucha telefónica los posibles sujetos intervenientes en la conversación son limitados por las mismas condiciones físicas del medio. En una conversación no telefónica, pueden ser muchos los sujetos pasivos, incluso podría serlo un colectivo (este sería el caso de las escuchas llevadas a cabo dentro de locales de asociaciones políticas, o de escuchas de reuniones de consejos de administración, o de comités de empresa, por ejemplo). Es más, los avances recientes en la investigación científica han hecho posible la puesta en funcionamiento de teléfonos especiales que reproducen conversaciones sostenidas por un número ilimitado de personas (los llamados en las EE.UU. «conference calls»).

La determinación del sujeto pasivo es decisiva a la hora de conocer el titular del bien jurídico protegido y, por consiguiente, saber quién está legitimado para disponer del mismo. Como muy acertadamente escribe Jescheck: «sólo puede tenerse en cuenta el consentimiento cuando el que consiente es a la vez titular del bien jurídico protegido ya que una libertad que se realizara a costa de los demás sería lo contrario de un valor social (55). Tal determinación resulta aún más esencial en el tipo que nos ocupa ya que éste establece el consentimiento del sujeto pasivo como una causa de exclusión de la tipicidad, es decir, como un elemento objetivo del tipo formulado en forma negativa. Por tanto, saber que sólo quien tome parte en la conversación escuchada puede consentir es capital en este delito.

Ahondando en el tema del consentimiento, es importante dejar claro que, ya que todos los participantes en la conversación son titulares del bien jurídico protegido, es necesario que todos ellos presten su consentimiento para que la escucha sea considerada atípica. En caso de que haya más de dos personas implicadas en la escucha, todos deberán prestar consentimiento, y si sólo una de ellas consiente, ésta debería ser considerada partícipe de la acción punible (56).

Como ya se ha adelantado, el consentimiento tal como está redactado el 497 bis, constituye un elemento objetivo del tipo, redactado en forma negativa. Como tal, es necesario que este no exista para que la acción sea típica. Ahora bien, el consentimiento no se presume

(55) Véase JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, traducción de Muñoz Conde y Mir Puig, Editorial Bosch, Barcelona, 1985, Tomo I, p. 516.

(56) MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 7.^a ed., Sevilla, 1987, p. 150.

sino que debe ser expresamente declarado en virtud del carácter de derecho fundamental que tiene el derecho a la intimidad enunciando en el artículo 18 de la Constitución Española (57). Por tanto, del carácter de derecho fundamental del bien jurídico intimidad deriva la necesidad de una interpretación restrictiva de los límites de este derecho, el primero de los cuales es la propia voluntad del titular. Esta voluntad ha de expresarse inequívocamente a la hora de permitir cualquier acceso de extraños a la esfera íntima (58).

El consentimiento opera aquí como un caso de conformidad (lo que Jescheck denomina «acuerdo» en contraposición al mero «consentimiento»), y no como causa de justificación. En los casos de «acuerdo», la voluntad del sujeto pasivo determina la existencia o no del delito. No hay lesión del bien jurídico porque la existencia de ésta depende exclusivamente del titular del mismo. En el caso del 497 bis, el consentimiento a la realización de escuchas equivale al consentimiento para acceder a la esfera íntima del titular, lo cual constituye una acción socialmente aceptada y normal. El tercero que desee acceder a la conversación deberá recabar el consentimiento de cada una de las partes de la misma. Una vez tal consentimiento es prestado, la realización de la escucha será atípica (59). Esta posición no significa admitir la llamada Teoría de los Elementos Negativos del Tipo. Nótese que Jescheck sólo habla de casos en que la justificación de la conducta se basa en el consentimiento en los supuestos en que el sujeto pasivo tiene dominio absoluto sobre la incriminación del actor. En el caso de este nuevo tipo, la redacción legal no deja lugar a dudas, siendo el sujeto pasivo dueño de la incriminación o no de la acción.

Dado el carácter de imprescindible que tiene el consentimiento en la determinación de la tipicidad, no es posible aceptar la presunción de dicho consentimiento, el cual, deberá, por tanto, prestarse con anterioridad a la escucha (60).

La respuesta a interrogantes como qué forma de consentimiento es aceptable (oral, escrita), o quién debe prestar el consentimiento a la escucha (todos los participantes o sólo uno), habrá de ser provista por la Jurisprudencia y los usos sociales. En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya en un caso, considerando

(57) CLAVERIA, L. H., *Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo*, «Anuario de Derecho Civil», 2.º trimestre, 1984.

(58) GARCÍA PABLOS, *op. cit.*

(59) En este sentido también Bustos, si bien él considera que el consentimiento es siempre causa de atipicidad en cuanto el tipo exija actuar «contra la voluntad» del sujeto pasivo. *Manual de Derecho Penal Español*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p. 107.

(60) CLAVERIA, *op. cit.*

que la grabación de una conversación por uno de los sujetos de la misma no conculca el derecho a la intimidad (61).

Tipo subjetivo

Además del dolo natural, que en este caso supondría la conciencia y voluntad del sujeto activo de realizar la escucha sin el consentimiento del/los participantes en la conversación escuchada, el nuevo 497 bis requiere un especial elemento subjetivo del injusto consistente en la intención de descubrir los secretos o la intimidad de otros. Se confirma pues el carácter de delito estructuralmente incongruente ya que, como vemos, el tipo subjetivo transciende al objetivo. Esto supone, asimismo, una superación técnica con respecto al «simétrico» 497 del Código Penal ya que no se puede dar en este caso polémica alguna en relación con la intención del autor. Aquí la intención es determinante de la existencia de acción típica. El Tribunal Supremo ya ha sentado en este sentido una doctrina que hoy por hoy puede ser aplicable al 497 bis, doctrina en la que se concede una importancia capital al elemento intencional en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. En la sentencia de 19 de junio de 1923, el Tribunal Supremo decidió que para la aplicación del 497 es imprescindible que el apoderamiento de cartas o papeles se realice con el fin de descubrir el contenido de los mismos, se divulgue o no. (Ver también STS 03/04/57.)

Antijuricidad

En este delito, así como en el nuevo 192 bis, se plantea la interrogante de qué causas de justificación son admisibles. En concreto, se plantea si son admisibles el estado de necesidad, y el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un cargo.

En primer lugar, para la existencia de un estado de necesidad es necesario que el sujeto activo se encuentre en una situación de peligro inminente en la que deba decidir entre causar o no un mal para evitar que otro mal sea causado (art. 8.7 CP «...para evitar un mal, se lesione un bien jurídico o se infrinja un deber»). En el caso del delito que nos ocupa, es posible, de un modo teórico, admitir la posibilidad de realización de escuchas ilegales en un estado de necesidad. Los problemas en la práctica son varios. En primer lugar, la dificultad de probar la inmediatez del peligro que provoca la colocación de es-

(61) Sent. Tribunal Constitucional. Núm. 114/1984 de 29 de noviembre, «B.O.E.», supl. núm. 305 de fecha 21 de diciembre de 1984.

cuchas en estado de necesidad. En segundo lugar, el mal que se causa implica siempre necesariamente una agresión a un derecho constitucional fundamental. Por tanto, el bien jurídico que se intenta proteger con la realización de la escucha habría de ser un valor al menos igual a aquél que se evita sea lesionado («el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar», art. 8.7 CP). En los delitos que nos ocupan, el bien jurídico protegido es, como hemos visto, la intimidad personal y familiar (62).

Así pues, dado el rango constitucional del derecho a la intimidad, no es posible admitir un estado de necesidad que elimine la antijuricidad, ya que cualquier bien jurídico que se intente proteger será, al menos, de igual importancia que el que se ha lesionado. Si es admisible, por el contrario, la existencia de un estado de necesidad exculpante en aquellos casos en que se intente proteger un bien jurídico de igual valor al derecho a la intimidad (dejando a salvo el derecho a la vida cuyo valor no puede ser comparable a ningún otro derecho). Sin embargo, en la práctica, ¿cómo llegaría a darse el caso de que alguien alegase dicho estado de necesidad ante un Tribunal de Justicia? Para que tal caso se diese, la persona escuchada debería haber denunciado al sujeto activo, con lo que, si realmente iba a lesionar algún bien jurídico, nunca podría denunciar alguna por temor a ser descubierta. Si, por el contrario, dicha persona no tenía intención de lesionar nada ni a nadie, el único expediente al que podría acogerse el sujeto activo de la escucha sería un estado de necesidad putativo, alegando que creyó erróneamente estar evitando la lesión de un bien jurídico de igual valor. Este caso se trataría como un error sobre la causa de justificación, aplicándose el artículo 6 bis a) 3), error de prohibición. Si el error fuese invencible, el sujeto sería eximido de responsabilidad penal, aunque su acción fuera típicamente dolosa. En caso de error vencible, el sujeto activo respondería con la pena establecida para el delito doloso, si bien atenuada en uno o dos grados, conforme a la regla del artículo 66 del Código Penal, lo cual significa que, la mayoría de las veces, este delito quedará impune.

No cabe aplicar la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho o cargo. En cuanto al ejercicio legítimo de un derecho, este artículo no contiene prescripción alguna relativa a exención de responsabilidad penal a los padres con respecto de los secretos o la intimidad de sus hijos. Es este otro vacío legal a aclarar por la Jurisprudencia. Parece no obstante que, en principio, no debería ser aceptable dicha causa de justificación, por las razones mencionadas arriba.

(62) En contra Gimbernat, opina que lo que hay que tener en cuenta en el estado de necesidad es la comparación de los males que se causan y evitan en lugar de comparar los bienes jurídicos en conflicto. Ver GIMBERNAT ORDEIG, *Estado de Necesidad: un problema de antijuricidad*, en «Estudios de Derecho penal», Editorial Civitas, Madrid, 1976, pp. 107 y ss.

Formas imperfectas de ejecución

Como regla general, el Tribunal Supremo suele negar que los delitos de mera actividad pueden realizarse imperfectamente, en base a la llamada teoría objetivo-formal de la consumación: al empezar a realizarse una acción típica se consuma el delito (63). Gómez Benítez ve posible, no obstante, admitirlas en base a la idoneidad de la conducta para la consumación del delito (64).

Para Muñoz Conde, «en los delitos de mera actividad, si bien teóricamente no haya inconveniente para apreciar la tentativa, en la práctica no se castiga». En este sentido, este autor considera que caben la tentativa y frustración de los delitos de escuchas ilegales (65).

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, el inicio de la acción típica consuma el delito. Sin embargo, como pone de relieve González Gutián, en el caso de las escuchas subrepticias, la elección por el legislador del verbo «utilizar» requiere algo más que la mera colocación de estos instrumentos o artefactos técnicos (66). Por ello, en estos casos, se darían formas imperfectas cuando por razones ajenas a la voluntad del sujeto activo dichos instrumentos se dispusieran para la realización de la escucha, pero no llegarán a ser utilizados. Sin embargo, en el caso de las escuchas telefónicas, la mera manipulación de cables ya representaría una «interceptación». Por ello, no es posible, en las escuchas telefónicas, encontrar una diferencia valorativa entre los actos ejecutivos y la efectiva realización de la escucha.

Penalidad

La doctrina dominante propugna convertir los delitos de escuchas realizadas por particulares en delitos privados, accionables solamente previa querella de la persona ofendida (67). De esta manera se podría garantizar la posibilidad de prestar consentimiento tras la realización de la escucha dejándose así a la voluntad del sujeto pasivo la posibilidad de perseguir o no al sujeto activo.

No obstante, *de lege ferenda*, la existencia de una regulación civil bastante más amplia que la pena (L. O. 1/1982), pone en duda la eficacia y conveniencia de la utilización del derecho penal para reparar estos injustos. Es preciso, además, recordar que en base al principio de intervención mínima, el Derecho penal ha de utilizarse como último recurso, siendo preferiblemente una regulación no penal del

(63) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, Madrid, 1984, p. 254.

(64) *Op. cit.*, p. 264.

(65) MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, *cit.*, p. 150.

(66) GONZÁLEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pp. 148-149.

(67) Por todos, GONZÁLEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pp. 196 y ss.

asunto, si con ella se satisfacen los fines últimos de la pena (prevención general y especial). Agresiones muy graves a bienes jurídicos muy importantes deben ser castigadas penalmente como, por ejemplo, un allanamiento de morada. Pero, dada la vaguedad y difícil concreción del derecho a la intimidad en casos de conflictos entre particulares, parece más aconsejable que otros ataques al mismo queden fuera del ámbito penal. El derecho a la intimidad reconocido constitucionalmente es una garantía política frente al poder abusivo del estado, pero también frente a abusos por los particulares. Sin embargo, parece desproporcionado condenar penalmente a un particular por realizar escuchas ya que la sanción pecuniaria civil es, o puede ser, lo suficientemente importante como para asegurar un alto grado de prevención general. La opción por la sanción penal o la civil ha de depender, como se ha dicho, de su efecto en aras a la prevención general de una conducta que se considera antijurídica. Así, el expediente penal no siempre asegura este fin, por ejemplo cuando las sanciones penales no se aplican por razones técnicas (oscuridad de la redacción legal) o políticas (tolerancia de fiscales y policía). Por otro lado, las sanciones civiles pueden no tener el efecto deseado si el sujeto activo es lo suficientemente rico como para hacerles frente.

Con todo, parece prudente mantener por el momento la criminalización de estas acciones, siquiera sea como declaración de voluntad política por parte del legislador de conceder al derecho a la intimidad un valor primordial en el ordenamiento jurídico. Por ello, la penalidad actual del delito de escuchas por particulares resulta, adecuada (68).

El tipo cualificado del 497 bis

Al tratarse de un delito de dos actos, lo primero que hay que resaltar es la necesidad de que se haya consumado el tipo básico. En este tipo cualificado, lo que se castiga es la divulgación o revelación de lo descubierto por medio de una interceptación telefónica o de una escucha subrepticia. Lo que se aprehenda por medio de tal acción ha de ser necesariamente parte de la intimidad del sujeto pasivo o un secreto del mismo, o de los mismos, ya que divulgarse algo que no es secreto, no se estaría dañando ningún bien jurídico del sujeto pasivo. Lo mismo puede decirse en el caso de divulgación de información que no pertenece a la intimidad del sujeto pasivo.

En cuanto al tema del consentimiento en este tipo, resulta esencial que el mismo se formule antes de la realización de la divulgación o revelación, por la misma razón señalada antes para el tipo básico. Dicho consentimiento ha de ser expreso y específico para el acto de

(68) En contra, GONZÁLEZ GUITIÁN, *op. cit.*, p. 183, quien propugna una sanción más severa para estas acciones.

divulgar o revelar. No debe ser aceptable una autorización en blanco para acceder a los secretos o la intimidad como la que prevé el tipo básico. En este sentido, Vidal Martínez considera que, en el ámbito del Derecho civil, todo pacto de exclusiva de posibles intrusiones futuras en la intimidad de alguien es nulo (69). El consentimiento opera aquí como una causa de justificación. No puede considerarse parte de la tipicidad. En cuanto a la admisibilidad de otro tipo de causas de justificación me remito a lo dicho con relación al tipo básico.

Por último y dado que este delito puede inscribirse dentro de los llamados delitos de varios actos, sería posible admitir, teóricamente, formas imperfectas de ejecución. Es posible imaginar tentativa o frustración en este delito cuando se descubra la realización de actos tendentes a la divulgación del secreto o de la información íntima antes de que se lleve a cabo la misma. Podría pensarse, por ejemplo, en el caso de un periodista que mandase un artículo a máquinas, conteniendo la información reservada y fuese descubierto accidentalmente por el sujeto pasivo antes de ser imprimido, o que se posponga la tirada de la publicación por causa de una huelga. En tal caso, al tratarse de un delito de dos actos, el sujeto activo sería responsable por el tipo básico consumado y por el cualificado en grado de tentativa o frustración, es decir, operaría un concurso ideal de delitos (70).

CAPITULO III

EL DELITO DE ESCUCHAS TELEFONICAS ILEGALES REALIZADAS POR FUNCIONARIOS

La acción en este delito es básicamente similar a la descrita en el 497 bis. Hay un tipo básico, el interceptar las comunicaciones telefónicas o utilizar artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido, y un tipo cualificado consistente en la divulgación o revelación de la información obtenida por cualquiera de los medios citados en el tipo básico. Los medios comisivos en este delito son o pueden ser idénticos a los ya reseñados en el tipo básico, ya expuesto en el capítulo anterior.

La gran diferencia entre éste y el 497 bis estriba en el tipo subjetivo ya que el nuevo 192 bis no exige ninguna intención específica en la realización de las escuchas para considerar una acción como típica. Basta con que una persona investida del «status» de autoridad, funcionario público, o agente de éstas, lleve a cabo una de las acciones descritas en el tipo objetivo sin la necesaria autorización legal (judi-

(69) VIDAL MARTÍNEZ J., *Protección a la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español*, «Revista de Derecho Privado», 1981, p. 767.

(70) JESCHECK, *op. cit.*, Tomo II, pp. 1004 y 1013.

cial o, en algunos casos, administrativa) para que su acción sea típica. Esta «objetividad» del tipo hace también posible interpretar literalmente el verbo «interceptar» como interrupción o impedimento de las comunicaciones telefónicas por funcionarios (71).

Sujetos activos de ese delito lo son pues aquellas personas que actúen como autoridad, funcionario público o agente de éstas. El artículo 119 del Código Penal define quienes, a efectos penales, se reputarán autoridad o funcionario. No obstante, este artículo no hace mención alguna a los denominados «agentes». Siguiendo la definición del citado artículo, «se reputará autoridad al que por sí solo o como individuo de alguna Corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia». funcionario público lo es «todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de la autoridad competente participe del ejercicio de las funciones públicas». El artículo 119 del Código Penal menciona específicamente a los funcionarios del Ministerio Fiscal, los cuales se reputarán Autoridad, a efectos penales.

Hay que hacer notar aquí que la definición de funcionario público que ofrece el Código Penal es específica para efectos penales y nada tiene que ver con cualquier otra que se considere apropiada en derecho administrativo. Es más, se afirma, que el Código Penal no ofrece una definición propia de funcionario público, sino que ofrece únicamente unas pautas para determinar en cada caso quien ha de ser considerado como tal (72). Queralt se decanta por una visión amplia del concepto de funcionario. Para él, el Código Penal da un concepto de funcionario que debe entenderse, engloba dentro de sí al de autoridad y al de agente. Como muy bien señala, no es posible entender una autoridad que no sea funcionario público ya que los dos caracteres que según el Código Penal definen al funcionario (el ser nombrado en virtud de una disposición legal) y el particular en el ejercicio de las funciones públicas deben estar presentes en toda persona que actúe como autoridad.

En resumen, sujeto activo de este delito lo será aquella persona que participe en el ejercicio de las funciones públicas, ejerciendo mando o jurisdicción o ejecutando lo dispuesto por superiores jerárquicos, y cuyo nombramiento se haya hecho en base a una disposición de rango legal.

No obstante, no toda persona que reúna las características reseñadas arriba será siempre considerado sujeto activo de este delito, sino sólo cuando llevase a cabo una de las acciones en él tipificadas, en el ejercicio de su cargo o función. En caso de que tal acción se llevase

(71) GONZÁLEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pp. 99-105.

(72) QUERALT, *El concepto de Funcionario Público en el Derecho penal Español*, en «ADP», 1985, p. 484.

a cabo estando «fuera de servicio», dicha acción podría constituir un delito del 497 bis. No parece justo adherir la condición de funcionario a la piel de las personas que ejercen tales cargos (73).

Por otro lado, si es de sentido común extender la aplicación de este delito en los casos en que el funcionario lleve a cabo la acción típica en su tiempo libre, pero prevaleciéndose de su oposición o de los medios que por razón de su función o cargo están a su alcance. En estos casos, el funcionario respondería por un delito de escuchas del 497 bis aplicándose la agravante de prevalimiento del artículo 10.10 del Código Penal (74).

En cuanto al sujeto pasivo, este puede serlo cualquiera. No parece existir duda alguna sobre la titularidad del bien jurídico protegido, al ser clara la redacción legal. No se especifica qué comunicaciones (las de quién) son las interceptadas, sino se *castiga cualquier escucha ilegal por el solo hecho de ser llevada a cabo por un servidor público en contra de un ciudadano cualquiera*. En cualquier caso, no parece posible plantearse en este supuesto la tipicidad de una grabación inconsentida de una conversación entre un funcionario y un particular. Dicha acción sería típica ya que el artículo 192 bis no exige la existencia de ningún elemento subjetivo del tipo (75).

El 192 bis supone una agravación de la responsabilidad criminal con respecto a la del resto de los ciudadanos que es acorde con la especial naturaleza de la función pública. La razón de ser de un delito específico de escuchas ilegales realizadas por funcionarios, extensible también a la de los demás delitos del Título II del Código Penal, rebelión hasta la apertura de cartas, debe ser el interés del ejecutivo en garantizar el más escrupuloso cumplimiento de las leyes por parte de sus servidores. Dicho cumplimiento, al tratarse de leyes dictadas por órganos legislativos democráticamente elegidos por el pueblo, pondrá de manifiesto el respeto del Ejecutivo del Estado por los designios de la voluntad popular, de entre los cuales los derechos y libertades constitucionales y su pacífico disfrute constituyen su contenido elemental. Lo contrario sucedía en el Código Penal de las reformas del período democrático, cuando los funcionarios recibían un trato de favor con respecto de los particulares (76).

La Ley Orgánica 7/1984 supone un paso adelante hacia la protección de los ciudadanos frente a agresiones a sus derechos fundamentales por parte de los funcionarios, si bien, en la práctica, poco ha

(73) En este sentido, ver MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, p. 645.

(74) GONZÁLEZ GUITIÁN, *op. cit.*, p. 190.

(75) Salvo, claro está, que esta grabación se realice en el ejercicio legítimo de un cargo, siempre y cuando el funcionario no intente usar la información recabada en un proceso penal contra el particular, ya que ello violaría el constitucional a no declarar contra sí mismo, lo cual se verá con más detalle *infra*.

(76) Ver MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, *op. cit.*, p. 602.

cambiado desde la publicación de la Constitución en lo que respecta al tratamiento cualificado de los delitos realizados por funcionarios.

En cuanto a los elementos subjetivos del tipo, el dolo natural exige la conciencia y voluntad de realizar la escucha ilegal en cualquiera de las formas reseñadas en el 192 bis. No exige aquí ningún especial elemento subjetivo como en el caso del 497 bis. Para la tipicidad, lo mismo da que la escucha se haga con la intención de descubrir la intimidad de una persona como que se haga para descubrir si paga o no sus impuestos.

Razones de política criminal (fundamentalmente la aplicación del principio de intervención mínima), desaconsejan extender la aplicación de este precepto a casos de comisión culposa. Tales acciones, si es que son dables, pueden ser corregidas más eficazmente mediante sanciones administrativas que con una conminación penal.

Antijuricidad

El artículo 192 bis establece dos causas de justificación específicas para este delito: la autorización judicial y la autorización administrativa, prevista en desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución Española. Antes de entrar en detalle en las mismas, ha de advertirse que, aunque redactadas en el tipo, la autorización judicial y la autorización administrativa no son elementos negativos del tipo sino que operan como causas de justificación. Razones de política criminal, aquí como antes en el tipo del 497 bis aconsejan esta posición, sobre todo, por la necesidad de dar una respuesta penalmente adecuada a los casos de error sobre la existencia de autorización (77). Por la misma razón que es necesario un tratamiento especialmente duro para con los delitos realizados por funcionarios, no debe permitirse tampoco que éstos puedan alegar error en la existencia de autorización y ser eximidos de responsabilidad criminal. Los servidores de la Administración, local, autonómica o estatal, deben conocer, siquiera sea de un modo general, por razón de sus cargos o empleos el contenido de las normativas relacionadas con tales empleos. En otras palabras, debe acuñarse una presunción normativa de conocimiento de dichas normas.

Por tanto, tratándose estas autorizaciones como causas de justificación, el artículo 6 bis a) 3) del Código Penal —error de prohibición— sería aplicable a los casos de error sobre la existencia de las mismas (y no el 6 bis a) 1) —error de tipo—), con lo que en caso de error invencible el funcionario se consideraría culpable, aunque con una pena atenuada.

(77) GONZÁLEZ GUITIÁN, *Algunas notas sobre la tipificación penal de las escuchas telefónicas*, en «Poder Judicial», núm. 6, p. 23, junio, 1987.

En la práctica, sin embargo, esta medida será más simbólica que otra cosa ya que la mencionada atenuación acarrearía, como en el caso del 497 bis, la impunidad o en todo caso una penalidad mínima.

Con todo, aplicar el error de prohibición a la acción de colocación ilegal de escuchas por parte de funcionarios debe significar que esta acción no va a ser considerada «objetivamente lícita» por parte del funcionario, ni, lo que es más importante aún, por parte de la víctima (78). Sin perjuicio de que ambos tipos de error puedan y deban estar sujetos a sanción disciplinaria administrativa, es necesario insistir en la necesidad de que los jueces interpreten restrictivamente los casos de error de prohibición alegados por los funcionarios, aplicando la mencionada presunción de conocimiento de la Ley, y teniendo siempre en cuenta la función motivadora de la norma penal. Así, existe un riesgo manifiesto de obsolescencia de este precepto penal lo cual anularía dicha motivación y, por tanto la eficacia y credibilidad de las normas penales (79).

1) Autorización judicial

Hay que reiterar una vez más que no existe todavía en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal un procedimiento específico para la tramitación judicial de dicha autorización. El artículo 597 LECrim. habilita al Juez de Instrucción a acordar la detención de la correspondencia postal y telegráfica en la fase sumarial si «hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa». Artículo 582 LECrim. permite a su vez al Juez de Instrucción ordenar que por la Administración de Telégrafos se le faciliten copias de los telegramas por ella transmitidos. En fase sumarial no existe precepto alguno que regule la intervención telefónica o la colocación de aparatos de escucha, grabación, transmisión o reproducción del sonido por orden judicial.

No obstante, dichas órdenes fueron especialmente dadas por el Juzgado Central de Instrucción en la investigación de casos de terrorismo. Tal práctica ha levantado críticas en diversos sectores de la Magistratura por considerarse que el procedimiento de control establecido en la Ley Orgánica 8/1984 —Ley Antiterrorista—, no está siendo debidamente seguido.

En la mayoría de los países de nuestra esfera política se recogen preceptos relativos a la intervención judicial de 45 teléfonos y la vigilancia sobrepticia (80)

(78) Ver MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho penal*, Valencia, 1988, p. 84, nota 5.

(79) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y Control Social*, Jerez, 1983, pp. 33 y ss.

(80) El Codice di Procedure italiano, por ejemplo establece la posibilidad de que el Juez interrumpa impida o intercepte comunicaciones o conversaciones telefónicas,

En España *de lege ferenda* sería deseable que la LECrim. regulase asimismo el procedimiento por el cual las escuchas pueda ser ordenadas por el Juez y, sobre todo, dentro de qué límites. En cuanto a estos límites, debería reservarse el uso de este procedimiento a la averiguación de delitos especialmente graves en los cuales el bien jurídico presuntamente lesionado o puesto en peligro sea de una importancia superior o al menos igual al bien jurídico intimidación (de nuevo aquí en virtud del principio de intervención mínima) (81).

Por último, sería aconsejable que se llevara por parte del Juez de Instrucción un registro especial de escuchas para evitar la oscuridad e indefensión en que se encuentran subsumidos en la actualidad los ciudadanos que son objeto de las mismas (82).

2) Autorización administrativa

Esta autorización, prevista en la Ley Orgánica 8/1984, para la investigación de delitos de terrorismo, plantea ciertos problemas de orden jurídico y práctico. En principio está claro que su existencia esté acorde con la letra de la Constitución. El artículo 55.2 de la Constitución Española establece la posibilidad de que en los casos de actuación de bandas armadas y de terrorismo sea posible suspender la vigencia de los artículos 17.2 y 18.2 y 3 para determinadas personas. Dos límites específicos se ponen a dicha suspensión: la intervención judicial y el control parlamentario.

El artículo 17 de la Ley Antiterrorista establece que el Juez podrá, por resolución motivada, autorizar la observación postal, telegráfica o telefónica por un plazo de hasta tres meses respecto de aquellas personas de las que (siempre con relación a bandas armadas, rebeldes o elementos terroristas) resulten indicio de responsabilidad criminal o en las que se sirvan (como cómplices de encubridores) para la realización de sus fines ilícitos. En su apartado segundo, este artículo permite que la escucha sea decretada *en caso de urgencia* por el Ministro de Interior o, en su defecto, por el Director General de la Seguridad del Estado quienes deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia al Juez mediante escrito motivado. El Juez podrá confirmar o revocar tal resolución en un plazo máximo de 72 horas desde que fuera ordenada la observación. En todo caso, en el punto tercero se ordena que el resultado de la observación ha de comunicarse puntualmente al Juez quien podrá revocar lo acordado total o parcialmente, debiendo ser ejecutada inmediatamente tal resolución.

aunque limita el uso de este procedimiento a la averiguación de una serie de delitos específicamente detallados que revisten una especial gravedad. Véase DiCiolo-DiMucio, *L'intercettazione telefonica e il diritto alla riservatezza*, «Giuffre editore», Milano, 1974.

(81) Véase MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit.; pp. 50 y ss.

(82) En este sentido, MORALES PRATS, op. cit.; HIGUERA GUIMERÁ, op. cit.

Sin querer entrar en la polémica sobre la constitucionalidad de la Ley Antiterrorista (que excede los límites de este trabajo), esta causa de justificación plantea problemas de orden práctico y técnico. En primer lugar, y por las razones arriba expresadas, se hace necesaria la llevanza de un registro de escuchas ordenadas por el Juzgado Central de Instrucción. De este modo se podrá hacer posible y efectivo el control judicial de las escuchas autorizadas judicialmente. El artículo 52.2 de la Constitución Española exige una «necesaria intervención judicial» en los casos de suspensión de los derechos del 17.2 y 18.2 y 3. Sin un registro de escuchas no le es posible al Juez saber en cada momento qué teléfonos están intervenidos o qué individuos están siendo escuchados, con lo que no le es posible llevar a cabo intervención alguna en las escuchas y, por tanto, convierte en papel mojado su poder de revocación (83).

En segundo lugar, sería necesaria, asimismo, la llevanza de un registro detallado de escuchas por parte de la Dirección General de Seguridad del Ministerio del Interior. Dicho registro servirá para comprobar que no se ordenen más escuchas que aquéllas de las que se da cuenta al Juez y que éstas son llevadas a cabo en casos de auténtica urgencia. Aunque la definición de «urgencia» haya de ser establecida por la Jurisprudencia, es necesaria una interpretación lo más restrictiva posible del mismo en base al claro mandato constitucional de los artículos 55.2 y 17.3.

En cuanto a la posible aplicación de otras causas de justificación, es de reseñar, como pone de manifiesto Higuera Guimerá (84), que estaría justificada una escucha telefónica o subrepticia llevada a cabo en cumplimiento de lo ordenado por el Congreso de los Diputados con respecto a los estados de excepción y de sitio.

Por lo que respecta a la admisibilidad de otras causas de justificación, me remito a lo reseñado en el capítulo anterior, si bien quisiera aclarar aquí que no es posible la aplicación del estado de necesidad ya que ello serviría para legitimar conductas prohibidas. Toda aceptación de alegaciones de estado de necesidad por parte de funcionarios resultaría en la inocuización del papel controlador del juez como exclusivo (para la inmensa mayoría de los delitos) autorizador

(83) Así, por ejemplo, *El País* (9/10/86) reseñaba la solicitud del Juez de Instrucción de Bergara a los Juzgados Centrales de Instrucción de que le fuera facilitada una lista de los ciudadanos de su partido judicial cuyo teléfono se encontraba intervenido. En dicho artículo se recogía la creencia de muchos ciudadanos vascos de que no existe control judicial alguno sobre las escuchas realizadas en el país y la inexistencia total de registros que den cuenta de aquellos teléfonos que están intervenidos.

En este sentido en los EE.UU. también se puso de relieve por parte de la asociación de abogados «Roscoe Pound» la indefensión de los ciudadanos ante actuaciones gubernamentales de este tipo. Ver *Privacy Law in a free society*, The Roscoe Pound American Trial Lawyers Foundation, 1974, artículo recogido en *The right to privacy*, edited By «Grant S. McClellan», New York, 1976, pp. 226 y ss.

(84) HIGUERA GUIMERÁ, *op. cit.*, p. 33.

de escuchas. Asimismo, ello privaría de eficacia al artículo 192 bis como motivador de la conducta de los funcionarios.

Por consiguiente, es necesario adoptar, dentro del procedimiento de autorización de escuchas, un expediente para la autorización urgente de las mismas, el cual podría recaer en la figura del juez de guardia.

Descartado el estado de necesidad, ha de plantearse la posibilidad de admitir el ejercicio legítimo de un cargo, del artículo 8.11 del Código Penal. Por la razones adelantadas arriba, si se admite la necesidad de una presunción normativa de conocimiento de las normas relativas a su profesión o cargo, la misma no sería admisible, al ser parte de dichas normas la exigencia legal de autorización judicial para la realización de escuchas. Por último, en cuanto a la obediencia debida, es posible admitir esta justificación cuando la orden de colocar escuchas telefónicas o subrepticias no fuese manifiestamente ilegal, lo cual habrá de ser determinado en cada caso por los jueces y tribunales.

En todo caso, no debe olvidarse que la realización de escuchas ilegales por funcionarios causa un perjuicio al derecho fundamental a la intimidad de los ciudadanos, y que el estado ha de considerar prioritaria la defensa del mismo. Así pues, el ciudadano debe disponer de alguna compensación por la conculcación de este derecho, la cual puede ser de carácter penal la imposición de la pena (retribución); de carácter civil —daños y perjuicios pagados por el estado; o procesales —la prohibición de usar en juicio pruebas obtenidas ilegalmente. Esta última circunstancia se dará en la práctica en el momento que el funcionario divulge la información obtenida ilegalmente, por lo que veremos este tema en el apartado dedicado al delito cualificado del 192 bis.

Formas imperfectas de ejecución

Por las mismas razones dadas por el 497 bis, éstas son admisibles en las escuchas subrepticias, pero en las escuchas telefónicas. Como se vio entonces, el tipo básico de escucha telefónica, al ser un delito de mera actividad, se consuma con la mera iniciación de la conducta delictiva, sobre todo en este caso en el que no se exige intención alguna para la realización del tipo. Higuera entiende que para la perfección del tipo de escucha subrepticia es necesario que el sujeto activo vulnere la intimidad personal o familiar. Tal especificación no parece, no obstante, necesaria ya que la mera realización de una acción de este tipo constituirá un ataque a la intimidad personal y familiar.

El tipo cualificado

En este tipo se castiga la revelación o divulgación de secretos obtenidos por alguno de los medios ilícitos descritos en el tipo básico. Aquí no se plantea la duda del 497 bis sobre si lo que se revela ha de ser descubierto por medios ilícitos o si basta con que se revelen secretos. La redacción del segundo párrafo no deja lugar a dudas: ha de tratarse de información obtenida haciendo uso de cualquiera de los métodos descritos en el tipo básico. Parece claro que lo revelado o divulgado ha de afectar a la intimidad o los secretos del sujeto pasivo ya que la revelación de algo ya conocido públicamente sería irrelevante. Nos encontraríamos en este caso ante un supuesto de tentativa absolutamente inidónea o delito imposible. Sin embargo tal actividad resultaría un indicio de la realización del tipo básico, con lo que el sujeto activo respondería por tal concepto.

Dada la especial cualificación del sujeto activo, el problema central en el delito cualificado es la legitimidad de la posible utilización como prueba en juicio de la información obtenida por cualquiera de los medios ilícitos de escucha telefónica o subrepticia sin autorización legal.

Hay que aclarar, primeramente, que, en principio, la mera realización de una tal actividad constituiría un supuesto de delito básico de escuchas y la aportación en juicio de lo descubierto constituiría una acción típica del delito cualificado (sin perjuicio de que le fuese aplicable alguna causa de justificación), cuyo tratamiento no difiere en este tipo cualificado del descrito arriba para el tipo básico.

Sin embargo, no se debe olvidar que este hecho coincide con el descubrimiento de pruebas que demuestran la comisión de un delito posiblemente más grave que el delito cometido por el agente. Aunque, como se ha visto, no parece técnicamente posible admitir la eximente del 8.11 del Código Penal, ello no significa que la condena por escuchas ilegales del agente repercuta en la eficacia procesal de las pruebas obtenidas.

El tema se planteó en los EE.UU., país donde tuvo origen la llamada teoría de la «*exclusionary rule*» por la que pruebas obtenidas por la policía en violación de un derecho constitucional han sido consideradas inválidas en juicio y su admisión en juicio ha sido prohibida. Los derechos protegidos son, fundamentalmente, el derecho a declarar contra sí mismo, de la 5.^a enmienda y la protección a la libertad frente a registros y confiscaciones arbitrarias, de la 4.^a enmienda. Así, la Corte Suprema de los EE.UU. ha considerado inadmisible las confesiones obtenidas, tanto por medio de coacción física (85) o psíquica (86). Asimismo, la Corte Suprema ha considerado inadmisi-

(85) *Brown v. Mississippi*, 297 US 278, 1936.

(86) *Spano v. New York*, 360 US 315, 1959 *Escobedo v. Illinois*, 378 US 478, 1964.

bles pruebas obtenidas conculcando la 4.^a enmienda, es decir, la entrada, registro y confiscación de propiedad en domicilio privado sin autorización judicial (87). Por último, las declaraciones incriminadoras obtenidas por la policía antes de advertir al detenido de su derecho a mantener silencio han sido también suprimibles como prueba en juicio (88).

Esta doctrina tuvo desde un principio bastantes detractores (salvo en lo relativo a las confesiones extraídas por medio de violencia) que no entendían que el hecho de que un agente cometiera un error (que, por ejemplo, no obtenga autorización para un registro) deba resultar necesariamente en la supresión de una prueba que es a todas luces indicativa de la comisión de un delito (89). De hecho en la actualidad, esta corriente goza del favor del gobierno en Washington, muy preocupada con dar una impresión de dureza en la persecución de los delitos (90). Coincidientemente, la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema ha restringido gravemente el alcance de la «*exclusionary rule*» (91). Con todo, puede decirse que la necesidad de la misma sigue siendo aceptada por los jueces estadounidenses, en términos generales.

La experiencia norteamericana puede servir de guía a los Tribunales españoles a la hora de afrontar este tema. Especialmente importante es el debate en aquel país sobre el fundamento de la supresión de pruebas. Básicamente dos argumentos apoyan la supresión de pruebas: uno substantivo, y otro procesal. El primero basa la supresión en la creencia de que la conculcación de un derecho lleva implícita la ineficacia de cualquier prueba obtenida de ese modo. Toda prueba que se obtenga así será considerada anticonstitucional e inválida de pleno derecho. Por tanto, la supresión tiene, para los defensores de esta teoría, un carácter material de garantía: es un requisito para el pleno desarrollo de ese derecho (92). El segundo argumento, que es el prevalente en la actualidad en los EE.UU., ve la exclusión de pruebas como un modo, entre varios posibles, de reparar la conculcación de derecho por parte de la policía; se trata de una regla meramente procesal cuya sanción por los tribunales es discreccional y no tiene carácter sustantivo. Es un modo de prevenir la conculcación de derechos civiles por la policía en la investigación de delitos.

(87) *Weeks v. United States*, 232 US 383, 1914; *Mapp v. Ohio*, 367 US 643, 1961.

(88) *Miranda v. Arizona*, 384 US 436, 1966.

(89) WILKEY, M. R., *The Exclusionary Rule: Why Suppress Valid Evidence?* «*Judicature*», noviembre, 1978, Vol. 62, núm. 5.

(90) Report to the Attorney General on the Law of Pre-trial Interrogations. US Department of Justice, Office of Legal Policy, february 12, 1986.

(91) No debe olvidarse que el presidente Reagan ha nombrado a tres nuevos jueces de talante conservador en sus ocho años en la presidencia.

(92) Esta teoría es abrazada por la corriente «civil libertaria» de la Corte Suprema, cuyos exponentes más destacados pueden ser los jueces Marshall y Brennan. Asimismo, la American Civil Liberties Union (ACLU) defiende esta posición.

En España, tras la publicación de la sentencia 114/1984 de 29 de noviembre de 1984, puede decirse que se ha reconocido, al menos nominalmente, la ineficacia en el proceso de las pruebas obtenidas en violación de un derecho constitucional. Esta premisa es aplicable, en principio, tanto al proceso penal como al civil, al contrario que en los EE.UU. donde la «*exclusionary rule*» sólo se aplica en casos penales. La sentencia 114/1984 evita entrar en el tema sustantivo del fundamento jurídico-político («*policy*») de la supresión de pruebas. Constitucionalmente, la exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas se basa en el artículo 24 de la Constitución Española, ya que la igualdad de las partes en el proceso se vería anulada si se admitiese la prueba ilícita.

Así, el Tribunal parece haber adoptado la fundamentación prevalente en la Corte Suprema de los EE.UU. y no ha querido ver la supresión de pruebas como una exigencia de la protección a los derechos fundamentales (94). De ser así, toda prueba obtenida ilícitamente sería suprimible, lo cual chocaría frontalmente con la tradición judicial española, y exigiría una reforma inmediata de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por otro lado, el Tribunal Supremo, no dice nada sobre el posible efecto disuasorio de la inadmisión de pruebas en la conducta de los agentes del orden público. Finalmente, no he podido encontrar un solo caso en que el Tribunal haya rechazado la admisión de una prueba ilícita, desde la sentencia 114/1984 (95).

Visto lo anterior, parece necesario replantearse la vía procesal de reparación de la violación de derechos fundamentales por medio de la privación de eficacia procesal a las pruebas así obtenidas. Ante la posición actual del Tribunal Constitucional, puede decirse que, aunque posible, teóricamente, la supresión de todas aquellas pruebas ilícitamente obtenidas no parece gozar de demasiadas simpatías en la práctica (96). Pero ello no impide que la posición del Tribunal Cons-

(93) La mayoría conservadora de la Corte apoya esta teoría con el Juez Jefe Rehnquist como representante destacado.

(94) Y ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional consideró la doctrina estadounidense en este caso, como lo prueba el hecho de que citase expresamente una sentencia de la Corte Suprema: *United States v. Janis*.

(95) El Tribunal Constitucional en, al menos, dos casos demandas de supresión de pruebas. En la Sentencia 107/1985, rechazó por razones técnicas la pretensión del demandante de amparo de suprimir el resultado de una prueba de alcoholémia que se le había administrado sin avisarle de su derecho a rechazarlo. El Tribunal Constitucional no entró en el tema en profundidad, al considerar que cuando el test se llevó a cabo, el demandante no había sido detenido (y, por tanto, acusado de nada).

En el Auto 899/1985, el Tribunal Constitucional autorizó una concesión de extadicón la cual se había obtenido con pruebas conseguidas en los EE.UU., conculcando los derechos fundamentales del detenido (por medio de escuchas telefónicas y por declaraciones obtenidas a cambio de concesiones por la policía —plea bargaining—). El Tribunal Constitucional en este caso, y por razones meramente técnicas, rechazó la petición: el Tribunal Supremo alegó no tener pruebas de que las acciones presuntamente violativas de derechos fundamentales fuesen ilegales en los EE.UU.

(96) Así se mantiene que lo que es realmente anticonstitucional es la obtención

titucional sea inamovible, y ha de ser debatida en el futuro; intentar que el Tribunal Constitucional reconozca que la ineeficacia de las pruebas deviene porque la mera violación de un derecho constitucional fundamental *convierte esas pruebas en anticonstitucionales*. Por tanto, no sólo la confesión obtenida mediante coacción sería inválida, sino también cualquier otra prueba consignada como resultado de la misma. Además, el legislador deberá tener este tema presente en la reforma de proceso penal con el fin de reconocer a los derechos fundamentales su papel central en nuestro ordenamiento jurídico, y la vinculación de todos los poderes públicos a los mismos —sin olvidar el efecto motivador (educativo y disuasorio) que puede tener en la policía al exigírselle un grado más alto de escrupulosidad en el descargo de sus funciones.

En el caso también posible de obtención de información íntima o de secretos actuando bajo autorización legal, la revelación de la misma en juicio no constituiría por supuesto delito alguno. Sin embargo, en el ejercicio de una investigación por medio de escuchas se puede descubrir gran cantidad de información que no necesariamente atañe al motivo de la misma. Esta información puede contener datos relativos a la vida íntima o a secretos de los escuchados. Si esa información fuera divulgada a particulares por algún funcionario, fuera del contexto de la susodicha investigación, éste podría responder por un delito de revelación de secretos conocidos por razón de cargo, artículo 368 del Código Penal (97).

Conclusiones

Quisiera cerrar este estudio con una relación sumaria de las conclusiones a que he llegado tras repasar la problemática de los delitos de escuchas. Algunas de estas conclusiones incluyen, asimismo, proposiciones *de lege ferenda* ante la eventual publicación de un nuevo Código Penal.

1. El bien jurídico protegido en los delitos de escuchas ilegales es el derecho constitucional fundamental a la intimidad. Este derecho debe ser entendido como el derecho de todos los ciudadanos a mantener una parte de sus vidas fuera del acceso y conocimiento ya inconsentido ya injustificado de los demás particulares o del Estado, y a

de pruebas violando los derechos fundamentales, pero no la *admisión* de las mismas en juicio. Así, por ejemplo la profesora Pastor opina que una confesión obtenida por la policía mediante coacción sería inadmisible, pero la localización de un arma cuyo paradero fue obtenido gracias a esa confesión gozaría de plena eficacia procesal. BLANCA PASTOR BORGONÓN, *Eficacia en el Proceso de las Pruebas Ilícitamente Obtenidas*, «Justicia», 1986, pp. 337-368.

(97) En contra, HIGUERA GUIMERÁ, *op. cit.*, p. 37.

mantener, además, un control constante sobre la información relativa a dicha parte de sus vidas.

2. No existe penalización alguna en nuestro ordenamiento penal en la actualidad a atentados al derecho a la intimidad por medio de la captación subrepticia e inconsentida de la imagen a través de la obtención y manipulación de datos privados archivados en ordenadores.

3. El derecho a la intimidad debe ser patrimonio también de los menores, incluso dentro del ámbito familiar, si bien, es necesario compensar este derecho con el deber constitucional de protección a los hijos y a la familia y el derecho de los menores a la educación (arts. 27 y 39 CE., arts. 154 y ss. CC).

4. El delito de escuchas realizadas por particulares es un delito estrictamente doloso, cuya aplicación por parte de los Tribunales promete ser mínima dada su redacción legal. En primer lugar, no puede admitirse la comisión culposa a causa de la clara redacción final del mismo. En segundo lugar, toda alegación de error en la existencia de una causa de justificación (vincible o invencible), si probada, dejaría impune al sujeto activo en la mayoría de los casos. En suma, muy pocas si acaso algunas condenas son previsibles en aplicación del 497 bis del Código Penal.

5. Para corregir esta debilidad legal, los jueces podrían hacer un uso estricto de su facultad de «recorrer toda la extensión que la ley permita» (art. 63 CP) al imponer las penas de multa. Asimismo, los jueces podrían quizás hacer uso del artículo 67 del Código Penal en los casos en que la gravedad del atentado al derecho a la intimidad haya sido patente, acordando en sus sentencias «la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiera cometido el delito o en que resida la víctima o su familia, si fueran distintos, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso».

6. Se impone la construcción del delito de escuchas realizadas por particulares como un «delito privado», o perseguible solamente a instancias de la víctima por medio de querella. Con ello se haría posible la prestación del consentimiento a la escucha por parte de la víctima en cualquier momento.

7. En cuanto a la aplicación (y por tanto la eficacia de la función motivadora del delito) del delito de escuchas realizadas por funcionarios, ésta dependerá en tal vez mayor medida, que en el delito anterior de la actuación de los jueces. De nuevo aquí, los supuestos de alegación de error de prohibición por parte de los funcionarios representan la más importante amenaza a la eficacia de este precepto. Sería preciso establecer una presunción normativa de que las autoridades, funcionarios y agentes de estos tienen un conocimiento general del contenido de su función o empleo y que, por tanto, sus alegacio-

nes de ignorancia de prohibición deben ser juzgadas muy restrictivamente.

8. Procesalmente, se presenta como necesario el establecimiento de un procedimiento para la autorización de escuchas telefónicas o subrepticias por los jueces y su introducción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este procedimiento debería incluir una restricción de su empleo a la averiguación de ciertos delitos especialmente graves y mandar la llevanza de registros de escuchas por los jueces de instrucción.

9. Por último, y siguiendo a la doctrina dominante, es necesaria una clarificación sistemática del Código Penal donde se reuniera, en la medida de lo posible a todos los delitos contra la intimidad bajo un mismo título.

CRONICAS EXTRANJERAS

Consideraciones sobre la víctima del delito (*) (**) W. HASSEMER

A) PROTECCION DEL BIEN JURIDICO Y ORIENTACION AL AUTOR

«Siempre en el Derecho penal, y especialmente en el campo de los delitos sexuales, el legislador sólo puede amenazar con una pena en la medida en que sea indispensable para la protección de bienes jurídicos reconocidos por la comunidad, como lo es, por ejemplo, la protección de la juventud. Allí donde existan dudas sobre este aspecto, se debe mantener siempre una actitud de reserva, pues, de lo contrario, el legislador puede llegar a hacer suyo un concepto indigno, contrario al Estado de derecho y a la idea de libertad. La tesis de que es mejor castigar a algunos inocentes que dejar sin castigar a algunos culpables, aquella que defiende que sea mejor dar poca libertad que demasiada, significa, siempre, una toma de postura contraria a la presunción de inocencia que debe ser rechazada en un Estado liberal».

En esta cita se exponen las grandes líneas básicas que representan al nombre de Ulrich Klug en la teoría y en la *praxis* del Derecho penal. Que hoy estas ideas tengan arraigo se debe, pues, en parte al gran penalista y criminólogo Klug. Las formuló en 1963 enfrentándose a la concepción del Proyecto de Código penal alemán de 1962 (1) desde el punto de vista, tanto de la filosofía del Derecho como desde

(*) Publicado en los Estudios a V. Klug en su 70 aniversario. Köln 1983, página 217 y 455

(**) Traducción Rocío Cantarero Bandrés. Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Salamanca. Quiero agradecer a la Profesora Sánchez Puente su ayuda en la presente traducción (*N. de la T.*).

(1) KLUG, *Rechtsphilosophische und rechtspolitische Probleme des Sexualstrafrechts*, en: F. Bauer y otros, ed., *Sexualität und Verbrechen*. Frankfurt am Main 1963, p. 27 y ss. citado según Klug, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, 2: Materielle und formelle strafrechts probleme. Berlin, 1981, ed. p. 173 y ss. (193).

la teoría del Estado (2). Klug defendió firmemente y con suma agudeza el relativismo filosófico-jurídico (3) dibujando una imagen optimista del ser humano (5). Sobre esta base, sólo es posible concebir un Derecho penal que siguiendo el principio de «en la duda a favor de la libertad», se limite estrictamente a la protección de bienes jurídicos y se oriente hacia el autor. Las leyes de reforma del Derecho penal desde finales de los años sesenta que, en cuanto a su contenido se basan en el Proyecto alternativo del Código penal, y de su coautor Klug, dan testimonio de ello.

La protección de bienes jurídicos y la orientación hacia el autor se presentan últimamente desde otra perspectiva que proviene de la discusión jurídico-penal y político criminal del tradicional contrario del autor: la víctima. Las reflexiones que se hacen de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal podrían, posiblemente, cambiar a medio plazo y de forma efectiva el clima político-criminal. Experiencias de otros países dan una idea provisional pero clara y fidedigna de este extremo (6).

B) LA VICTIMA EN EL DERECHO PENAL VIGENTE

Las reflexiones sobre la víctima no son ajenas al Derecho penal tradicional. La víctima aparece bajo distintos nombre en los preceptos del Código penal alemán y de la Ley de Enjuiciamiento: como agresor en el parágrafo 32 II, cómo beneficiaria de una indemnización en el parágrafo 46 II, como lesionado en los parágrafos 77 y 55 o en el 226 a, como sujeto pasivo de un delito contra la vida en el parágrafo 213 o como víctima de un fraude en el 263 I del Código penal alemán (7). También como legitimada para ejercer la acción, como testigo o acusador particular en las diferentes posiciones procesales que la ley actual alemana prevee para la víctima de un delito (8).

(2) Reimpresión de estos trabajos en el volumen I (*Rechts und Staatsphilosophische Analysen und Positionen*) de la «*Skeptischen Rechtsphilosophie*». (*Ibid.*)

(3) Thesen zu einem Kritischen Relativismus in der Rechtsphilosophie en *Skeptische Analyse* 1... *Ibid.*, p. 3 y ss.

(4) Thesen für eine Analyse des Menschenbildes im Recht, en *Skeptische Rechtsphilosophie* *Ibid.*, pp. 39 y ss.

(5) Abschied von Kant und Hegel, en *Skeptische Rechtsphilosophie* 2, p. 149 y ss.

(6) *Vid.*, por ejemplo, la exposición de McDonald, *Die Rolle des Opfers in der norteamerikanischen Strafrechts pflege: einige Entwicklungen und Ergebnisse* en H. J. Schneider (ed.), *Das Verbrechensopfer in der strafrechtspflege Psychologische, Kriminologische, strafrechtliche und strafverfahrensrechtlich Aspekte*. Berlin, 1982, p. 442.

(7) Clasificación, crítica y propuesta de modificación en B. SCHÜNEMANN, *Einige Vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimalogischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik*, en H. J. Schneider (ed.) *Das Verbrechensopfer* (*Ibid.* not. 6) pp. 407 y ss.

(8) SCHLÜCHTER (comp.) *Das Strafverfahren*, Köln, 1981, números marginales 78-82; resumen crítico en Maiwald, *Die Beteiligung des Verletzen am strafverfahren*, en *GA* 1970, pp. 33 y 55.

I. DERECHO PENAL MATERIAL

A primera vista parecería que el Derecho penal sustantivo coloque a la víctima en una posición que tiene que ver con el merecimiento de pena del autor del delito. Por otra parte, el merecimiento de pena del autor parece que puede cambiar también en función de la víctima. Si la víctima está de acuerdo con la lesión o da su consentimiento, podría afirmarse que, en este caso, el autor (9), al menos formalmente (10), no actúa de forma antijurídica; además, si el autor repara el daño causado, merece al menos una atenuación de la pena (parágrafo 46 II StGB). Puede ocurrir que, incluso, se llegue a eximir de la pena cuando la víctima participe de forma activa en la producción del delito (parágrafos 213, 199 y 233 StGB) (11, 12). Puede también ser considerada la víctima para aumentar la pena, dependiendo del grado de lesión del bien jurídico (asesinato con ensañamiento y alevosía, parágrafo 211 II StGB, estafa 246,I). Sin embargo, los papeles de la víctima como defraudado en la estafa y como seducida en el parágrafo 182 del StGB, son como tales, irrelevantes en cuanto a la determinación de la pena, porque sin una víctima que juegue precisamente ese rol, el delito no existiría, luego, la existencia de la víctima es condición necesaria para el delito de fraude o el de estupro. Estructuralmente, el rol de la víctima no es diferente del de cooperador necesario.

En resumen, el Derecho penal material regula el grado de pena a imponer en relación con el comportamiento del autor, pero también, en función del comportamiento de la víctima. Puede apreciarse, sin embargo, que no son numerosas las situaciones en las que el Derecho penal material destaca el papel desempeñado por la víctima, aunque sea necesario para el tipo penal.

(9) Excepciones, por ejemplo, en los parágrafos 226 a 216 StGB.

(10) Confrontar GEERDS, Einwilligung und Einverständnis der Verlertzts in Strafrecht, en GA 1954, 262 y 55.

(11) Este efecto no se limita como pudiera entenderse a los preceptos de la parte especial del StGB de muerte, lesiones o injurias. Puede encontrarse en otros tipos delictivos a través de mecanismos como la suspensión del procedimiento o en el marco de la determinación de la pena. En relación con la suspensión, *Vid.* KUNZ, Die Einstellung Wegen geringfügigkeit durch die Staatsanwaltschaft (epígrafe 153, parágrafo 1 StPO). Un estudio empírico con intención político-criminal, Königstein/Ts., 1980, p. 66 (en relación con «las investigaciones relacionadas con la víctima»), en cuanto, a la determinación de la pena ver Bruns, Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung. Köln; etc., 2, 2.^a ed., 1974, pp. 406 y 55 con más información.

(12) También la configuración de la legítima defensa provocada se puede incluir en este principio—aunque una interpretación correcta diría que no disminuye el merecimiento de pena desde el plano de la antijuricidad (Ver W. Hassemer, Die Provozierte Provokation oder Über die Zukunft des Notwehrrechts, in Festschrift für Bökelmann, München, 1981, pp. 125).

II. EL DERECHO PROCESAL PENAL

El Derecho procesal penal pone a disposición de la víctima determinadas posibilidades de intervención, además de, al menos teóricamente, la posibilidad de ser indemnizada patrimonialmente (13). Aunque con esto, no puede decirse que la ayude (14).

Si el llamado procedimiento de adhesión lo es sólo en teoría, la discusión tiene su razón de ser (15). También la ley de indemnizaciones a las víctimas es una ley tibia que no contiene todas las aspiraciones (16). El derecho de instar la persecución del procedimiento mediante el cual se exige denuncia previa, la acusación particular y subsidiaria, posibilitan a la víctima una intervención parcial en los supuestos de escasa relevancia penal, manteniéndola en principio alejada cuando se trata de hechos penales verdaderamente importantes (17).

Puede decirse pues, que la regulación procesal penal alemana en lo que atañe a la participación de la víctima, lo que indica es más bien, una desconfianza frente a la víctima y una decidida voluntad de neutralizarla en el procedimiento (18).

C) APRECIACIONES VICTIMOLOGICAS

El desarrollo de la victimología (19), es decir, de la doctrina criminológica sobre la víctima, ha influido en la teoría del Derecho penal y del Derecho procesal penal. No se puede ver todavía, sin embargo, ningún «cambio de tendencia» en el «redescubrimiento» de la víctima por la teoría del injusto (20). En la actualidad, las propues-

(13) En este contexto, no solo se encuentra el procedimiento de adhesión, sino también las posibilidades de indemnización (Derecho social del OEG 1976).

(14) Otro punto de vista claramente distinto se encuentra en Maiwald (*Vid. sup. nota 8*) 33.

(15) *Vid. ROXIN*, Strafverfahrensrecht, München 17^a ed., 1982 p. 351.

(16) Resumen en Stollis, Entschädigung/für opfer von Gewalttaten erste Konkretisierungen durch die Rechtsprechung, en in Dienst des Sozialrechts. Festschrift für Wanagat Köln, 1981, p. 579, 581 y 55.

(17) El párrafo 172 StPO tampoco rompe con el monopolio de la denuncia por parte de la Fiscalía, dando únicamente al denunciado el derecho de exigir la formalización de la denuncia; el acusador particular (párrafo 395 StPO) tampoco se sitúa en el lugar del acusador público.

(18) A mayor abundamiento, HSSEMER, Einführung in die Grundlagen der Strafrechts, München pp. 66 y 55.

(19) Compárese la visión de Schultz en Kriminologische und strafrechtliche Be-merkungen zur Beziehung Zwischen Täter und Opfer, en Schwzstr (1965), 171 y 55 con la H. J. Schneider, 1982, sobre la víctima del delito en la justicia penal (*cit. sup. nota 6*).

(20) Así en Küper, Entwicklungstendenzen der Strafrechtswissenschaft in der Gegenwart. Die Festschrift für Paul Bockelmann, en Ga, 1980, p. 217.

tas de procedimiento no penal en los delitos de bagatela (21), aunque estén orientadas a la víctima, deben ser consideradas más bien como pautas que tienen que superar un examen crítico sobre garantías jurídico-penales y constitucionales. Lo que está claro hoy es que las reflexiones crecientes sobre la víctima pueden traer cambios importantes tanto en el Derecho penal como en el proceso penal y, desde luego, en la Política criminal. Tales cambios habrá que apreciarlos y valorarlos, al menos, en forma provisional.

I. PROTECCION DE BIENES JURIDICOS Y ORIENTACION HACIA LA VICTIMA

El breve resumen del artículo de Klug, citado al comienzo, formula un concepto de Política criminal que se inserta en una visión clásico-liberal del bien jurídico: la amenaza de pena y la pena sólo se legitiman en función de la protección de bienes jurídicos y en la medida en que la pena sea un medio idóneo, necesario y proporcional. Este concepto ofrece dos características fundamentales: la orientación hacia el autor potencial del delito y la limitación del control jurídico-penal. El principio del bien jurídico remite fundamentalmente a la legitimidad de las restricciones al derecho a la libertad (de un potencial autor) y a la exigencia de que, para cada caso, se encuentre una legitimación para constreñir ese derecho a la libertad. Este concepto también lo podemos definir apelando al «carácter fragmentario del derecho penal» o al «derecho penal del mínimo ético».

El teorema del bien jurídico solo aparentemente reflexiona sobre la víctima, incluso desde sus comienzos, cuando cifraba la esencia del delito en la lesión de un derecho subjetivo (22) (de la víctima) o en la lesión de un bien, ya referido a personas o a cosas (23). La materialización del concepto del delito se ha producido, ciertamente, con el principio del bien jurídico, transformándolo en sentido crítico (24). Naturalmente, esta materialización se ha establecido en la base de los conceptos de daño y de lesión y es obligación de cualquier legislador penal el presentar una «victima» digna de protección si pretende justificar la pena, aunque esa «victima» pierda luego importancia y sea más bien una construcción teórica que una realidad (antes, la víctima se encontraba en el objeto de la acción, separada siempre

(21) Por ejemplo, Stangl, Folgerungen aus der Ungleichbehandlung im Strafverfahren. Überlegungen zur Strafprozessreform en Ösriz, 1981, 96 y ss., 101 ss.

(22) P.J.A. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 14.^a ed. (Ed. C.J.A. Mittermaier) Giessen, 1847, epígrafes 21, 23.

(23) Birnbaum, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, en Arch. KrimR, NF1, 1834, pp. 149, 150, 172 y 176.

(24) Ver sobre este punto, mi trabajo Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze praxisorientierten Rechsgutslehre Frankfurt an Main, 1980, pp. 27 y ss.

del bien jurídico) (25). El pensamiento sobre el bien jurídico no se ocupa de la protección de la víctima sino de la protección de la libertad frente al control jurídico-penal ilegítimo. En esta concepción, la víctima es solo una condición que posibilita la delimitación sistemática del «bien» o «interés» digno de protección. Vistas así las cosas, no es de extrañar que en las amplias disertaciones que se vierten sobre el bien jurídico (26) no se encuentren análisis sobre la víctima.

A pesar de ello es de esperar que las crecientes consideraciones sobre la víctima vayan teniendo una influencia paulatina en el debate político-criminal. Es precisamente bajo esta influencia donde se están planteando una diversidad de propuestas de cambio, bastante desconcertantes a primera vista.

II. DERECHO PENAL MATERIAL

En el área del Derecho penal material se encuentran diversos modelos en relación con la consideración de la víctima que pueden incluso remitir a doctrinas tradicionales sobre el bien jurídico y el delito.

Mientras que en trabajos ya antiguos (27) solo se hacia referencia a la víctima en manera harto cuidadosa y limitada a la enunciación del concepto, contenido en las normas vigentes y a la sugerencia de considerar algunas diferencias en relación con la determinación de la pena, sobre la base de datos relevantes en función de ésta, en la actualidad, el pensamiento moderno, llega más lejos. Reivindica el ulterior desarrollo del principio del bien jurídico, el concebir adecuadamente la estructura de los tipos penales que toman en consideración a la víctima y la determinación, mas justa, de la penalidad. Todas estas circunstancias se concretan en una delimitación del injusto (28).

(25) Ver Hassemer (nota 24) p. 17.

(26) Por ejemplo, Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage*. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens. Frankfurt am Main, 1972; W. hassemer (*Vid.* nota 24).

(27) Ver Schultz (como en nota 1.^a) pp. 184 y ss., 188 y ss; Amelunxen, *Strafjustiz und Victimologie*, en Kriminalistik 196, pp. 178 y ss.; Das Opfer der Straftat. Ein Beitrag zur Victi mologie. Hamburg 1970 p. 49 y ss.

(28) Una rápida visión de estos trabajos en Hillenkamp (*vid.* nota 12) p. 2 y ss.; a estos trabajos pertenecen especialmente, Artz, Zur Bekämpfung der Vermögensdelikte mit Zivirmechtlichen Mitteln der Ladendiebstahl als Beispiel, en *Jus* 1974, pp. 693 y ss. y 698; Amelung, Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, en *B.A.* 1977, pp. 1 y ss.; Beulke, Anm. Z. Urt. Des LG. Mannheim, u.7.10. 1976, en *NSW* 1977, 1073; schünemann, Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, en *ZStW* 90 (1978) p. 11 y ss.; del mismo autor Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, en: *Festschrift für Bockelmann* (como en nota 12) p. 117 y ss., 130; Raimund Hassner Schutzdüftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumserkmals en 263 StGB, Berlin, 1981; ver también recientemente, Jung/Kunz, Das Absehen Von Strafe nach 174 IV StGB, en *NStZ* 1982, pp. 409 y ss. y 413.

Los parámetros de referencia de estas modernas teorías son dos: el bien jurídico y la proporcionalidad de las intervenciones penales (29). El punto de partida es la admisión de que el Derecho penal únicamente puede amenazar con sanciones e imponerlas cuando se trate de proteger bienes jurídicos. En este caso, además, habría que ver si las medidas jurídico-penales son necesarias y, si es así, de qué forma han de llevarse a cabo según los principios de necesidad y proporcionalidad. La protección de bienes jurídicos por medio del Derecho penal solo será legítima en manera estrictamente subsidiaria, en los casos y en la medida en que no existan otras posibilidades de protección.

En este momento aparece, finalmente, la víctima. Porque la víctima posee con frecuencia posibilidades de protección de los bienes jurídicos y con tales posibilidades tiene que contar el Derecho penal, en la medida en que el principio de necesidad de la intervención tiene que ver con este aspecto. Además, el Derecho penal no solo puede encontrar los medios de protección del bien jurídico válidos y alternativos en campos coactivos estatales (30) sino también —y precisamente— en ámbitos diferentes del estatal, como serían los medios de protección de las víctimas.

Este concepto se ha explicado a través de las características del «error» en el parágrafo 263 StGB (31) donde las posibilidades de auto-protegerse de las víctimas se han puesto de manifiesto en numerosos casos (32). Sin embargo, la «reflexión victimológica» no puede limitarse únicamente a éstos. Hillenkamp ha demostrado y criticado (33) esta apreciación que dice, se ha aplicado y puede aplicarse a numerosos tipos penales, al concepto de perjuicio en el fraude, a la privación de libertad y la coacción, al hurto, a las lesiones, al área de la intimidad, a la participación, a la legítima defensa y algunas más. También en la esfera del injusto imprudente se está perfilando con precisión la «perspectiva del lesionado» exigiéndose que el «derecho de protección» de la víctima se erija en el punto central del Derecho penal a través de la noción de «peligro» (34).

Esta apreciación, sí se puede llamar, con razón «victimológica», pues toma una tesis básica de la victimología transformándola en con-

(29) Ver especialmente, R. Hassemer (como en nota 28), pp. 19 y ss. donde se desarrolla ese concepto ampliamente.

(30) Con relación a esta controversia, ver Amelung (como en la nota 28) y Herzberg, *Funktion und Bedeutung des Merkmals «Irrtum» en 263 StGB*, en GA, pp. 289 y 294.

(31) Ver R. HASSEMER (en nota 28) p. 99 y ss., con argumentaciones en pp. 109 y ss y 147 ss.

(32) *Ibid.* pp. 127 y ss.

(33) HILLEKAMP (en nota 12), 1.^a parte, p. 17 y ss.; también Schünemann (en nota 7), p. 42 y ss.

(34) Krümpelmann, *Schuzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht* in Festschrift für Bockelmann (en nota 12) pp. 443 y ss., 444, 447 y ss.

tenido jurídico-penales: la unidad de autor y víctima (35). Lo que Gallas (36) considera acertadamente fundamental para la exclusión del injusto —«la bipolaridad del delito a partir de autor y víctima»— lo convierte esta reflexión en un principio de la teoría general del delito, pudiendo justificarse la exclusión del injusto en un gran número de comportamientos que realicen el tipo penal. La víctima asume un cometido cuya no salvaguarda favorecerá al autor, al tiempo que se convierte en una instancia más de protección del bien jurídico que se unirá a las otras ya preexistentes.

Si pese a la existencia de tal posibilidad ésta no se ejerce, deben disminuir también las propias posibilidades del Derecho penal. Los bienes jurídicos que la propia víctima, pudiendo hacerlo en forma razonable, no protege, no es que pasen a formar parte subsidiariamente de la obligación de protección del Derecho penal, sino que, precisamente por esa razón de pasividad de la víctima, perderán también la posibilidad de protección estatal. El principio de subsidiariedad de la protección jurídico-penal del bien jurídico adquiere de éste modo su exacta dimensión (37). Y, puesto que este principio no sólo se limita a posibilidades de protección estatales alternativas, sino que también permite posibilidades privadas de protección y justicia, la exclusión de cometidos tradicionales del Derecho penal, cada vez que se den las posibilidades privadas de protección y justicia, cada vez que se den las posibilidades para que sea la víctima quien lleve a cabo la protección, en vez de eliminar un cometido estatal en el caso de que la víctima se autoproteja, cosa que estaría de acuerdo con el principio de subsidiariedad, lo que hace es que este principio tenga como consecuencia la efectiva desprotección del bien jurídico atacado o lesionado, en la medida en la que las posibilidades de autoprotección de la víctima no se actúen.

En este momento hay que preguntarse qué protección haya de merecer un bien jurídico cuya tutela no interesa al único titular de ese bien, ya sea porque él mismo lo ponga en peligro o bien, porque renuncie a tal protección. Esta pregunta tendría que hacérsela la «doctrina victimológica» porque su contenido le sirve de base al defender el principio en virtud del cual «solo una acción que signifique un interés de autoprotección exigible a la víctima potencial se puede subsumir en un tipo penal» (38). La respuesta lleva a analizar cuáles sean

(35) Ver, por ejemplo Mergen, *Die Kriminologie. Eine systematische Darstellung*. München 2.^a Ed., pp. 34, 139 y ss.; H.J. Schneider, *Viktimalogie. Wissenschaft vom Verbrechensopfer*. Tübingen 1975 pp. 99, 128 y ss.

(36) GALLAS. Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in *Festschrift für Bockelmann* (como en nota 12) pp. 155 y ss. 166; en el mismo sentido, Hassemer, W. (como en nota 12) pp. 234 y ss., 243.

(37) Ver A. KAULFANN, *Subsidiarität und Strafrecht, en Grunlagen der gesamten Strafrechtswissenschaft*. Festschrift für Henkel, Berlin, 1974, p. 89 y ss.

(38) Ver Schünemann (como en nota 7) p. 412.

las consecuencias que traigan las crecientes reflexiones sobre la víctima en el Derecho penal material. La necesidad de protección de un bien jurídico que no ha sido protegido por su titular, solo puede encontrarse en las normas que en cada caso han sido seleccionadas por el legislador como bienes jurídicos dignos de protección. Esta norma sería un «imperativo estatal» (en el sentido de Binding) (39) y estaría en la dirección correcta, aunque en un sentido demasiado rígido. En la dirección correcta porque se antepone a la ley penal, pero demasiado rígida porque no puede interpretarse únicamente como una decisión del legislador. Tales decisiones, como ha demostrado en forma precisa la doctrina del bien jurídico, (40) no pueden verse en forma aislada, fuera del contexto del control general y de la vigencia normativa de fuera del Derecho penal.

La función primordial del Derecho penal como parte integrante del control social es la de participar en los límites de su competencia y con sus medios, en el mantenimiento y aseguramiento de las normas que sirven de base a las leyes penales (41). Esta función cumple sus cometidos (42) sin atender a la voluntad o a los fines de la víctima, toda vez que se configura como Derecho penal estatal. A través de esta suerte de neutralización de las víctimas lo que se pone de manifiesto es que la decisión sobre las normas queda reservada al sistema de Derecho penal. Para matizar esta idea, se podría plantear la tesis de que las normas que sirven de base a las leyes penales seguirían vigentes de hecho aunque ninguno de los lesionados por la violación de tales normas exigiera la ejecución de aquéllas (y ello porque la norma funciona con vida propia al margen de la voluntad de las víctimas).

Pero una tesis así sería exagerada por varios motivos. Por una parte hay que tener en cuenta la excepciones a la neutralización de la víctima aunque tenga un carácter marginal: en éstas existiría posibilidad de disposición del lesionado en relación con la ejecución de la norma. Por otra, considerar que el titular de un bien jurídico individual, a excepción de las lesiones y la muerte de los párrafos 226 A y 216 StGB, posee un derecho de disposición que manifiesta a través del acuerdo y de la conformidad. Existe además, de hecho, una posibilidad de disposición de la víctima en la práctica, la omisión

(39) Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*. Vol I, Leipzig, 4.^a ed. 1922, p. 4 y ss.; sobre esto, ver también A. Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*. Göttingen 1954 pp. 3 y ss., 36 y ss.

(40) Ver, por ejemplo, Amelung (como en nota 26) 14; Hassemer (como en la nota 24).

(41) Más ampliamente en mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (como en nota 18), especialmente pp. 295 y ss. 300 y ss.

(42) A propósito de las excepciones marginales *Vid. sup. B.*

(43) En el mismo sentido, Zipf, *Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch*. Heidelberg 2.^a ed., 1980, p. 189.

de la querella o denuncia (44). En relación con la consideración de la víctima, la doctrina victimológica no aporta nada nuevo al Derecho penal sustantivo.

Sin embargo, la línea victimológica lleva a la teoría del injusto a un punto en el que hay que plantearse la cuestión de la vigencia de la norma. Y lo hace desde el momento en que coloca el principio de necesidad en el centro de la teoría de la protección de los bienes jurídicos, al permitir como medios de protección de los bienes no solo los estatales sino, alternativamente, también los privados de la víctima, así como no considerar motivo de tal necesidad de protección a través del instrumento jurídico-penal, aquellos supuestos en los cuales la víctima no se haya autoprotegido, en vez de afirmar la protección subsidiaria del Derecho penal.

Para la vigencia de la norma, subyacente en la ley penal, la línea victimológica trae a colación la inactividad de la víctima, a la que vincula un efecto de bloqueo, un efecto suspensivo. Si la víctima no se protege con los medios puestos a su disposición, su actitud pasiva bloquea o suspende la posibilidad de que el Derecho penal intervenga para proteger un bien jurídico (45). Con esta apreciación se elimina aquélla función del Derecho penal consistente en lograr no sólo la formulación de las normas protectoras de bienes jurídicos, en forma pública a través de las leyes penales, sino también la facultad de imponer esas normas en el procedimiento penal y en la ejecución de las penas.

Desde luego la eliminación de esta función tiene consecuencias. No existe ninguna teoría de la Prevención general en la que sea suficiente la mera definición del comportamiento criminal en el tipo de injusto, la amenaza de sanción o regulación legal de un procedimiento (46). La finalidad de intimidación del delincuente potencial no existiría en ese caso. La finalidad de reforzar la vigencia social de la norma se alcanza muy rudimentariamente si las decisiones político-criminales solo tienen por objeto el anuncio pero no la consumación y ejecución de la norma. Lo mismo puede decirse respecto a los fines preventivos especiales que se encuentran en el campo de la sanción

(44) Sobre su alcance y razones por ejemplo, *Vid. Kerner, Verbrechenswirklichkeit und Strafverfolgung. Erwägungen zum aussagewert der Kriminalstatistik*. München, 1973, p. 27 y ss.

(45) Esto también rige cuando se elaboran —correctamente— «criterios normativos para la posibilidad de protección individual», que excluyen como retrato ideal de víctima que se autoprotege, tanto al individuo que se aisla por miedo al delito, como al individuo totalmente despreocupado de su comportamiento; ver Hassemer (como en la nota 28) pp. 32 y ss., 33. Tales criterios solo evitan las consecuencias en casos extremos pero, no en los casos habituales.

(46) Ver, por ejemplo, en W. HASSEMER/STEINERT/TREIBER, *Soziale Reaktion auf Abweichung und Kriminalisierung durch den Gesetzgeber* en: W. Hassemer/Lüdersen, *Sozialwissenschaft in Studium des Rechts. III. Strafrecht*. München, 1978, pp. 1, 52 y ss.; también en mi *Einführung* (como en nota 18) pp. 297 y ss. y 302.

administrativa, pues, una absoluta determinación de la pena pierde su razón de ser cuando el equilibrio entre injusto y culpabilidad ya no es incumbencia de las medidas estatales.

En general, puede hablarse de una tendencia a la privatización del Derecho penal. Las instancias formales de control social transmiten su información sobre el cumplimiento de las normas penales —en cada caso concreto, pero también, más allá del supuesto individual— a instancias de control no oficiales. El «*iustitia vigilibus*» —al modo civilista— se está introduciendo en el Derecho penal. El hecho de ver si las normas escritas sobre el papel se imponen en la realidad, el ver si están vigentes de hecho, no forma parte hoy de la observación del Derecho estatal. Este, necesita de víctimas dispuestas a defender o proteger sus bienes jurídicos si se quiere imponer lo que la ley penal ordena y prohíbe.

A pesar de todo, la línea victimológica no ha acabado con la mayor conquista del Derecho penal sustantivo inserta en el sistema jurídico estatal, el proceso de formalización (47). Es decir, no trastoca el principio básico según el cual en la medida en que se lleve a cabo el control jurídico-penal, habrá que considerar ciertas reglas fundamentales, a las que no está sujeto el control social extrajurídico. Las delimitaciones del injusto no exponen ni al autor ni a la víctima a un control social espontáneo o informal sino que, por el contrario, al menos en el campo del Derecho penal, lo que hacen es funcionar como límite del control social.

III. DERECHO PROCESAL PENAL

Las crecientes reflexiones sobre la víctima tienen distintas consecuencias en el ámbito procesal-penal. Tales reflexiones traen consigo desconfianza y crítica, principalmente en función de las formalidades que todavía caracterizan al procedimiento penal. En referencia a las formalidades del delito en el proceso, contraponen a aquéllas las ideas de «mediación» o «negociación» (48).

Estas teorías, que han sido elaboradas fundamentalmente por la sociología jurídica, se apoyan en experiencias de procedimientos no formales vividos en otros campos jurídicos (49) dejándose llevar por la esperanza de que el procedimiento penal pueda adaptarse mejor

(48) Representativo de ello son los volúmenes, *Jahrbuch für Rechtssociologie und Rechstheorie*. Vol VI (Ed. Blaukengurg) Opladen 1980 y *Alternativen zum Strafprozess. Kriminalsziologische Bibliografie* 7 (1980).

(49) Ver, por ejemplo, para los jueces de paz mexicanos, Gessnem *Recht und Konflikt*. Tübingen 1976; para los jueces de paz ingleses, Rössner, *bagatelldiebstahl und Verbrechenskontrolle*. Frankfurt am Main 1976; para los actos de conciliación en U.S.A., Japón y Polonia; ver los informes de Festiner/Williams, Rokumoto y Kurczewski en *Jahrbuch für rechtssociologie und Rechststtheorie* VI (como en nota 48).

a las necesidades de los participantes siendo legos, sin que por ello puedan menoscaberse funciones irrenunciables. Estas tesis sostienen tales argumentos con el fin de lograr mayor atención por la víctima del delito. Una «desprofesionalización» del procedimiento y de las formalidades legales de los juicios, «que renuncia a la imputación y «degradación» persiguiendo la «mediación» entre las necesidades y los intereses de las partes, orientándose éstas hacia su propio sentimiento de justicia (50).

Aunque se considere que estas modificaciones del procedimiento se han propuesto en gran medida para el campo de los «delitos bagatela», es necesario tomar en cuenta las limitaciones que algunos defensores de la «mediación» vinculan a este concepto (51); si bien, hay que tener presente que el Derecho penal vigente utiliza modelos de negociación (52) y de participación activa de la víctima (53): las actuales reflexiones sobre la víctima llevan en el Derecho procesal penal, a diferencia del Derecho penal sustantivo, a una desformalización del control social jurídico-penal. La pregunta que hay que formularse es si ello va a tener consecuencias favorables para el autor. Naturalmente el autor no tiene oportunidades en el «proceso de aprendizaje de las partes»: si la víctima paraliza o suspende el proceso, aplaza la reparación de daños o si incluso, renuncia a ella (54). Pero de igual manera puede darse el peligro de que el autor o la víctima se perjudiquen con tal procedimiento o se lleguen a encontrar bajo la presión del «compañero de conflicto» que el proceso penal quiere, precisamente, evitar: con la desformalización del procedimiento se crea un margen de inseguridad sobre su desarrollo y resolución.

La doctrina victimológica reflexiona de forma distinta ante el Derecho penal sustantivo y ante el Derecho procesal penal en referencia a la formalización del control social jurídico penal. Sin embargo plantea de forma concordante en ambos campos jurídicos la tendencia hacia la privatización del Derecho penal. La tesis de la «mediación» entre las partes de un conflicto relevante para el Derecho penal, tiene las mismas consecuencias en función de la vigencia de la norma, que la tesis victimológica en el Derecho penal sustantivo, las de extender las leyes penales al campo de la realidad (55). A su vez, la idea de

(50) HAMAK, *Vermittlung als Alternative zur strafrechtlichen Konfliktregelung*, en *Alternativen zum Strafprozess* (como en nota 48) pp. 5 y ss., 13, también *ibid* pág. 49 y ss. Balong, *Konfliktiegelung im Strafrecht*.

(51) Ver, por ejemplo, Hanak, *ibid* p. 45, donde se exigen determinados presupuestos limitadores del tipo en una regulación orientada hacia la mediación y la realización de actos de conciliación.

(52) Por ejemplo, en el f 153 a StPO; las objeciones a esta solución se resumen —argumentando— por Naucke en el Informe D del 51.^o DJT. München 1976, p. 77 y ss.

(53) Por ejemplo, en el f 380 StPO, ver al respecto Wendisch en Löwe-Rosenberg, StPO, 23.^a ed. (1976), f 380 (43, 45, 48).

(54) Stangl (como en nota 21) p. 102.

(55) Sobre esta función, ver mi *Einführung* (como en nota 18) pp. 109 y 126.

«mediación» acentúa el carácter procesal del procedimiento penal, le asigna metas que de forma inmediata no tienen nada que ver con el Derecho penal sustantivo, como son las de compensación, conciliación, mediación, comunicación, e incluso, terapia (56). De esta manera el proceso penal se emancipa del Derecho penal y gana fines que se deben a su carácter procesal (57). El desarrollo y el fin del procedimiento se dará sobre la base del propio proceso, de las actuaciones que tengan los que en él participen. Con ello la norma que informa la ley penal sustantiva pierde la oportunidad de determinar el resultado del procedimiento a través del juez que es el que está ligado a la ley y el que conoce y falla en ese proceso. El derecho penal sustantivo puede, como mucho, iniciar un procedimiento en tanto haya indicios racionales de criminalidad, sin embargo aquí no podrían dar una razón conveniente las teorías de la mediación que en el procedimiento penal llevan al mismo resultado que la doctrina victimológica en el Derecho penal sustantivo. La norma jurídico-penal solo tiene oportunidad de tener vigencia práctica si encuentra una víctima «atenta» y dispuesta a la protección (naturalmente esta oportunidad solo puede valorarse mínimamente en aquellas áreas para las cuales se establecen estas ideas de la «mediación» y uno de los argumentos centrales de la mediación es la hipótesis, empíricamente demostrada, de que la víctima que participa en tal procedimiento está «más bien orientada hacia el derecho civil que hacia el derecho penal» (58), es decir, que el cumplimiento de la norma jurídico-penal no tiene importancia para estas teorías o la tiene solo en forma relativa).

IV. POLITICA CRIMINAL

En el campo de la Política criminal la víctima del delito goza también desde hace un tiempo de atención creciente. Y no solamente desde los aspectos de la indemnización y reparación de daños como funciones del Estado social. Políticamente tiene mucha importancia la crítica que desde la opinión pública se vierte contra el autor del delito, así como la progresiva tendencia a considerar a la víctima en función de «la prevención de hechos delictivos». En este sentido la «Waisse Ring», asociación para la «prevención del delito y ayuda a las vícti-

(56) Ver, por ejemplo, HEGENBARTH, SICHTBEGRENZUNGEN, forschungsdefizite und Zielkonflikte in der Diskussion über alternativen zur Justiz, en: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie VI (como en nota 48) pp. 48 y 71.

(57) Ver también mi Einführung (como en nota 18) p. 114 y ss. sobre la «comprensión escénica» del proceso penal en contraposición con la «comprensión del texto» en Derecho penal sustantivo.

(58) Así, por ejemplo, Stangl (como en nota 21), 102, con alusiones a Kerner, Verbrechenswirklichkeit (como en nota 44) p. 31.

mas», ha visto aumentar su número de socios de 814 en 1977, fecha de su fundación, a 15.500 en la actualidad, utilizando casi diez millones de marcos para cumplir los fines establecidos en sus estatutos (59). Habría además casos como el de la madre de Lübeck que mató a tiros al asesino de su hija en la sala del juicio, de manera que, con estos casos, seguirá demostrándose públicamente —y con participación de los medios de comunicación— la preocupación por la víctima, exigiéndose una persecución más eficaz y una penalización más severa para los autores.

Los mecanismos de tal proceso ya han sido analizados científicamente. Arzt considera que la causa del movimiento estadounidense «Low and order» es el «sentimiento de inseguridad» y la «inseguridad» —la amenaza real o imaginaria de la víctima potencial— (60) ha sido descrita por este autor en el sentido de que potencia el desarrollo de una tendencia hacia la «privatización de la lucha contra el delito» (61). Cuando la población se ve, o se cree verse, inmersa en grave peligro, «abogados» y «moralistas» (62) llaman —con intención político-criminal- insistente mente la atención sobre las posibilidades de tipo policial, procesal y sustantivo-penales que podrían activarse para lograr una mejor protección. Bajo el título de «Soziologie der öffentlichen Sicherheit» son elaborados empíricamente los riesgos reales e imaginarios de las víctimas (63) que se vierten en una teoría político-criminal (64) orientada hacia un esquema de costo-utilidad que persigue la minimización de los daños, exigiendo al mismo tiempo una mayor participación del ciudadano (—como víctima potencial que es—) (65).

V. DIFERENCIAS Y CARACTERISTICAS COMUNES

Parece evidente que las reflexiones sobre la víctima que tienen como fin aumentar la persecución y juzgamiento de hechos delictivos no tienen nada que ver ni con la doctrina victimológica del Derecho penal sustantivo ni con la teoría de la mediación en el Derecho procesal penal. Se trata, por un lado, de limitar el injusto penal, de desistir de la aplicación de la norma, de la privatización del Derecho penal

(59) Comunicación de la FAZ de 10.10.1982, p. 10.

(60) ARTZ, Der Ruf mach Recht und Ordnung, ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den U.S.A. und in Deutschland. Tübingen 1976, p. 5 y ss.

(61) *Ibid* p. 39 y ss.

(62) Ver HASSEMER/SEINERT/TREIBER, Soziale auf Abweichung (como en nota 47) p. 27 y ss.

(63) MURCK, Soziologie der öffentlichen Sicherheit. Eine staatliche Aufgabe aus Sicht der Bürger. Frankfurt, New York, 1980, p. 59 y ss.

(64) *Ibid*. p. 114 y ss.

(65) *Vid.*, sin embargo, como ejemplo de política criminal orientada a la víctima, el informe de Lucy N. Friedman, Das Amt Für Opferhilfe: eine vorläufige Übersicht, en H.J. Scheneider (ed.), Das Verbrechensopfer, (como en nota 6) p. 374 y ss.

con consecuencias, de hecho, favorables para el autor del delito; por otro lado están las exigencias de reforzamiento del control jurídico-penal que remiten al afianzamiento de la vigencia de la norma penal y a la necesidad de la efectiva aplicación de tales normas, en interés de las víctimas reales y potenciales. El autor —potencial— tendría por lo menos que hacer todas estas consideraciones en torno a la víctima, puesto que están en la discusión político-criminal general, al igual que tendría que agradecer con alivio las tendencias en el Derecho penal material y en el Derecho procesal penal.

Un análisis como éste, sin embargo, plasmaría solamente las tendencias actuales más superficiales en referencia a las víctimas. No hay que rechazar el hecho de que aquí estamos trabajando con fines político-criminales diversos que introducen, estratégicamente, el interés de la víctima, a veces, para ampliar el control social penal (66) aunque sólo se toque esta problemática de soslayo. No se toma totalmente en serio el hecho de que los intereses políticos diferentes convergen en un punto: la exigencia al Derecho penal de prestar mayor atención a la víctima.

Esta exigencia convergente hace que las teorías victimológicas por muy distintas que aparezcan en el campo del Derecho penal, se interpreten como señeros de una única tendencia político-criminal. Por otra parte, las argumentaciones sobre la «necesidad de la pena» y sobre el «riesgo de la víctima», que buscan únicamente una ampliación del control social penal, parecen estar interesadas sólo en afirmar la vigencia de la norma, reforzando los mandatos y prohibiciones que contienen las leyes penales. Si se las despoja de su moralismo declarado públicamente, de sus fantasías del estereotipo del hombre honrado, se ve enseguida que están persiguiendo algo distinto de la vigencia de la norma: la instrumentalización del Derecho penal con fines socio-políticos.

Estas argumentaciones sobre la víctima solo consideran las normas jurídico-penales de forma selectiva, esto es, en cuanto a su función específicamente represiva. Y, desde luego, no es ésta la única función de la norma penal. Basta recordar la función de protección de la libertad o de la inocencia que Ulrich Klug ha resaltado (67) para entender que un Derecho penal referido solo al interés de la víctima, no asegura la vigencia de la norma sino que además la pone en peligro (68). No sólo la conminación y penalización sino también el cuidado, la imparcialidad, el respeto por la dignidad humana de los imputados y condenados y por el afianzamiento de sus derechos, es función de

(66) Ver STEINERT *Kleine Ermutigung für den Kritischen Strafrechtler, sich wom «strafbedürfnis der Bevölkerung» en Lüdersen/Sack ed., Seminario. Frankfurt am MaiN, 1980, p. 302 y ss., 309 y ss., 343 y ss.*

(67) Ver sup. nota 1 y siguientes.

(68) En relación con ese tema y los siguientes, con mayor amplitud ver mis trabajos: Hassemer/Lüdersen/Nauke, *Hauptprobleme der Generalprävention*. Frankfurt am Main, 1979, p. 29 y ss. 53 así como *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, (como en nota 18) pp. 295 y ss., 300 y ss.

la norma en el Derecho penal sustantivo y en el Derecho procesal penal. Las normas que integran el Derecho penal prohíben la lesión tanto de los intereses de la víctima (potencial) como de los derecho de los autores (potenciales).

Si uno intenta formarse una opinión sobre el futuro de la reflexión sobre la víctima en la doctrina afecta al tema en relación con el Derecho penal, la primera impresión que se tiene es la de que los conceptos científicos sobre la víctima han expuesto de forma excesiva las líneas de desarrollo que en manera creciente serán de esperar a largo plazo (69, 70). Esta impresión también está basada en el hecho de que los conceptos sobre la víctima que se han defendido en el Derecho penal y en Derecho procesal penal, hasta ahora, casi no se han encontrado, de manera que unos y otros han sentado sus bases sobre distintos postulados científicos: uno sobre la doctrina del bien jurídico y sobre la dogmática jurídico-penal, el otro, sobre las teorías de la comunicación y sobre la sociología jurídica. Que los dos conceptos, como se ha visto, tienden hacia la privatización del Derecho penal y tengan como meta la retirada de la norma (o tenerla en cualquier caso en su ámbito) es un resultado analítico circunstancial que no dice mucho sobre la legitimidad y el futuro de estos conceptos.

Los riesgos de la irrupción de la víctima en el Derecho procesal son claros. El sentido de las normas procesales está en gran medida (71) en la existencia y puesta en práctica de «formalidades protectoras», no sólo a favor del imputado sino también de las otras partes procesales. El proceso penal no se basa en la armonía y en la comunicación sino en el conflicto y el debate; la persona a la que se imputa un delito no puede ser obligada a «comprender» sino que tiene que tener la oportunidad —incluso frente a la víctima— de rechazar esa «comunicación» y oponerse a la imputación. Tampoco la víctima debe ser llevada —ni siquiera con tácticas específicas— a situaciones discursivas que ni pueda ni quiera aguantar. La presunción de inocencia no puede sacrificarse por intereses terapeúticos, ni siquiera en los delitos de bagatela (que no son con frecuencia tal bagatela ni para el imputado ni para la víctima) (72). El que dirige el proceso tiene que proteger los derechos de las partes, procurar el equilibrio de posiciones asimétricas, cuidarse de no colocar ninguna de las partes a un nivel de «presión

(69) Excepciones en R. Hassemer (como en nota 28) pp. 19 y ss., 32 ss., 38 y ss.; Hillenkamp (como en nota 12) 206 ss.; como limitaciones en Hegenbarth (como en nota 56), por ejemplo, p. 70 y ss.

(70) En lo que se refiere a las argumentaciones político-criminales sobre el interés de la víctima, sus metas son claras y han sido analizadas y científicamente criticadas. Cosa diferente es el futuro y sus consecuencias en política interior.

(71) Con mayor precisión en mi *Einführung* (como en nota 18) pp. 121 ss. y 126 ss.

(72) En caso de introducirse un tercero como interlocutor, podría paliarse el problema en la última fase del proceso.

comparativa» (73). La sensibilidad en función de la lesión jurídica a través del proceso (también como medida terapeútica) debe mantenerse; el lesionado en su derecho ha de tener la posibilidad de un recurso (74).

No se puede determinar la medida en que los modelos de procedimiento basados en la mediación cumplen estos requisitos. Son demasiado distintos y, sobre todo, demasiado difusos como para poder valorar con precisión su desarrollo práctico. Lo que me parece es que no tiene legitimación —y espero que tampoco futuro— si colocan a las partes del proceso en los peligros indicados.

Otra cuestión sin resolver es aquéllo que contempla la posibilidad de disposición de autor y víctima sobre el resultado del proceso. Este es —desde la perspectiva de la vigencia de la norma— un problema que afecta también a la doctrina victimológica en el Derecho penal sustantivo. Es una pregunta que además no tiene una respuesta clara, al menos de momento, porque los parámetros a utilizar son muy complejos. Tales parámetros podrían indicarse para valorar mejor, a través de ellos, las tendencias del futuro.

En primer lugar me llama la atención que las teorías victimológicas, tanto en derecho sustantivo como en procesal no sean actuales, teniendo en cuenta el desarrollo actual de la praxis legislativa. Al acentuar los puntos de vista de la víctima, se argumenta mejor en referencia a los tipos penales «clásicos» que a los «modernos», es decir, mejor con relación al fraude que al fraude de subvenciones, mejor con respecto a las lesiones que a la criminalidad ecológica o al tráfico de estupefacientes. Sin embargo, la legislación actual se dirige más hacia los bienes jurídicos funcionales que hacia los individuales, criminalizando más los delitos sin víctima o aquellos donde la víctima no es fácilmente perceptible. Pero las doctrinas victimológicas necesitan una víctima real, concreta, que pueda disponer sobre la protección de sus bienes jurídicos, actuando además en el procedimiento. Todavía sería posible esto en un delito de fraude de subvenciones pero, en relación con las demás formas modernas de criminalidad, las doctrinas victimológicas no aportan nada.

Tiene más peso, sin embargo, el que las doctrinas victimológicas pongan en el Derecho penal sustantivo y en el Derecho penal una idea básica y distinta del ser humano, aunque se parta de criterios normativos, en las posibilidades de protección individuales (75), y en

(73) A este contexto pertenece la situación del «Blaming the victim». Esta situación también pudiera crearse para el autor. Ver (Hillenkamp, como en nota 12, pp. 12 y ss.)

(74) Ver algo similar también en Wassermann, Justiz mit menschlichem Antlitz —die Humanisierung des Gerichtsverfahrens als Verfassungsgesetz, en Wasserman (ed.) Menschen vor Gericht. Neuwild Darmstadt 1979, p. 13 y ss.; Schöch, Die Reform der Hauptverhandlung en H. L. Scriver ed. Stratprozes und Reform. Eine Kristische Bestandsaufnahme. Nenwied Darmstadt 1979, pp. 52 y ss., 55 ss.

(75) *Vid.z sup nota 45.*

los criterios tendentes a evitar que la víctima potencial se tenga que esconder tras las barricadas a no ser que quede desprotegida; está claro que la víctima debe ser tomada en cuenta y el autor también, cuestiones éstas que el Derecho penal tradicional desconocía.

La doctrina victimológica no atiende a la víctima que no supo o no quiso defenderse (y en el proceso penal, el autor que no asume determinadas actitudes) y exige además capacidad, competencia y disposición para llevar a cabo ciertos comportamientos (aunque lo hace dentro de los límites de lo razonable). La idea tradicional del ser humano en el Derecho penal sitúa a la víctima, salvo casos marginales, en un rol pasivo, sin vincularle consecuencia alguna. Coloca a la víctima —y al autor— en el proceso penal bajo la dirección del Tribunal sin esperar ninguna intervención (aunque la admita dentro de unos límites).

Claro que es motivo de alegría el que, tanto la protección jurídica sustantiva de bienes jurídicos como que en el proceso penal exista un ciudadano capacitado y dispuesto a actuar, pero tal ciudadano solo es imaginable como una meta que compense todos los esfuerzos más que como un fenómeno real, del que puedan extraerse consecuencias. Las razones de la incapacidad de actuar son muchas y prácticamente ya han sido investigadas (76). Los motivos del comportamiento pasivo no pueden esclarecerse con precisión en el análisis de un caso concreto de ataque a bienes jurídicos ni de un proceso penal. Pero esas razones son importantes si hay que extraer consecuencias del comportamiento de la víctima (y del autor) que sean jurídicamente relevantes; así, por ejemplo, una conducta basada en la intimidación o en un estado emocional depresivo no es apta como fuente de consecuencias jurídicas. Mejor sería que el Derecho penal se dedicara a compensar las incapacidades para actuar en vez de las capacidades. Esto significa ocuparse del cumplimiento de las normas ya sean de derecho sustantivo o de derecho procesal, en tanto existan dudas sobre la capacidad de actuar de aquellas personas a quienes se dirija la norma.

Finalmente, puede comprobarse también que las doctrinas victimológicas ponen el acento en las relaciones Estado-Sociedad de manera distinta a como lo hacía el Derecho penal tradicional. Son más optimistas con respecto a las posibilidades de los instrumentos sociales de difusión e interiorización de las normas y más críticas en relación con los estatales. Los conceptos jurídico-sociológicos de solución y mediación en el proceso penal lo demuestran con más claridad (77)

(76) Ver, por ejemplo, el informe sobre los estudios empíricos del proceso penal bajo el aspecto de la capacidad de actuar del ciudadano, insuficiente en la interacción con los órganos de persecución penal, en Giehring, *Rechte des Beschuldigten, Handlungskompetenz und Kompensatorische Strafverfolgung*, en *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts III* (como en nota 47) pp. 19 y ss., 194 y ss.

(77) Ver, por ejemplo, Strange, cuyo punto de partida es el trato desigual en el proceso penal.

que los conceptos teóricos jurídico-penales del derecho sustantivo.

Si se parte de la idea de que las recomendaciones de la doctrina victimológica no significan que por tomar en consideración a la víctima del delito deban modificarse las normas jurídico-penales, entonces la doctrina victimológica se asentará sobre una base de confianza en la confluencia de normas de comportamiento estatales, sociales (y, en el caso concreto, individuales). Sólo como se ha indicado podrán las normas jurídico-penales afirmar su vigencia cuando sean ejecutadas en aquellos que participen en el supuesto de hecho conflictivo (ataque a bienes jurídicos, proceso). Si se parte de la idea —que una vez expuestos los conceptos mencionados no podemos excluir— de que por considerar a la víctima del delito, hay que transformar las normas jurídico-penales (78), entonces, la doctrina victimológica tenderá a demostrar una gran confianza en la capacidad individual y social creando normas de comportamiento generalizables. Bajo los dos puntos de vista, la competencia en razón de la vigencia de la norma se translada desde el campo estatal al social.

El que esta confianza esté o no justificada no puede evaluarse con precisión. Porque esta evaluación no puede generalizarse sino que debe ser concretada a aquellas normas (por ejemplo en la estafa o en los delitos bagatela) en las que la doctrina victimológica centra su atención. Por ello, no ayuda mucho la alusión a la diferencia básica entre grupos de referencia segmentados y normas jurídico-penales establecidas —que no comparten la confianza de la doctrina victimológica—. Por lo menos bajo el punto de vista de la relación Estado-Sociedad, habrá que observar y corregir, en caso necesario, los efectos que tienen las reflexiones sobre la víctima del delito, en la vigencia de la norma jurídico-penal.

(78) Ver, al respecto, W. Hassemer, *Einführung* (como en nota 18), pp. 288, 292 y ss.

SECCION LEGISLATIVA

Disposiciones (*)

REAL DECRETO LEGISLATIVO 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

La Ley 18/1989, de 25 de julio, de Base sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, autoriza al Gobierno para que, con sujeción a los principios y criterios que resultan de dichas bases, aprueba, en el plazo de un año, un texto articulado, como instrumento normativo idóneo que permite revestir de rango legal las disposiciones en materia de circulación de vehículos, caracterizados al mismo tiempo por su importancia desde el punto de vista de los derechos individuales y por su complejidad técnica.

En efecto, el fenómeno del tráfico de vehículos a motor se ha generalizado y extendido de tal manera que puede afirmarse que forma parte de la vida cotidiana y que se ha transformado en una de las expresiones más genuinas del ejercicio de la libertad de circulación. Pero, al efectuarse de forma masiva y simultánea, lleva consigo una serie de problemas que es necesario regular para que aquel ejercicio no lesione intereses individuales o colectivos que deben ser objeto de protección pública.

Las innegables secuelas negativas del tráfico tienen su máximo exponente en los accidentes de circulación, que representan un alto coste para la sociedad y vienen a acentuar la obligada intervención de los poderes públicos en el mantenimiento de la seguridad de la circulación vial, como colorario inexcusable de la competencia exclusiva que otorga al Estado, en materia de tráfico y de circulación de vehículos a motor, el artículo 149.1.21 de la Constitución.

En su virtud, de conformidad con la autorización prevista en el artículo único de la Ley de Bases 18/1989, a propuesta del Ministro del Interior, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 2 de marzo de 1990,

DISPONGO:

Artículo único.—Se aprueba el adjunto texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, de acuerdo con los principios y criterios contenidos en la Ley de Bases 19/1989, de 25 de julio.

(*) Sección elaborada por la Redacción de la Revista.

**TEXTO ARTICULADO DE LA LEY SOBRE TRAFICO, CIRCULACION
DE VEHICULOS A MOTOR Y SEGURIDAD VIAL****TITULO PRELIMINAR****Objeto de la Ley y ámbito de aplicación**

Artículo 1. *Objeto de la Ley.*—1. La presente Ley tiene por objeto establecer una regulación legal en materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

2. A tal efecto, la presente Ley regula:

a) El ejercicio de las competencias que, de acuerdo con la Constitución y los Estatutos de Autonomía, corresponden en tales materias a la Administración del Estado, así como la determinación de las que corresponden en todo caso a las Entidades Locales.

b) Las normas de circulación para los vehículos, así como las que por razón de seguridad vial han de regir para la circulación de peatones y animales por las vías de utilización general; estableciéndose a tal efecto los derechos y obligaciones de los usuarios de dichas vías.

c) Los elementos de seguridad activa y pasiva y su régimen de utilización, así como las condiciones técnicas de los vehículos y de las actividades industriales que afecten de manera directa a la seguridad vial.

d) Los criterios de señalización de las vías de utilización general.

e) Las autorizaciones que, para garantizar la seguridad y fluidez de la circulación vial, debe otorgar la Administración con carácter previo a la realización de actividades relacionadas con la circulación de vehículos, especialmente a motor, así como las medidas cautelares que puedan ser adoptadas en orden al mismo fin.

f) Las infracciones derivadas del incumplimiento de las normas establecidas y las sanciones aplicables a las mismas, así como las peculiaridades del procedimiento sancionador en este ámbito.

Artículo 2. *Ambito de aplicación.*—Los preceptos de esta Ley serán aplicables en todo el territorio nacional y obligarán a los titulares y usuarios de las vías y terrenos públicos aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, a los de las vías y terrenos que, sin tener tal aptitud sean de uso común y, en defecto de otras normas, a los titulares de las vías y terrenos privados que sean utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios.

Artículo 3. *Conceptos utilizados.*—A los efectos de esta Ley y sus disposiciones complementarias, los conceptos básicos sobre vehículos, vías públicas y usuarios de las mismas, se entenderán utilizados en el sentido que para cada uno de ellos se concreta en el anexo al presente texto.

TITULO PRIMERO

Del ejercicio y la coordinación de las competencias sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial

CAPÍTULO PRIMERO

Competencias

Artículo 4. Competencias de la Administración del Estado.—Sin perjuicio de las competencias que tengan asumidas las Comunidades Autónomas a través de sus propios Estatutos y, además, de las que se asignan al Ministerio del Interior en el artículo siguiente, corresponderá a la Administración del Estado:

- a) La facultad de determinar la normativa técnica básica que afecte de manera directa a la seguridad vial.
- b) La previa homologación, en su caso, de los elementos de los vehículos, remolques y semirremolques que afecten a la seguridad vial, así como la facultad de dictar instrucciones y directrices en materia de inspección técnica de vehículos.
- c) La publicación de las normas básicas y mínimas para la programación de la educación vial en las distintas modalidades de la enseñanza.
- d) La aprobación del cuadro de las enfermedades y defectos físicos y psíquicos que inhabilitan para conducir y la fijación de los requisitos sanitarios mínimos para efectuar los reconocimientos para su detección, así como la inspección, control y, en su caso, suspensión o cierre de los establecimientos dedicados a esta actividad.
- e) La determinación de las drogas, estupefacientes, productos psicotrópicos y estimulantes u otras sustancias análogas que puedan afectar a la conducción, así como de las pruebas para su detección y sus niveles máximos.
- f) La coordinación de la prestación de la asistencia sanitaria en las vías públicas o de uso público.
- g) La facultad de suscribir Tratados y Acuerdos internacionales relativos a la seguridad de los vehículos y de sus partes y piezas, así como de dictar las disposiciones pertinentes para implantar en España la reglamentación internacional derivada de los mismos.
- h) La facultad de regular aquellas actividades industriales que tengan una incidencia directa sobre la seguridad vial y, en especial, la de los talleres de reparación de vehículos.
- i) La regulación del transporte de personas y, señaladamente, el de niños y el transporte escolar, a los efectos relacionados con la seguridad vial.
- j) La regulación del transporte de mercancías y, especialmente, el de mercancías peligrosas, perecederas y contenedores, de acuerdo con la reglamentación internacional, a los efectos relacionados con la seguridad vial.

Artículo 5. Competencias del Ministerio del Interior.—Se atribuyen al Ministerio del Interior las siguientes competencias en el ámbito de esta Ley, sin perjuicio de las que tengan asumidas las Comunidades Autónomas en sus propios Estatutos:

- a) Expedir y revisar los permisos y licencias para conducir vehículos a motor y ciclomotores con los requisitos sobre conocimientos, aptitudes técnicas y condi-

ciones psicofísicas y periodicidad que se determinen reglamentariamente, así como la anulación, intervención, revocación y, en su caso, suspensión de los mismos.

b) Canjear, de acuerdo con las normas reglamentarias aplicables, los permisos para conducir expedidos en el ámbito militar y policial por los correspondientes en el ámbito civil, así como los permisos expedidos en el extranjero cuando así lo prevea la legislación vigente.

c) Conceder las autorizaciones de apertura y funcionamiento de centros de formación de conductores, así como los certificados de aptitud y autorizaciones que permitan acceder a la actuación profesional en materia de enseñanza de la conducción y acreditar la destinada al reconocimiento de aptitudes psicofísicas de los conductores, con los requisitos y condiciones que reglamentariamente se determinen.

d) La matriculación y expedición de los permisos o licencias de circulación de los vehículos a motor, remolques, semirremolques y ciclomotores, así como la anulación, intervención o revocación de dichos permisos o licencias, con los requisitos y condiciones que reglamentariamente se establezcan.

e) Expedir las autorizaciones o permisos temporales y provisionales para la circulación de vehículos hasta su matriculación.

f) El establecimiento de normas especiales que posibiliten la circulación de vehículos históricos y fomenten la conservación y restauración de los que integran el patrimonio histórico cultural.

g) La retirada de los vehículos de la vía fuera de poblado y la baja temporal o definitiva de la circulación de los mismos.

h) Los registros de vehículos, de conductores e infractores, de profesionales de la enseñanza de la conducción, de centros de formación de conductores, de los centros de reconocimiento para conductores de vehículos a motor y de manipulación de placas de matrícula, en la forma que reglamentariamente se determine.

i) La vigilancia y disciplina del tráfico en toda clase de vías interurbanas y en travesías cuando no exista Policía local, así como la denuncia y sanción de las infracciones a las normas de circulación y de seguridad en dichas vías.

j) La denuncia y sanción de las infracciones por incumplimiento de la obligación de someterse a la inspección técnica de vehículos, así como a las prescripciones derivadas de la misma.

k) La regulación del tráfico en vías interurbanas y en travesías, previendo para estas últimas fórmulas de cooperación o delegación con las Entidades Locales.

l) Establecer las directrices básicas y esenciales para la formación y actuación de los Agentes de la Autoridad en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor, sin perjuicio de las atribuciones de las Corporaciones Locales, con cuyos órganos se instrumentará, de común acuerdo, la colaboración necesaria.

m) La autorización de pruebas deportivas que hayan de celebrarse utilizando en todo el recorrido o parte del mismo carreteras estatales, previo informe de las Administraciones titulares de las vías públicas afectadas, e informar, con carácter vinculante, las que se vayan a conceder por otros órganos autonómicos o municipales, cuando hayan de circular por vías públicas o de uso público en que la Administración Central tiene atribuida la vigilancia y regulación del tráfico.

n) Cerrar a la circulación con carácter excepcional, carreteras o tramos de ellas, por razones de seguridad o fluidez del tráfico, en la forma que se determine reglamentariamente.

ñ) La coordinación de la estadística y la investigación de accidentes de tráfico, así como las estadísticas de inspección de vehículos, en colaboración con otros Organismos oficiales y privados, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine.

o) La realización de las pruebas, reglamentariamente establecidas, para determinar el grado de intoxicación alcohólica, o por estupefacientes, psicotrópicos o estimulantes, de los conductores que circulen por las vías públicas en las que tiene atribuida la vigilancia y el control de la seguridad de la circulación vial.

Artículo 6. *Jefatura Central de Tráfico.*—1. El Ministerio del Interior ejerce las competencias relacionadas en el artículo anterior a través del Organismo Autónomo Jefatura Central de Tráfico.

2. Para el ejercicio de las competencias atribuidas al Ministerio del Interior en materia de vigilancia, regulación y control del tráfico y de la seguridad vial, así como para la denuncia de las infracciones a las normas contenidas en esta Ley, y para las labores de protección y auxilio en las vías públicas o de uso público, actuarán, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, las Fuerzas de la Guardia Civil, especialmente su Agrupación de Tráfico, que a estos efectos depende específicamente de la Jefatura Central de Tráfico.

Artículo 7. *Competencias de los Municipios.*—Se atribuyen a los Municipios, en ámbito de esta Ley, las siguientes competencias:

a) La ordenación y el control del tráfico en las vías urbanas de su titularidad, así como su vigilancia por medio de agentes propios, la denuncia de las infracciones que se cometan en dichas vías y la sanción de las mismas cuando no esté expresamente atribuida a otra Administración.

b) La regulación, mediante disposición de carácter general, de los usos de las vías urbanas, haciendo compatible la equitativa distribución de los aparcamientos entre todos los usuarios, con la necesaria fluidez del tráfico rodado y con el uso peatonal de las calles.

c) La retirada de los vehículos de las vías urbanas y el posterior depósito de aquéllos y de los retirados de las vías interurbanas en los casos y condiciones que reglamentariamente se determine, cuando obstaculicen o dificulten la circulación o supongan un peligro para ésta.

d) La autorización de pruebas deportivas cuando discurran íntegra y exclusivamente por el casco urbano, exceptuadas las travesías.

e) La realización de las pruebas a que alude el apartado o) del artículo 5.º, de acuerdo con lo que reglamentariamente se establezca.

f) El cierre de vías urbanas cuando sea necesario.

CAPITULO II

Consejo Superior de Tráfico y Seguridad de la Circulación Vial

Artículo 8. *Composición y competencias.*—1. Para garantizar la coordinación de las competencias de las diferentes Administraciones Públicas se crea, bajo la presidencia del Ministro del Interior y como órgano consultivo en lo relativo al impulso y mejora de la seguridad del tráfico vial, el Consejo Superior de Tráfico y Seguridad de la Circulación Vial, en el que, junto con la Administración del

Estado, las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales, estarán representadas las organizaciones profesionales, económicas, sociales y de consumidores y usuarios más significativas, directamente relacionadas con el tráfico y la seguridad vial.

2. Dentro del campo de la seguridad vial, elaborará y propondrá planes de actuación conjunta, para cumplimentar las directivas previamente marcadas por el Gobierno o para someterlos a su aprobación; asesorará a los órganos superiores de decisión e informará sobre la publicidad de los vehículos a motor y, cuando sea requerido para ello, sobre los convenios y tratados internacionales, y los proyectos de disposiciones de carácter general en materia de circulación de vehículos; asimismo, coordinará e impulsará la actuación de los distintos organismos, entidades y asociaciones que desarrollen actividades relacionadas con la seguridad vial.

3. El Consejo funcionará en Pleno y en Comisiones y Grupos de Trabajo.

4. La composición del Pleno será la siguiente:

Presidente: Ministro del Interior.

Vicepresidente primero: Subsecretario de Interior.

Vicepresidente segundo: Director general de Tráfico.

Vocales (con categoría de Director general):

Dos representantes del Ministerio del Interior.

Un representante de cada uno de los siguientes Ministerios:

Defensa.

Economía y Hacienda.

Obras Públicas y Urbanismo.

Educación y Ciencia.

Sanidad y Consumo.

Industria y Energía.

Administraciones Públicas.

Transportes, Turismo y Comunicaciones.

El General Jefe de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil.

Un Vocal representante de cada una de las Comunidades Autónomas.

Ocho representantes de la Administración Provincial y Municipal.

Secretario: Un Subdirector General de la Jefatura Central de Tráfico.

La participación de los organismos profesionales, económicos y sociales, así como la composición y el funcionamiento de los distintos órganos del Consejo, se determinarán reglamentariamente.

5. Se constituirá una Comisión del Consejo en cada Comunidad Autónoma.

Asimismo se constituirá una Comisión del Consejo para el estudio del tráfico y la seguridad en vías urbanas.

TITULO II

Normas de comportamiento en la circulación

CAPÍTULO PRIMERO

Normas generales

Artículo 9. *Usuarios y conductores.*—1. Los usuarios de la vía están obligados a comportarse de forma que no entorpezcan indebidamente la circulación, ni causen peligro, perjuicios o molestias innecesarias a las personas, o daños a los bienes.

2. En particular se deberá conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto al mismo conductor como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de los usuarios de la vía. Queda terminantemente prohibido conducir de modo negligente o temerario.

Artículo 10. *Obras y actividades prohibidas.*—1. La realización de obras o instalaciones en las vías objeto de esta Ley necesitará la autorización previa del titular de las mismas y se regirán por lo dispuesto en la Ley de Carreteras y su Reglamento, y en las normas municipales. Las mismas normas serán aplicables a la interrupción de las obras, en razón de las circunstancias o características especiales del tráfico, que podrá llevarse a efecto a petición de la Jefatura Central de Tráfico.

Las infracciones a estas normas se sancionarán en la forma prevista en la legislación de Carreteras, como asimismo la realización de obras en la carretera sin señalización o sin que ésta se atenga a la reglamentación técnica sobre el particular, sin perjuicio de la normativa municipal sancionadora.

2. Se prohíbe arrojar, depositar o abandonar sobre la vía objetos o materias que puedan entorpecer la libre circulación, parada o estacionamiento, hacerlo peligrosos o deteriorar aquélla o sus instalaciones, o producir en la misma o en sus inmediaciones efectos que modifiquen las condiciones apropiadas para circular, parar o estacionar.

3. Quienes hubieran creado sobre la vía algún obstáculo o peligro deberán hacerlo desaparecer lo antes posible, adoptando entretanto las medidas necesarias para que pueda ser advertido por los demás usuarios y para que no se dificulte la circulación.

4. Se prohíbe arrojar a la vía o sus inmediaciones cualquier objeto que pueda dar lugar a la producción de incendios o, en general poner en peligro la seguridad vial.

5. Se prohíbe la emisión de perturbaciones electromagnéticas, ruidos, gases y otros contaminantes en las vías objeto de esta Ley, por encima de las limitaciones que reglamentariamente se establezcan.

Se prohíbe cargar los vehículos de forma distinta a lo que reglamentariamente se determine.

Artículo 11. *Normas generales de conductores.*—1. Los conductores deberán estar en todo momento en condiciones de controlar sus vehículos o animales. Al aproximarse a otros usuarios de la vía deberán adoptar las precauciones nece-

sarias para la seguridad de los mismos, especialmente cuando se trate de niños, ancianos, invidentes u otras personas manifiestamente impedidas.

2. El conductor de un vehículo está obligado a mantener su propia libertad de movimientos, el campo necesario de visión y la atención permanente a la conducción, que garanticen su propia seguridad, la de el resto de ocupantes del vehículo y la de los demás usuarios de la vía. A estos efectos deberá cuidar especialmente de mantener la posición adecuada y que la mantengan el resto de los pasajeros, y la adecuada colocación de los objetos o animales transportados para que no haya interferencia entre el conductor y cualquiera de ellos.

3. Queda prohibido conducir utilizando cascos o auriculares conectados a aparatos receptores o reproductores de sonido.

4. Queda prohibido circular con menores de 12 años situados en los asientos delanteros del vehículo, salvo que utilicen dispositivos homologados al efecto.

Artículo 12. Bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes y similares.—1. No podrá circular por las vías objeto de esta Ley conductor de vehículos con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas.

2. Todos los conductores de vehículos quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación.

Dichas pruebas se establecerán reglamentariamente y consistirán normalmente en la verificación del aire espirado mediante alcoholímetros autorizados, se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico. A petición del interesado o por orden de la Autoridad judicial se podrán repetir las pruebas a efectos de contraste pudiendo consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos.

El personal sanitario vendrá obligado, en todo caso, a dar cuenta del resultado de las pruebas que realicen a la Autoridad judicial, a los órganos periféricos de la Jefatura Central de Tráfico y, cuando proceda, a las autoridades municipales competentes.

3. Reglamentariamente podrán establecerse pruebas para la detección de las demás sustancias a que se refiere el apartado primero del presente artículo, siendo obligatorio el sometimiento a las mismas de las personas a que se refiere el apartado anterior.

CAPITULO II

De la circulación de vehículos

SECCIÓN 1.^a LUGAR EN LA VÍA

Artículo 13. Sentido de la circulación.—Como norma general y muy especialmente en las curvas y cambios de rasante de reducida visibilidad, los vehículos circularán en todas las vías objeto de esta Ley por la derecha y lo más cerca posible del borde de la calzada, manteniendo la separación lateral suficiente para realizar el cruce con seguridad.

Artículo 14. Utilización de los carriles.—1. El conductor de un automóvil, que no sea coche de minusválido, o de un vehículo especial con el peso máximo

autorizado que reglamentariamente se determine, circulará por la calzada y no por el arcén, salvo por razones de emergencia y deberá, además, atenerse a las reglas siguientes:

- a) En las calzadas con doble sentido de circulación y dos carriles, separados o no por marcas viales, circulará por el de su derecha.
- b) En las calzadas con doble sentido de circulación y tres carriles, separados por marcas longitudinales discontinuas, circulará también por el de su derecha, y en ningún caso por el situado más a su izquierda.
- c) Fuera de poblado, en las calzadas con más de un carril reservado para su sentido de marcha, circulará normalmente por el situado más a su derecha, si bien podrá utilizar el resto de los de dicho sentido cuando las circunstancias del tráfico o de la vía lo aconsejen, a condición de que no entorpezca la marcha de otro vehículo que le siga.

Cuando una de dichas calzadas tenga tres o más carriles en el sentido de su marcha, los conductores de camiones con el peso máximo autorizado superior al que reglamentariamente se determine, los de vehículos especiales que no estén obligados a circular por el arcén y los de conjuntos de vehículos de más de siete metros de longitud, circularán normalmente por el situado más a su derecha, pudiendo utilizar el inmediato en las mismas circunstancias y con igual condición a las citadas en el párrafo anterior.

d) Cuando se circule por calzadas de poblados con al menos dos carriles reservados para el mismo sentido, delimitados por marcas longitudinales, podrá utilizar el que mejor convenga a su destino, pero no deberá abandonarlo más que para prepararse a cambiar de dirección, adelantar, parar o estacionar.

2. Para el cómputo de carriles, a efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, no se tendrá en cuenta los destinados al tráfico lento ni los reservados a determinados vehículos, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine.

Artículo 15. *Utilización del arcén.*—1. El conductor de cualquier vehículo de tracción animal, vehículo especial con peso máximo autorizado no superior al que reglamentariamente se determine, ciclo, ciclomotor o coche de minusválido, en el caso de que no exista vía o parte de la misma que le esté especialmente destinada, circulará por el arcén de su derecha, si fuera transitable y suficiente, y, si no lo fuera, utilizará la parte imprescindible de la calzada. Deberán circular también por el arcén de su derecha, en las circunstancias a que se refiere este apartado, por la parte imprescindible de la calzada, los conductores de motocicletas, de turismos y de camiones con peso máximo autorizado que no exceda del que reglamentariamente se determine que, por razones de emergencia, lo hagan a velocidad anormalmente reducida, perturbando con ello gravemente la circulación.

2. Se prohíbe que los vehículos enumerados en el apartado anterior circulen en posición paralela.

Artículo 16. *Supuestos especiales del sentido de circulación.*—1. Cuando razones de seguridad o fluidez de la circulación lo aconsejen, podrá ordenarse por la autoridad competente otro sentido de circulación, la prohibición total o parcial de acceso a partes de la vía, bien con carácter general o para determinados vehículos o usuarios, el cierre de determinadas vías, el seguimiento obligatorio de itinerarios concretos, o la utilización de arcenes o carriles en sentido opuesto al normalmente previsto.

2. Para evitar entorpecimiento a la circulación y garantizar la fluidez de la

misma, se podrán imponer restricciones o limitaciones a determinados vehículos y para vías concretas, que serán obligatorias para los usuarios afectados.

Artículo 17. *Refugios, isletas o dispositivos de guía.*—Cuando en la vía existan refugios, isletas o dispositivos de guía, se circulará por la parte de la calzada que quede a la derecha de los mismos, en el sentido de la marcha, salvo cuando estén situados en una vía de sentido único o dentro de la parte correspondiente a un solo sentido de circulación, en cuyo caso podrá hacerse por cualquiera de los dos lados.

Artículo 18. *Circulación en autopistas.*—Se prohíbe circular por las autopistas con vehículos de tracción animal, ciclos, ciclomotores y coches de minusválido. Reglamentariamente se podrán establecer otras limitaciones de circulación, temporales o permanentes, en las demás vías objeto de esta Ley, cuando así lo exijan las condiciones de seguridad o fluidez en la circulación.

SECCIÓN 2.^a VELOCIDAD

Artículo 19. *Límites de velocidad.*—1. Todo conductor está obligado a respetar los límites de velocidad establecidos y a tener en cuenta, además, sus propias condiciones físicas y psíquicas, las características y el estado de la vía, del vehículo y de su carga, las condiciones metereológicas, ambientales y de circulación y, en general, cuantas circunstancias concurran en cada momento, a fin de adecuar la velocidad de su vehículo a las mismas, de manera que siempre pueda detenerlo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse.

2. La velocidad máxima y mínima autorizadas para la circulación de vehículos a motor se fijará reglamentariamente, con carácter general, para los conductores, los vehículos y las vías objeto de esta Ley, de acuerdo con sus propias características. Los lugares con prohibiciones u obligaciones específicas de velocidad serán señalizados con carácter permanente, o temporal en su caso. En defecto de señalización específica, se cumplirá la genérica establecida para cada vía.

3. Se establecerá también reglamentariamente un límite máximo con carácter general, para la velocidad autorizada en las vías urbanas y en poblado. Este límite podrá ser rebajado en travesías especialmente peligrosas, por acuerdo de la autoridad municipal con el titular de la vía, y en las vías urbanas, por decisión del órgano competente de la Corporación Municipal.

4. Las velocidades máximas fijadas para las vías rápidas y carreteras convencionales que no discurren por suelo urbano, sólo podrán ser rebasadas en 20 kilómetros por hora, por turismos y motocicletas, cuando adelanten a otros vehículos que circulen a velocidad inferior a aquéllas.

5. Se podrá circular por debajo de los límites mínimos de velocidad en los casos de transportes especiales o cuando las circunstancias del tráfico impidan el mantenimiento de una velocidad superior a la mínima sin riesgo para la circulación.

Artículo 20. *Distancias y velocidad exigible.*—1. Salvo en caso de inminente peligro, todo conductor, para reducir considerablemente la velocidad de su vehículo, deberá cerciorarse que puede hacerlo sin riesgo para otros conductores y está obligado a advertirlo previamente y a realizarlo de forma que no produzca

riesgo de colisión con los vehículos que circulan detrás del suyo, de acuerdo con lo que reglamentariamente se establezca.

2. Todo conductor de un vehículo que circule detrás de otro deberá dejar entre ambos un espacio libre que le permita detenerse, en caso de frenado brusco, sin colisionar con él, teniendo en cuenta especialmente la velocidad y las condiciones de adherencia y frenado.

3. Además de lo dispuesto en el apartado anterior, la separación que debe guardar todo conductor de vehículo que circule detrás de otro sin señalar su propósito de adelantamiento, deberá ser tal que permita al que a su vez le siga adelantar con seguridad. Los vehículos con peso máximo superior al autorizado que reglamentariamente se determine y los vehículos o conjuntos de vehículos de más de 10 metros de longitud total, deberán guardar, a estos efectos, una separación mínima de 50 metros.

4. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación:

- a) En poblado.
- b) Donde estuviere prohibido el adelantamiento.
- c) Donde hubiere más de un carril destinado a la circulación en su mismo sentido.
- d) Cuando la circulación estuviere tan saturada que no permita el adelantamiento.

5. Se prohíbe entablar competiciones de velocidad en las vías públicas o de uso público, salvo que, con carácter excepcional, se hubieran acotado para ello por la autoridad competente.

SECCIÓN 3.^a PRIORIDAD DE PASO

Artículo 21. Normas generales de prioridad.—1. En las intersecciones, la preferencia de paso se verificará siempre ateniéndose a la señalización que la regule.

2. En defecto de señal que regule la preferencia de paso, el conductor está obligado a cederlo a los vehículos que se aproximen por su derecha, salvo en los siguientes supuestos:

- a) Tendrán derecho de preferencia de paso los vehículos que circulen por una vía pavimentada frente a los procedentes de otra sin pavimentar.
- b) Los vehículos que circulen por raíles tienen derecho de prioridad de paso sobre los demás.
- c) En las glorietas, los que se hallen dentro de la vía circular tendrán preferencia de paso sobre los que pretendan acceder a aquéllas.
- d) Reglamentariamente se podrán establecer otras excepciones.

Artículo 22. Tramos estrechos y de gran pendiente.—1. En los tramos de la vía en los que por su estrechez sea imposible o muy difícil el paso simultáneo de dos vehículos que circulen en sentido contrario, donde no haya señalización expresa al efecto, tendrá derecho de preferencia de paso el que hubiere entrado primero. En caso de duda sobre dicha circunstancia, tendrá la preferencia el vehículo con mayores dificultades de maniobra, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente.

2. En los tramos de gran pendiente, en los que se den las circunstancias de estrechez señaladas en el número anterior, la preferencia de paso la tendrá

el vehículo que circule en sentido ascendente, salvo si éste pudiera llegar a un apartadero establecido al efecto. En caso de duda se estará a lo establecido en el número anterior.

Artículo 23. *Conductores, peatones y animales.*—1. Los conductores tienen prioridad de paso para sus vehículos, respecto de los peatones, salvo en los casos siguientes:

- a) En los pasos para peatones debidamente señalizados.
- b) Cuando vayan a girar con su vehículo para entrar en otra vía y haya peatones cruzándola, aunque no exista paso para éstos.
- c) Cuando el vehículo cruce un arcén por el que estén circulando peatones que no dispongan de zona peatonal.

2. En las zonas peatonales, cuando los vehículos las crucen por los pasos habilitados al efecto, los conductores tienen la obligación de dejar pasar a los peatones que circulen por ellas.

3. También deberán ceder el paso:
a) A los peatones que vayan a subir o hayan bajado de un vehículo de transporte colectivo de viajeros, en una parada señalizada como tal, cuando se encuentren entre dicho vehículo y la zona peatonal o refugio más próximo.

b) A las tropas en formación, filas escolares o comitivas organizadas.

4. Los conductores tienen prioridad de paso para sus vehículos, respecto de los animales, salvo en los casos siguientes:

- a) En las cañadas debidamente señalizadas.
- b) Cuando vayan a girar con su vehículo para entrar en otra vía y haya animales cruzándola, aunque no exista pasos para éstos.
- c) Cuando el vehículo cruce un arcén por el que estén circulando animales que no dispongan de cañada.

Artículo 24. *Cesión de paso e intersecciones.*—1. El conductor de un vehículo que haya de ceder el paso a otro no deberá iniciar o continuar su marcha o su maniobra, ni reemprenderlas, hasta haberse asegurado de que con ello no fuerza al conductor del vehículo que tiene la prioridad a modificar bruscamente la trayectoria o la velocidad del mismo y debe mostrar con suficiente antelación, por su forma de circular, y especialmente con la reducción paulatina de la velocidad, que efectivamente va a cederlo.

2. Aun cuando goce la prioridad de paso, ningún conductor deberá penetrar con su vehículo en una intersección o en un paso para peatones si la situación de la circulación es tal que, previsiblemente, pueda quedar detenido de forma que impida u obstruya la circulación transversal.

3. Todo conductor que tenga detenido su vehículo en una intersección regulada por semáforo y la situación del mismo constituya obstáculo para la circulación deberá salir de aquélla sin esperar a que se permita la circulación en la dirección que se propone tomar, siempre que al hacerlo no entorpezca la marcha de los demás usuarios que avancen en el sentido permitido.

Artículo 25. *Vehículos en servicios de urgencia.*—Tendrá prioridad de paso sobre los demás vehículos y otros usuarios de la vía los vehículos de servicio de urgencia públicos o privados, cuando se hallen en servicio de tal carácter. Podrán circular por encima de los límites de velocidad establecidos y estarán exentos de cumplir otras normas o señales, en los casos y con las condiciones que reglamentariamente se determinen.

SECCIÓN 4.^a INCORPORACIÓN A LA CIRCULACIÓN

Artículo 26. *Incorporación de vehículos a la circulación.*—El conductor de un vehículo parado o estacionado en una vía o procedente de las vías de acceso a la misma, de sus zonas de servicio o de una propiedad colindante, que pretenda incorporarse a la circulación, deberá cerciorarse previamente, incluso siguiendo las indicaciones de otra persona en caso necesario, de que puede hacerlo sin peligro para los demás usuarios, cediendo el paso a otros vehículos y teniendo en cuenta la posición, trayectoria y velocidad de éstos, y lo advertirá con las señales obligatorias para estos casos. Si la vía a la que se accede está dotada de un carril de aceleración, el conductor que se incorpora a aquélla procurará hacerlo con velocidad adecuada a la misma.

Artículo 27. *Conducción de vehículos en tramo de incorporación.*—Con independencia de la obligación de los conductores de los vehículos que se incorporen a la circulación de cumplir las prescripciones del artículo anterior, los demás conductores facilitarán, en la medida de lo posible, dicha maniobra, especialmente si se trata de un vehículo de transporte colectivo de viajeros, que pretende incorporarse a la circulación desde una parada señalizada.

SECCIÓN 5.^a CAMBIOS DE DIRECCIÓN, DE SENTIDO Y MARCHA ATRÁS

Artículo 28. *Cambios de vía, calzada y carril.*—1. El conductor de un vehículo que pretenda girar a la derecha o a la izquierda para utilizar vía distinta de aquella por la que circula, tomar otra calzada de la misma vía o para salir de la misma, deberá advertirlo previamente y con suficiente antelación a los conductores de los vehículos que circulan detrás del suyo y cerciorarse de que la velocidad y la distancia de los vehículos que se acerquen en sentido contrario le permiten efectuar la maniobra sin peligro, absteniéndose de realizarla de no darse estas circunstancias. También deberá abstenerse de realizar la maniobra cuando se trate de un cambio de dirección a la izquierda y no exista visibilidad suficiente.

2. Toda maniobra de desplazamiento lateral que implique cambio de carril, deberá llevarse a efecto respetando la prioridad del que circule por el carril que se pretende ocupar.

3. Reglamentariamente, se establecerá la manera de efectuar las maniobras necesarias para los distintos supuestos de cambio de dirección.

Artículo 29. *Cambios de sentido.*—El conductor de un vehículo que pretenda invertir el sentido de su marcha deberá elegir un lugar adecuado para efectuar la maniobra, de forma que se intercepte la vía el menor tiempo posible, advertir su propósito con las señales preceptivas con la antelación suficiente y cerciorarse de que no va a poner en peligro u obstaculizar a otros usuarios de la misma. En caso contrario, deberá abstenerse de realizar dicha maniobra y esperar el momento oportuno para efectuarla. Cuando su permanencia en la calzada, mientras espera para efectuar la maniobra de cambio de sentido, impida continuar la marcha de los vehículos que circulan detrás del suyo, deberá salir de la misma por su lado derecho, si fuera posible, hasta que las condiciones de la circulación le permitan efectuarlo.

Artículo 30. Prohibición de cambio de sentido.—Se prohíbe efectuar el cambio de sentido en toda situación que impida comprobar las circunstancias a que alude el artículo anterior, en los pasos a nivel y en los tramos de vía afectados por la señal «túnel», así como en las autopistas y autovías, salvo en los lugares habilitados al efecto y, en general, todos los tramos de la vía en que esté prohibido el adelantamiento, salvo que el cambio de sentido esté expresamente autorizado.

Artículo 31. Marcha hacia atrás.—1. Se prohíbe circular hacia atrás, salvo en los casos en que no sea posible marchar hacia adelante ni cambiar de dirección o sentido de marcha, y en las maniobras complementarias de otra que las exija, y siempre con el recorrido mínimo indispensable para efectuarla.

2. La maniobra de marcha hacia atrás deberá efectuarse lentamente, después de haberlo advertido con las señales preceptivas y de haberse cerciorado, incluso apeándose o siguiendo las indicaciones de otra persona si fuera necesario, de que, por las circunstancias de visibilidad, espacio o tiempo necesarios para efectuarla, no va a constituir peligro para los demás usuarios de la vía.

3. Se prohíbe la maniobra de marcha atrás en autovías y autopistas.

SECCIÓN 6.^a ADELANTAMIENTO

Artículo 32. Sentido del adelantamiento.—1. En todas las carreteras objeto de esta Ley, como norma general, el adelantamiento deberá efectuarse por la izquierda del vehículo que se pretenda adelantar.

2. Por excepción, y si existe espacio suficiente para ello, el adelantamiento se efectuará por la derecha y adoptando las máximas precauciones, cuando el conductor del vehículo al que se pretenda adelantar esté indicando claramente su propósito de cambiar de dirección a la izquierda o parar en ese lado, así como en las vías con circulación en ambos sentidos, a los tranvías que marchen por la zona central.

3. Reglamentariamente se establecerán otras posibles excepciones a la norma general señalada en el número 1 de este artículo, y particularidades de la maniobra de adelantamiento, en razón del carácter o configuración de la carretera en que se desarrolle esta maniobra.

Artículo 33. Normas generales del adelantamiento.—1. Antes de iniciar un adelantamiento que requiera desplazamiento lateral, el conductor que se proponga adelantar deberá advertirlo con suficiente antelación, con las señales preceptivas, y comprobar que en el carril que pretende utilizar para el adelantamiento, existe espacio libre suficiente para que la maniobra no ponga en peligro ni entorpeza a quienes circulen en sentido contrario, teniendo en cuenta la velocidad propia y la de los demás usuarios afectados. En caso contrario, deberá abstenerse de efectuarla.

2. También deberá cerciorarse de que el conductor del vehículo que le precede en el mismo carril no ha indicado su propósito de desplazarse hacia el mismo lado, en cuyo caso deberá respetar la preferencia que le asiste. No obstante, si después de un tiempo prudencial, el conductor del citado vehículo no ejerciera su derecho prioritario, se podrá iniciar la maniobra de adelantamiento del mismo, advirtiéndosele previamente con señal acústica u óptica.

3. Asimismo, deberá asegurarse de que no se ha iniciado la maniobra de adelantar a su vehículo por parte de ningún conductor que le siga por el mismo

carril, y de que dispone de espacio suficiente para reintegrarse a su mano cuando termine el adelantamiento.

Artículo 34. *Ejecución del adelantamiento.*—1. Durante la ejecución del adelantamiento, el conductor que lo efectúe deberá llevar su vehículo a una velocidad notoriamente superior a la del que pretende adelantar y dejar entre ambos una separación lateral suficiente para realizarlo con seguridad.

2. Si después de iniciar la maniobra de adelantamiento advirtiera que se producen circunstancias que puedan hacer difícil la finalización del mismo sin provocar riesgos, reducirá rápidamente su marcha y regresará de nuevo a su mano, advirtiéndolo a los que le siguen con las señales preceptivas.

3. El conductor del vehículo que ha efectuado el adelantamiento deberá reintegrarse a su carril tan pronto como le sea posible y de modo gradual, sin obligar a otros usuarios a modificar su trayectoria o velocidad y advirtiéndolo a través de las señales preceptivas.

Artículo 35. *Vehículo adelantado.*—1. El conductor que advierta que otro que le sigue tiene el propósito de adelantar a su vehículo, estará obligado a ceñirse al borde derecho de la calzada, salvo en el supuesto de cambio de dirección a la izquierda o de parada en ese mismo lado a que se refiere el artículo 32.2 en que deberá ceñirse a la izquierda todo lo posible, pero sin interferir la marcha de los vehículos que puedan circular en sentido contrario.

2. Se prohíbe al conductor del vehículo que va a ser adelantado aumentar la velocidad o efectuar maniobras que impidan o dificulten el adelantamiento. También estará obligado a disminuir la velocidad de su vehículo cuando, una vez iniciada la maniobra de adelantamiento, se produzca alguna situación que entrañe peligro para su propio vehículo, para el vehículo que la está efectuando, para los que circulan en sentido contrario o para cualquier otro usuario de la vía.

Artículo 36. *Prohibiciones de adelantamiento.*—Queda prohibido adelantar:

1. En las curvas y cambios de rasante de visibilidad reducida, y en general, en todo lugar o circunstancia en que la visibilidad disponible no sea suficiente para poder efectuar la maniobra o desistir de ella una vez iniciada, a no ser que los dos sentidos de circulación estén claramente delimitados y la maniobra pueda efectuarse sin invadir la zona reservada al sentido contrario.

2. En los pasos para peatones señalizados como tales y en los pasos a nivel y en sus proximidades.

3. En las intersecciones y en sus proximidades, salvo cuando:

a) Se trate de una plaza de circulación giratoria.

b) El adelantamiento deba efectuarse por la derecha, según lo previsto en el artículo 32.2.

c) La calzada en que se realice goce de prioridad en la intersección y haya señal expresa que lo indique.

d) El adelantamiento se realice a vehículos de dos ruedas.

Artículo 37. *Supuestos especiales de adelantamiento.*—Cuando en un tramo de vía en el que esté prohibido el adelantamiento se encuentre inmovilizado un vehículo que, en todo o en parte, ocupe la calzada en el carril del sentido de la marcha y salvo los casos en que tal inmovilización responda a necesidades de tráfico, se le podrá rebasar, aunque para ello haya que ocupar parte del carril izquierdo de la calzada, después de haberse cerciorado de que se puede realizar la maniobra sin peligro.

SECCIÓN 7.^a PARADA Y ESTACIONAMIENTO

Artículo 38. *Normas generales de paradas y estacionamientos.*—1. La parada o el estacionamiento de un vehículo en vías interurbanas deberá efectuarse siempre fuera de la calzada, en el lado derecho de la misma y dejando libre la parte transitable del arcén.

2. Cuando en vías urbanas tenga que realizarse en la calzada o en el arcén, se situará el vehículo lo más cerca posible de su borde derecho, salvo en las vías de único sentido, en las que se podrá situar también en el lado izquierdo.

3. La parada y el estacionamiento deberán efectuarse de tal manera que el vehículo no obstaculice la circulación ni constituya un riesgo para el resto de los usuarios de la vía, cuidando especialmente la colocación del mismo y el evitar que pueda ponerse en movimiento en ausencia del conductor, de acuerdo con las normas que reglamentariamente se establezcan.

4. El régimen de parada y estacionamiento en vías urbanas se podrá regular por ordenanza municipal, pudiendo adoptar las medidas necesarias para evitar el entorpecimiento del tráfico incluida la retirada del vehículo.

Artículo 39. *Prohibiciones de paradas y estacionamientos.*—1. Queda prohibido parar y estacionar:

- a) En las curvas y cambios de rasante de visibilidad reducida, en sus proximidades y en los túneles.
 - b) En los pasos a nivel, pasos para ciclistas y pasos para peatones.
 - c) En los carriles o partes de la vía reservados exclusivamente para la circulación o para el servicio de determinados usuarios.
 - d) En las intersecciones y en sus proximidades.
 - e) Sobre los raíles de tranvías o tan cerca de ellos que pueda entorpecerse su circulación.
 - f) En los lugares donde se impida la visibilidad de la señalización a los usuarios a quienes afecte u obligue a hacer maniobras.
 - g) En autovías o autopistas, salvo en las zonas habilitadas al efecto.
2. Queda prohibido estacionar en doble fila.

SECCIÓN 8.^a CRUCE DE PASOS A NIVEL Y PUENTES LEVADIZOS

Artículo 40. *Normas generales sobre pasos a nivel y puentes levadizos.*—1. Todos los conductores deben extremar la prudencia y reducir la velocidad por debajo de la máxima permitida al aproximarse a un paso a nivel o a un puente levadizo.

2. Los usuarios que al llegar a un paso a nivel o a un puente levadizo lo encuentren cerrado o con la barrera o semibarrera en movimiento, deberán detenerse uno detrás de otro en el carril correspondiente hasta que tengan paso libre.

3. El cruce de la vía férrea deberá realizarse sin demora y después de haberse cerciorado de que, por las circunstancias de la circulación o por otras causas, no existe riesgo de quedar inmovilizado dentro del paso.

4. Los pasos a nivel y puentes levadizos estarán debidamente señalizados por el titular de la vía.

Artículo 41. *Bloqueo de pasos a nivel y puentes levadizos.*—Cuando por ra-

zones de fuerza mayor quede un vehículo detenido en un paso a nivel o se produzca la caída de su carga dentro del mismo, el conductor estará obligado a adoptar las medidas adecuadas para el rápido desalojo de los ocupantes del vehículo y para dejar el paso expedito en el menor tiempo posible. Si no lo consiguiese, adoptará inmediatamente todas las medidas a su alcance para que, tanto los maquinistas de los vehículos que circulen por raíles como los conductores del resto de los vehículos que se aproximen, sean advertidos de la existencia del peligro con la suficiente antelación.

SECCIÓN 9.^a UTILIZACIÓN DEL ALUMBRADO

Artículo 42. *Uso obligatorio de alumbrado.*—1. Todos los vehículos que circulen entre la puesta y la salida del sol o a cualquier hora del día, deben llevar encendido el alumbrado que corresponda, de acuerdo con lo que reglamentariamente se establezca.

2. También deberán llevar encendido durante el resto del día el alumbrado que reglamentariamente se establezca:

- a) Las motocicletas que circulen por cualquier vía objeto de esta Ley.
- b) Todos los vehículos que circulen por un carril reversible o en sentido contrario al normalmente utilizado en la calzada donde se encuentre situado, bien sea un carril que les esté exclusivamente reservado o bien abierto excepcionalmente a la circulación en dicho sentido.

Artículo 43. *Supuestos especiales de alumbrado.*—También será obligatorio utilizar el alumbrado que reglamentariamente se establezca, cuando existan condiciones meteorológicas o ambientales que disminuyan sensiblemente la visibilidad, como en el caso de niebla, lluvia intensa, nevada, nubes de humo o de polvo o cualquier otra circunstancia análoga.

SECCIÓN 10. ADVERTENCIAS DE LOS CONDUCTORES

Artículo 44. *Advertencias de los conductores.*—1. Los conductores están obligados a advertir al resto de los usuarios de la vía acerca de las maniobras que vayan a efectuar con sus vehículos.

2. Como norma general, dichas advertencias se harán utilizando la señalización luminosa del vehículo o, en su defecto, con el brazo, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente.

3. Excepcionalmente o cuando así lo prevea alguna norma de esta Ley o de sus reglamentos, podrán emplearse señales acústicas, quedando prohibido su uso inmotivado o exagerado.

4. Los vehículos de servicios de urgencia públicos o privados y otros vehículos especiales podrán utilizar otras señales ópticas y acústicas en los casos y en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

CAPITULO III

Otras normas de circulación

Artículo 45. *Puertas.*—Se prohíbe llevar abiertas las puertas del vehículo, abrirlas antes de su completa inmovilización y abrirlas o apearse del mismo sin haberse cerciorado previamente de que ello no implica peligro o entorpecimiento para otros usuarios.

Artículo 46. *Apagado de motor.*—Aun cuando el conductor no abandone su puesto, deberá parar el motor siempre que el vehículo se encuentre detenido en el interior de un túnel o en lugar cerrado y durante la carga de combustible.

Artículo 47. *Cinturón, casco y restantes elementos de seguridad.*—1. Los conductores y ocupantes de vehículos a motor y ciclomotores están obligados a utilizar el cinturón de seguridad, el casco y demás elementos de protección en los casos y en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

2. Reglamentariamente se fijarán también las excepciones a la norma del número anterior, de acuerdo con las recomendaciones internacionales en la materia y atendiendo a las especiales condiciones de los conductores minusválidos.

Artículo 48. *Tiempo de descanso y conducción.*—Por razones de seguridad podrán regularse los tiempos de conducción y descanso. También podrá exigirse la presencia de más de una persona habilitada para la conducción de un sólo vehículo.

Artículo 49. *Peatones.*—1. Los peatones están obligados a transitar por la zona peatonal, salvo cuando ésta no exista o no sea practicable, en cuyo caso podrán hacerlo por el arcén o, en su defecto, por la calzada, de acuerdo con las normas que reglamentariamente se determinen.

2. Fuerá de poblado, en todas las vías objeto de esta Ley, y en tramos de poblado incluidos en el desarrollo de una carretera que no dispongan de espacio especialmente reservado para peatones, como norma general, la circulación de los mismos se hará por la izquierda.

3. Salvo en los casos y en las condiciones que reglamentariamente se determinen, queda prohibida la circulación de peatones por autopistas.

Artículo 50. *Animales.*—1. En las vías objeto de esta Ley sólo se permitirá el tránsito de animales de tiro, carga o silla, cabezas de ganado aisladas, en manada o rebaño, cuando no exista itinerario practicable por vía pecuaria y siempre que vayan custodiados por alguna persona. Dicho tránsito se efectuará por la vía alternativa que tenga menor intensidad de circulación de vehículos y de acuerdo con lo que reglamentariamente se establezca.

2. Se prohíbe la circulación de animales por autopistas y autovías.

Artículo 51. *Auxilio.*—1. Los usuarios de las vías que se vean implicados en un accidente de tráfico, lo presencien o tengan conocimiento de él, estarán obligados a auxiliar o solicitar auxilio para atender a las víctimas, si las hubiere, prestar su colaboración para evitar mayores peligros o daños, restablecer, en la medida de lo posible, la seguridad de la circulación y esclarecer los hechos.

2. Si por causa de accidente o avería el vehículo o su carga obstaculizaren la calzada, los conductores, tras señalizar convenientemente el vehículo o el obstáculo creado, adoptarán las medidas necesarias para que sea retirado en el me-

nor tiempo posible, debiendo sacarlo de la calzada y situarlo cumpliendo las normas de estacionamiento siempre que sea factible.

Artículo 52. *Publicidad.*—Se prohíbe la publicidad en relación con vehículos a motor que ofrezca en su argumentación verbal, en sus elementos sonoros o en sus imágenes, incitación a la velocidad excesiva, a la conducción temeraria, a situaciones de peligro o cualquier otra circunstancia que suponga una conducta contraria a los principios de esta Ley. Esta publicidad estará sometida al régimen de autorización administrativa previa, de acuerdo con lo establecido en la legislación reguladora de la publicidad.

TITULO III

De la señalización

CAPÍTULO UNICO

Artículo 53. *Normas generales sobre señales.*—1. Todos los usuarios de las vías objeto de esta Ley están obligados a obedecer las señales de la circulación que establezcan una obligación o una prohibición y a adaptar su comportamiento al mensaje del resto de las señales reglamentarias que se encuentren en las vías por las que circulan.

2. Salvo circunstancias especiales que lo justifiquen, los usuarios deben obedecer las prescripciones indicadas por las señales, aun cuando parezcan estar en contradicción con las normas de comportamiento en la circulación.

Artículo 54. *Prioridad entre señales.*—El orden de prioridad entre los distintos tipos de señales de circulación es el siguiente:

1.º Señales y órdenes de los Agentes de la circulación.

2.º Señalización circunstancial que modifique el régimen normal de utilización de la vía.

3.º Semáforos.

4.º Señales verticales de circulación.

5.º Marcas viales.

2. En el caso de que las prescripciones indicadas por diferentes señales parezcan estar en contradicción entre sí, prevalecerá la prioritaria, según el orden a que se refiere el apartado anterior, o la más restrictiva si se trata de señales del mismo tipo.

Artículo 55. *Formato de las señales.*—Reglamentariamente se establecerá el Catálogo Oficial de Señales de la Circulación y Marcas Viales, de acuerdo con las reglamentaciones y recomendaciones internacionales en la materia.

2. Dicho Catálogo especificará, necesariamente, la forma, color, diseño y significado de las señales, así como las dimensiones de las mismas en función de cada tipo de vía y sus sistemas de colocación.

3. Las señales y marcas viales que pueden ser utilizadas en las vías objeto de esta Ley deberán cumplir las especificaciones que reglamentariamente se establezcan.

Artículo 56. *Idioma de las señales.*—Las indicaciones escritas de las señales se expresarán al menos en el idioma español oficial del Estado.

Artículo 57. Mantenimiento de señales y señales circunstanciales.—1. Corresponde al titular de la vía la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación y de la instalación y conservación en ella de las adecuadas señales y marcas viales. También corresponde al titular de la vía la autorización previa para la instalación en ella de otras señales de circulación. En caso de emergencia, los Agentes de la autoridad podrán instalar señales circunstanciales sin autorización previa.

2. La autoridad encargada de la regulación del tráfico será responsable de la señalización de carácter circunstancial en razón de las contingencias del mismo y de la señalización variable necesaria para su control, de acuerdo con la legislación de carreteras.

3. La responsabilidad de la señalización de las obras que se realicen en las vías objeto de esta Ley corresponderá a los Organismos que las realicen o las Empresas adjudicatarias de las mismas, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine. Los usuarios de la vía están obligados a seguir las indicaciones del personal destinado a la regulación del tráfico en dichas obras.

Artículo 58. Retirada, sustitución y alteración de señales.—1. El titular de la vía o, en su caso, la autoridad encargada de la regulación del tráfico, ordenará la inmediata retirada y, en su caso, la sustitución por las que sean adecuadas de las señales antirreglamentariamente instaladas, de las que hayan perdido su objeto y de las que no lo cumplan por causa de su deterioro.

2. Salvo por causa justificada, nadie debe instalar, retirar, trasladar, ocultar o modificar la señalización de una vía sin permiso del titular de la misma o, en su caso, de la autoridad encargada de la regulación del tráfico o de la responsable de las instalaciones.

3. Se prohíbe modificar el contenido de las señales o colocar sobre ellas o en sus inmediaciones placas, carteles, marcas u otros objetos que puedan inducir a confusión, reducir su visibilidad o su eficacia, deslumbrar a los usuarios de la vía o distraer su atención.

TITULO IV

De las autorizaciones administrativas

CAPÍTULO PRIMERO

De las autorizaciones en general

Artículo 59. Normas generales sobre autorizaciones administrativas.—1. Con objeto de garantizar la aptitud de los conductores para manejar los vehículos y la idoneidad de éstos para circular con el mínimo de riesgo posible, la circulación de vehículos a motor por las vías objeto de esta Ley queda sometida al régimen de autorización administrativa previa.

2. Reglamentariamente se fijarán los datos que han de constar en las autorizaciones de los conductores y de los vehículos, debiendo figurar en todo caso en la de los primeros, el nombre y apellidos de su titular, la fecha de nacimiento, el domicilio, el lugar y fecha de expedición, el plazo de vigencia y la categoría

de los vehículos que autoriza a conducir con las condiciones restrictivas que eventualmente se establezcan; y en la de los segundos, la matrícula, el número de bastidor, la fecha de fabricación y, en su caso, la contraseña de homologación, así como los datos del titular, las dimensiones y peso máximos autorizados, incluida la carga, y el número máximo de plazas autorizadas.

3. El conductor de un vehículo queda obligado a estar en posesión y llevar consigo su permiso o licencia para conducir válido, así como el permiso de circulación del vehículo y la tarjeta de inspección técnica o certificado de características, y deberán exhibirlos ante los Agentes de la autoridad que se lo soliciten, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine.

CAPÍTULO II

De las autorizaciones para conducir

Artículo 60. *Permisos de conducción.*—1. La conducción de vehículos a motor y ciclomotores exigirá haber obtenido previamente la preceptiva autorización administrativa, que se dirigirá a verificar que los conductores tengan los requisitos de capacidad, conocimientos y habilidad necesarios para la conducción del vehículo, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente. Se prohíbe conducir vehículos a motor y ciclomotores sin estar dotado de la mencionada autorización administrativa.

2. La enseñanza de los conocimientos y técnicas de la conducción, así como la constatación de las aptitudes psicofísicas de los conductores, se ejercerán por Centros oficiales o privados de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine. En cualquier caso todo Centro de reconocimiento o de enseñanza, sea oficial o privado, necesitará de autorización previa para desarrollar su actividad.

3. Se podrá autorizar la enseñanza no profesional en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

4. El permiso y la licencia para conducir podrán tener vigencia limitada en el tiempo, pudiendo ser revisado en los plazos y condiciones que reglamentariamente se determinen.

CAPÍTULO III

De las autorizaciones relativas a los vehículos

Artículo 61. *Permisos de circulación y documentación de los vehículos.*—1. La circulación de vehículos exigirá que éstos obtengan previamente la correspondiente autorización administrativa, dirigida a testificar que estén en perfecto estado de funcionamiento y se ajusten en sus características, equipos, repuestos y accesorios a las prescripciones técnicas que se fijen reglamentariamente. Se prohíbe la circulación de vehículos que no estén dotados de la citada autorización.

2. Los vehículos, sus equipos y sus repuestos y accesorios deberán estar previamente homologados o ser objeto de inspección técnica unitaria antes de ser admitidos a la circulación, de acuerdo con lo que reglamentariamente se establez-

ca. Dichos vehículos habrán de ser identificables, ostentando grabados o troquelados, de forma legible e indeleble, las marcas y contraseñas que reglamentariamente sean exigibles con objeto de individualizarlos, autenticar su fabricación y especificar su empleo o posterior acoplamiento de elementos importantes.

3. Los vehículos a motor, los ciclomotores y los remolques de peso máximo superior al que reglamentariamente se determine, tendrán documentadas sus características técnicas esenciales en el certificado oficial correspondiente, en el que se harán constar las reformas que se autoricen y la verificación de su estado de servicio y mantenimiento en la forma que se disponga reglamentariamente.

4. El permiso de circulación habrá de renovarse cuando varíe la titularidad registral del vehículo y quedará extinguido cuando éste se dé de baja en el correspondiente Registro, a instancia de parte o por comprobarse que no es apto para la circulación, en la forma que reglamentariamente se determine.

5. La circulación de un vehículo sin autorización, bien por no haberla obtenido o porque haya sido objeto de anulación o revocación, dará lugar a la inmovilización del mismo hasta que se disponga de dicha autorización, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine.

Artículo 62. Matrículas.—1. Para poner en circulación vehículos a motor, así como remolques de peso máximo superior al que reglamentariamente se determine, será preciso matricularlos y que lleven las placas de matrícula con los caracteres que se les asigne del modo que se establezca. Esta obligación será exigida a los ciclomotores de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine.

2. En casos justificados, la autoridad competente para expedir el permiso de circulación podrá conceder, en los términos que se fijen reglamentariamente, permisos temporales que autoricen la circulación provisional del vehículo, antes de su matriculación definitiva o mientras se tramita la misma.

CAPÍTULO IV

Anulación, revocación e intervención de autorizaciones

Artículo 63. Anulación y revocación.—1. Las autorizaciones administrativas reguladas en el presente título podrán ser objeto de declaración de nulidad o anulación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 109 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo.

2. El procedimiento para la declaración de nulidad o anulación se ajustará a lo dispuesto en el título V, capítulo primero, del mencionado texto legal.

3. Con independencia de lo dispuesto en los párrafos anteriores la vigencia de las autorizaciones administrativas reguladas en este título estará subordinada a que se mantengan los requisitos para su otorgamiento.

4. La Administración podrá revocar las mencionadas autorizaciones cuando, después de otorgarlas, se acrede que han desaparecido los requisitos que se exigían para ello.

Para acordar tal revocación, la Administración deberá notificar al interesado la presunta carencia del requisito exigido, concediéndole la facultad de acreditar en la forma y plazos que reglamentariamente se determine.

5. El titular de una autorización revocada podrá obtenerla de nuevo, siguien-

te el procedimiento y superando las pruebas reglamentariamente establecidas, en las que deberá acreditar la concurrencia del requisito en cuestión.

Artículo 64. *Suspensión cautelar.*—En el curso de los procedimientos de declaración de nulidad, anulación y revocación de las autorizaciones administrativas, podrá acordarse la suspensión cautelar de la autorización en cuestión, cuando su mantenimiento entrañe un grave peligro para la seguridad del tráfico o perjudique notoriamente el interés público, en cuyo caso la autoridad que conozca del expediente ordenará, mediante resolución fundada, la intervención inmediata de la autorización y la práctica de cuantas medidas sean necesarias para impedir el efectivo ejercicio de la misma.

TITULO V

De las infracciones y sanciones, de las medidas cautelares y de la responsabilidad

CAPÍTULO PRIMERO

Infracciones y sanciones

Artículo 65. *Cuadro general de infracciones.*—1. Las acciones u omisiones contrarias a esta Ley o a los reglamentos que la desarrollan, tendrán el carácter de infracciones administrativas y serán sancionadas en los casos, forma y medida que en ella se determinan, a no ser que puedan constituir delitos o faltas tipificadas en las leyes penales, en cuyo caso la Administración pasará el tanto de culpa al orden jurisdiccional competente y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme.

2. Las infracciones a que hace referencia el número anterior se clasifican en leves, graves y muy graves.

3. Tendrán la consideración de infracciones leves las cometidas contra las normas contenidas en esta Ley que no se califiquen expresamente como graves o muy graves en los números siguientes.

4. Se consideran infracciones graves las conductas tipificadas en esta Ley referidas a conducción negligente o temeraria, omisión de socorro en caso de necesidad o accidente, ingestión de sustancias que perturben o disminuyan las facultades psicofísicas del conductor, tiempos de conducción, limitaciones de velocidad, prioridad de paso, adelantamientos, cambios de dirección o sentido, circulación en sentido contrario al estipulado, paradas y estacionamientos en lugares peligrosos o que obstaculicen gravemente el tráfico, circulación sin alumbrado en situaciones de falta o disminución de visibilidad o produciendo deslumbramiento al resto de los usuarios de la vía, circulación sin la autorizaciones previstas en esta Ley o sin matrícula o con vehículo que incumpla las condiciones técnicas que garantizan la seguridad vial, realización y señalización permanente u ocasional, y las competencias o carreras entre vehículos.

5. Tendrán la consideración de muy graves las infracciones a que hace referencia el número anterior, cuando concurran circunstancias de peligro por razón de la intensidad de la circulación, las características y condiciones de la vía, las condiciones atmosféricas o de visibilidad, la concurrencia simultánea de vehículos

y otros usuarios, especialmente en zonas urbanas y en poblado, o cualquier otra circunstancia análoga que pueda constituir un riesgo añadido y concreto al previsto para las graves en el momento de cometerse la infracción.

Artículo 66. Infracciones en materia de publicidad.—Las infracciones a lo previsto en el artículo 52 se sancionarán en la cuantía y a través del procedimiento establecido en la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios.

Artículo 67. Sanciones.—1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 15.000 pesetas, las graves con multa de hasta 50.000 pesetas y las muy graves con multa de hasta 100.000 pesetas. En el caso de infracciones graves o muy graves podrá imponerse además la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducir hasta tres meses.

Las sanciones de multa previstas en el párrafo anterior, cuando el hecho no esté castigado en las Leyes Penales ni puedan dar origen a la suspensión de las autorizaciones a que se refiere el mismo párrafo y el segundo del apartado 3 de este artículo, podrán hacerse efectivas dentro de los diez días siguientes a la notificación de la denuncia, con una reducción del 20 por 100 sobre la cuantía que se fije provisionalmente en la forma que reglamentariamente se determine.

Cuando el infractor no acredite su residencia habitual en territorio español, el Agente denunciante fijará provisionalmente la cuantía de la multa, y de no depositarse su importe o garantizarse su pago por cualquier medio admitido en derecho, inmovilizará el vehículo en los términos y condiciones que se fijen reglamentariamente. En todo caso, se tendrá en cuenta lo previsto en el párrafo anterior respecto a la reducción del 20 por 100.

2. Las infracciones previstas en la legislación de transportes en relación con los tacógrafos, sus elementos u otros instrumentos o medios de control, prestación de servicios en condiciones que puedan afectar a la seguridad de las personas por entrañar peligro grave y directo para las mismas y exceso en el peso máximo autorizado de los vehículos, excepto cuando la causa de la infracción fuere el exceso de carga, se persiguirán por los órganos indicados en el siguiente artículo de esta Ley, conforme al procedimiento y de acuerdo con las sanciones recogidas en la mencionada legislación de transportes.

3. Las infracciones sobre normas de conducción y circulación de transporte escolar y de transporte de mercancías peligrosas por carretera se sancionarán de acuerdo con lo previsto en la legislación de transportes.

4. Serán sancionadas con multa de 15.000 a 250.000 pesetas la conducción sin la autorización administrativa correspondiente, las infracciones a las normas reguladoras de la actividad de los centros de reconocimiento de conductores o de enseñanza, así como a las de la Inspección Técnica de Vehículos y las relativas al régimen de actividades industriales que afecten de manera directa a la seguridad vial.

En aquellas infracciones de especial gravedad la Administración podrá imponer, además, la sanción de suspensión de hasta un año de la correspondiente autorización o de cancelación de la misma.

5. La realización de actividades correspondientes a las distintas autorizaciones durante el tiempo de suspensión de las mismas llevará aparejada una nueva suspensión por seis meses al cometerse el primer quebrantamiento, y la revocación definitiva de la autorización si se produjere un segundo quebrantamiento.

6. El Gobierno, mediante Real Decreto, podrá actualizar la cuantía de las

multas previstas en esta Ley, atendiendo a la variación que experimente el índice de precios al consumo.

Artículo 68. *Competencias.*—1. La competencia para sancionar corresponde, en el marco de lo dispuesto en la presente Ley, al Gobernador Civil de la provincia en que se haya cometido la infracción. Si se tratara de una infracción cometida en territorio de más de una provincia, la competencia para su represión corresponderá al Gobernador Civil de la provincia en que la infracción hubiere sido primeramente denunciada. La facultad de sancionar podrá ser delegada por los Gobernadores Civiles en las Autoridades Provinciales de Tráfico en la medida y extensión que reglamentariamente se determine.

2. La sanción por infracciones o normas de circulación cometidas en vías urbanas corresponderá a los respectivos Alcaldes.

Los Gobernadores Civiles asumirán esa competencia cuando, por razones justificadas o por insuficiencia de los servicios municipales, no pueda ser ejercida por los Alcaldes.

3. En las travesías la competencia corresponderá al Gobernador Civil, en tanto no tengan características exclusivas de vías urbanas.

4. La competencia para sancionar las infracciones a los preceptos del título IV de esta Ley y para imponer la suspensión del permiso de conducir corresponderá, en todo caso, a los Gobernadores Civiles.

5. La competencia para sancionar las infracciones a que se refiere el artículo 52 de esta Ley corresponderá en todo caso al Director general de Tráfico.

Artículo 69. *Graduación de sanciones.*—1. Las sanciones previstas en esta Ley se graduarán en atención a la gravedad y trascendencia del hecho, a los antecedentes del infractor y al peligro potencial creado.

Para graduar las sanciones, en razón a los antecedentes del infractor, se establecerán reglamentariamente los criterios de valoración de los mencionados antecedentes.

2. No tendrán el carácter de sanciones las medidas cautelares o preventivas que se pueden acordar con arreglo a la presente Ley y conforme se establece en la Ley de Procedimiento Administrativo.

CAPÍTULO II

De las medidas cautelares

Artículo 70. *Inmovilización del vehículo.*—Los agentes de la Autoridad encargados de la vigilancia del tráfico podrán proceder, en la forma que se determine reglamentariamente, a la inmovilización del vehículo cuando, como consecuencia del incumplimiento de los preceptos de esta Ley, de su utilización pudiera derivarse un riesgo grave para la circulación, las personas o los bienes. Esta medida será levantada inmediatamente después de que desaparezcan las causas que la han motivado. También podrá inmovilizarse el vehículo en los casos de negativa a efectuar las pruebas a que se refiere el número 2 del artículo 12.

Artículo 71. *Retirada del vehículo.*—La Administración podrá proceder, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, si el obligado a ello no lo hiciera, a la retirada del vehículo de la vía y su depósito en el lugar que

designe la autoridad competente, según aquél se encuentre dentro o fuera de poblado, en los siguientes casos:

- a) Siempre que constituya peligro o cause graves perturbaciones a la circulación o al funcionamiento de algún servicio público y también cuando pueda presumirse razonablemente su abandono en la vía.
- b) En caso de accidente que impida continuar la marcha.
- c) Cuando haya sido inmovilizado por deficiencias del mismo.
- d) Cuando inmovilizado un vehículo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1, párrafo tercero, el infractor persistiere en su negativa a depositar o garantizar el pago del importe de la multa.

2. Salvo en caso de sustracción u otras formas de utilización del vehículo en contra de la voluntad de su titular, debidamente justificadas, los gastos que se originen como consecuencia de la retirada a la que se refiere el número anterior, serán por cuenta del titular, que deberá abonarlos o garantizar su pago como requisito previo a la devolución del vehículo sin perjuicio del derecho de recurso que le asiste y de la posibilidad de repercutirlos sobre el responsable del accidente, del abandono del vehículo o de la infracción que haya dado lugar a la retirada.

CAPÍTULO III

De la responsabilidad

Artículo 72. Personas responsables.—1. La responsabilidad por las infracciones a lo dispuesto en esta Ley recaerá directamente en el autor del hecho en que consista la infracción.

2. El titular que figure en el Registro de Vehículos será en todo caso responsable por las infracciones relativas a la documentación del vehículo, las relativas al estado de conservación, cuando las deficiencias afecten a las condiciones de seguridad del vehículo y por las derivadas del incumplimiento de las normas relativas a reconocimientos periódicos.

3. El titular del vehículo, debidamente requerido para ello, tiene el deber de identificar al conductor responsable de la infracción y si incumpliera esta obligación en el trámite procedimental oportuno sin causa justificada, será sancionado pecuniariamente como autor de falta grave.

4. La responsabilidad por el ejercicio profesional a que se refieren las autorizaciones del apartado c) del artículo 5 de esta ley, en materia de enseñanza de la conducción y de aptitudes psicofísicas de los conductores, se determinará reglamentariamente, dentro de los límites establecidos en el apartado 1 del artículo 67.

5. El fabricante del vehículo y el de sus componentes serán, en todo caso, responsables por las infracciones relativas a las condiciones de construcción del mismo que afecten a su seguridad, así como de que la fabricación se ajuste a tipos homologados.

TITULO VI

Procedimiento sancionador y recursos

C CAPÍTULO PRIMERO

Procedimiento sancionador

Artículo 73. *Normas generales.*—No se impondrá sanción alguna por las infracciones a los preceptos de esta Ley, sino en virtud del procedimiento instruido con arreglo a las normas del presente capítulo.

Con carácter supletorio se aplicará el título IV de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Artículo 74. *Actuaciones administrativas y jurisdiccionales penales.*—1. Cuando, como consecuencia de un proceso penal, se hubiera abstenido la Administración de actuar para sancionar posibles infracciones a los preceptos de esta Ley, y el proceso termine con sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad penal y siempre que la misma no esté fundamentada en la inexistencia del hecho, podrá iniciarse, continuar o reanudarse el correspondiente procedimiento en los términos previstos en esta Ley, para determinar la posible existencia de infracción administrativa.

2. Si en el proceso penal el Juez se pronuncia expresamente sobre delitos o faltas directamente relacionados con la seguridad en la circulación vial, con sentencia condenatoria de los inculpados, la Administración no podrá imponer a éstos sanción fundamentada en los mismos hechos objeto del proceso penal, y sólo podrá aplicar las medidas cautelares, que sean de su estricta competencia, mediante expediente tramitado conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo, en orden a la verificación de los requisitos de las autorizaciones correspondientes y salvo que la Autoridad judicial hubiese proveído al respecto.

Artículo 75. *Incoación.*—1. El procedimiento sancionador se incoará de oficio por la Autoridad competente que tenga noticias de los hechos que puedan constituir infracciones a los preceptos de esta ley o mediante denuncia que podrá formular cualquier persona que tenga conocimiento directo de los mismos.

2.. Los Agentes de la Autoridad encargados del servicio de vigilancia de tráfico deberán denunciar las infracciones que observen cuando ejerzan funciones de vigilancia y control de la circulación vial.

3. En las denuncias por hechos de circulación deberá constar: La identificación del vehículo con el que se hubiese cometido la supuesta infracción, la identidad del denunciado, si fuere conocida, una relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, fecha y hora y del nombre, profesión y domicilio del denunciante. Cuando éste sea un Agente de la Autoridad podrán sustituirse estos datos por su número de identificación. En las denuncias por hechos ajenos a la circulación se especificarán todos los datos necesarios para la exacta descripción de los mismos.

Artículo 76. *Denuncias de las autoridades y sus Agentes.*—Las denuncias efectuadas por los Agentes de la Autoridad encargados de la vigilancia del tráfico harán fe, salvo prueba en contrario, respecto de los hechos denunciados, sin per-

juicio del deber de aquéllos de aportar todos los elementos probatorios que sean posibles sobre el hecho denunciado.

Artículo 77. *Notificación de denuncias.*—Como norma general, las denuncias de carácter obligatorio, formuladas por Agentes de la Autoridad, se notificarán en el acto al denunciado, haciendo constar en las mismas los datos a que hace referencia el artículo 75 y el derecho reconocido en el 79.1. Por razones justificadas que deberán constar en la propia denuncia, podrá notificársele la misma con posterioridad.

Artículo 78. *Domicilio de notificaciones.*—1. A efectos de notificaciones, se considerará domicilio del conductor y del titular del vehículo aquel que los interesados hayan expresamente indicado y, en su defecto, el que figure en los Registros de Conductores e Infractores, y en el de Vehículos, respectivamente.

Tanto los titulares de vehículos como de permisos para conducir están obligados a comunicar los cambios de domicilio.

2. Las notificaciones de las denuncias que no se entreguen en el acto y las demás notificaciones a que dé lugar el procedimiento sancionador, se cursarán al domicilio indicado en el anterior apartado de este artículo y se ajustarán al régimen y requisitos previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Artículo 79. *Tramitación.*—1. Los órganos competentes de la Jefatura Central de Tráfico y los Ayuntamientos serán los instructores del expediente y deberán notificar las denuncias, si no se hubiere hecho por el denunciante, al presunto infractor, concediéndole un plazo de quince días para que alegue cuanto considere conveniente a su defensa y proponga las pruebas que estime oportunas.

2. De las alegaciones del denunciado se dará traslado al denunciante para que informe en el plazo de quince días.

3. Transcurridos los plazos señalados en los números anteriores, a la vista de lo alegado y probado por el denunciante y el denunciado y tras la eventual práctica de la prueba y ulterior audiencia a los interesados, en los casos en que ello fuera estrictamente necesario para la averiguación y calificación de los hechos, se dictará la resolución que proceda.

CAPÍTULO II

De los recursos

Artículo 80. *Recursos.*—Contra las resoluciones de los expedientes sancionadores que sean competencia de los Gobernadores Civiles, dentro del plazo de quince días podrá interponerse recurso de alzada, que se tramitará de acuerdo con la Ley de Procedimiento Administrativo, ante el Ministro del Interior, quien podrá delegar la competencia para resolver en el Director general de Tráfico. Las resoluciones que pongan fin al procedimiento en vía administrativa será recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

CAPÍTULO III

De la prescripción y cancelación de antecedentes

Artículo 81. *Prescripción.*—1. La acción para sancionar las infracciones prescribe a los dos meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que se hubiesen cometido. La prescripción se interrumpe por cualquier actuación de la Administración de la que tenga conocimiento el denunciado o esté encaminada a averiguar su identidad o domicilio, o por la notificación efectuada de acuerdo con lo establecido en el artículo 78.

2. Las sanciones, una vez que adquieran firmeza, prescriben al año, prescripción que sólo se interrumpirá por las actuaciones encaminadas a su ejecución.

Artículo 82. *Cancelación.*—Las sanciones firmes graves y muy graves serán anotadas en el Registro de Conductores e Infractores, en la forma que se determine reglamentariamente, y serán canceladas de oficio, a efectos de antecedentes, una vez transcurridos seis meses desde su total cumplimiento o prescripción.

CAPÍTULO IV

Ejecución de las sanciones

Artículo 83. *Ejecución de las sanciones.*—1. No se podrá proceder a la ejecución de las sanciones previstas en esta Ley que no hayan adquirido firmeza en vía administrativa.

2. La suspensión de las autorizaciones reguladas en esta Ley se llevará a efecto, una vez que adquiera firmeza la sanción impuesta, mediante orden cursada al infractor para que entregue el documento al Agente de la Autoridad que se le indique.

En caso de desobediencia a dicha orden se pasará el tanto de culpa a la Autoridad Judicial.

3. Con independencia de lo señalado en el número anterior, se tomará razón en los registros correspondientes del período de suspensión. El ejercicio de las actividades propias de la respectiva autorización durante dicho período, aunque se haga con el documento no entregado, será considerada, a todos los efectos, como infracción a lo dispuesto en el artículo 60.

Artículo 84. *Cobro de multas.*—1. Las multas deberán hacerse efectivas a los órganos de recaudación de la Administración gestora, directamente o a través de Entidades de depósito, dentro de los quince días hábiles siguiente a la fecha de su firma.

2. Vencido el plazo de ingreso establecido en el apartado anterior sin que se hubiese satisfecho la multa, su exacción se llevará a cabo por el procedimiento de apremio. A tal efecto, será título ejecutivo la certificación de descubierto expedida por el órgano competente de la Administración gestora.

3. Cuando las sanciones hayan sido impuestas por la Administración del Estado, los órganos y procedimientos de la recaudación ejecutiva serán los establecidos en el Reglamento General de Recaudación y demás normas de aplicación. En los demás casos, serán los establecidos en la legislación aplicable por las Autoridades que las hayan impuesto.

4. Los actos de gestión recaudatoria en vía de apremio dictados por los órganos de la Administración del Estado respecto de las multas impuestas de la presente Ley, serán impugnables en vía económico-administrativa.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Hasta que entren en vigor las disposiciones necesarias para el desarrollo de esta Ley, se aplicarán como Reglamentos de la misma el Código de la Circulación aprobado por Decreto de 25 de septiembre de 1934, y disposiciones complementarias, en la medida en que no se opongan a lo que ella se establece.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Quedan derogadas la Ley 47/1959, de 30 de julio, la Ley 85/1967, de 8 de noviembre, y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a la presente Ley.

DISPOSICIÓN FINAL

1. Se faculta al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para desarrollar la presente Ley, como, asimismo, para modificar los conceptos básicos contenidos en su anexo de acuerdo con la variación de las definiciones de los mismos que se produzca en el ámbito de Acuerdos y Convenios internacionales *con trascendencia en España*.

2. Igualmente se faculta al Gobierno, a propuesta de los Ministros de Defensa e Interior y, en su caso, de los demás Ministros competentes, para regular las peculiaridades del régimen de autorizaciones y circulación de los vehículos pertenecientes a las Fuerzas Armadas.

ANEXO

A los efectos de esta Ley y sus disposiciones complementarias, se entiende por:

1. **Conductor.**—Persona que, con las excepciones del párrafo segundo del apartado 2 de este artículo, maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo, o a cuyo cargo está un animal o animales. En vehículos que circulen en función de aprendizaje de la conducción, es conductor la persona que está a cargo de los mandos adicionales.

2. **Peatón.**—Persona que, sin ser conductor, transita a pie por las vías o terrenos a que se refiere el artículo 2.

Son también peatones quienes empujan o arrastran un coche de niño o de impedido o cualquier otro vehículo sin motor de pequeñas dimensiones, los que conducen a pie un ciclo o ciclomotor de dos ruedas y los impedidos que circulan al paso en una silla de ruedas, con o sin motor.

3. **Titular de vehículo.**—Persona a cuyo nombre figura inscrito el vehículo en el Registro oficial correspondiente.

4. Vehículo.—Artefacto o aparato apto para circular por las vías o terrenos a que se refiere el artículo 2.
5. Ciclo.—Vehículo de dos ruedas por lo menos, accionado exclusivamente por el esfuerzo muscular de las personas que lo ocupan, en particular mediante pedales o manivelas.
6. Bicicleta.—Ciclo de dos ruedas.
7. Ciclomotor.—Vehículo de dos ruedas y una sola plaza con motor térmico de cilindrada no superior a 50 centímetros cúbicos, o con motor eléctrico de potencia no superior a 1.000 watos y cuya velocidad no excede de los límites que reglamentariamente se determinen.
8. Tranvía.—Vehículo que marcha por raíles instalados en la vía.
9. Vehículo de motor.—Vehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores y los tranvías.
10. Vehículo especial (V.E.).—Vehículo, autopropulsado o remolcado, concebido y construido para realizar obras o servicios determinados y que, por sus características, está exceptuado de cumplir alguna de las condiciones técnicas exigidas en este Código o sobrepasa permanentemente los límites establecidos en el mismo para pesos o dimensiones, así como la maquinaria agrícola y sus remolques.
11. Tractor y maquinaria para obras o servicios.—Vehículo especial concebido y construido para su utilización en obras o para realizar servicios determinados, tales como tractores no agrícolas, pintabandas, excavadoras, motoniveladoras, cargadoras, vibradoras, apisonadoras, extractores de fango y quitanieves.
12. Tractor agrícola.—Vehículo especial autopropulsado, de dos o más ejes, concebido y construido para arrastrar o empujar aperos, maquinaria o vehículos agrícolas.
13. Motocultor.—Vehículo especial autopropulsado, de un eje, dirigido por manecillas por un conductor que marche a pie. Ciertos motocultores pueden, también, ser dirigidos desde un asiento incorporado a un remolque o máquina agrícola o a un apero o bastidor auxiliar con ruedas.
14. Tractocarro.—Vehículo especial autopropulsado, de dos o más ejes, especialmente concebido para el transporte en campo de productos agrícolas.
15. Maquinaria agrícola automotriz.—Vehículo especial autopropulsado, de dos o más ejes, concebido y construido para efectuar trabajos agrícolas.
16. Portador.—Vehículo especial autopropulsado, de dos o más ejes, concebido y construido para portar máquinas agrícolas.
17. Máquina agrícola remolcada.—Vehículo especial concebido y construido para efectuar trabajos agrícolas y que, para trasladarse y maniobrar, debe ser arrastrado o empujado por un tractor, motocultor, o máquina automotriz. Se excluyen de esta definición los aperos agrícolas, entendiéndose por tales los útiles o instrumentos agrícolas, sin motor, concebidos y construidos para efectuar trabajos de preparación del terreno o laboreo, que, además, no se consideran vehículos a los efectos de este Código.
18. Remolque agrícola.—Vehículo de transporte construido y destinado para ser arrastrado por un tractor, motocultor o máquina agrícola automotriz.
19. Automóvil.—Vehículo de motor que sirve, normalmente, para el transporte de personas o de cosas, de ambas a la vez, o para la tracción de otros vehículos con aquel fin. Se excluyen de esta definición los vehículos especiales.

20. Coche de minusválido.—Automóvil cuya tara no sea superior a 300 kilogramos y que, por construcción, no puede alcanzar en llano una velocidad superior a 40 kilómetros por hora, proyectado y construido especialmente —y no meramente adaptado— para el uso de una persona con algún defecto o incapacidad físicos.
21. Motocicleta.—Automóvil de dos ruedas, con o sin sidecar, entendiendo como tal el habitáculo adosado lateralmente a la motocicleta, y el de tres ruedas.
22. Turismo.—Automóvil, distinto de la motocicleta, especialmente concebido y construido para el transporte de personas y con capacidad hasta nueve plazas, incluido el conductor.
23. Camión.—Automóvil concebido y construido para el transporte de cosas. Se excluye de esta definición la motocicleta de tres ruedas, concebida y construida para el transporte de cosas, cuya tara no exceda de 400 kilogramos.
24. Autobús.—Automóvil concebido y construido para el transporte de personas, con capacidad para más de nueve plazas, incluido el conductor. Se incluye en este término el trolebús, es decir, el vehículo conectado a una línea eléctrica y que no circula por raíles.
25. Autobús articulado.—El compuesto por dos secciones rígidas unidas por otra articulada que las comunica.
26. Vehículo mixto.—Automóvil especialmente dispuesto para el transporte, simultáneo o no, de mercancías y personas hasta un máximo de nueve incluido el conductor, y en el que se puede sustituir eventualmente la carga, parcial o totalmente, por personas mediante la adicción de asientos.
27. Remolque.—Vehículo concebido y construido para circular arrastrado por un vehículo de motor.
28. Remolque ligero.—Aquel cuyo peso máximo autorizado no excede de 750 kilogramos.
29. Semirremolque.—Remolque construido para ser acoplado a un automóvil de tal manera que repose parcialmente sobre éste y que una parte sustancial de su peso y de su carga sean soportados por dicho automóvil.
30. Tractocamión.—Automóvil concebido y construido para realizar, principalmente, el arrastre de un semirremolque.
31. Conjunto de vehículos o tren de carretera.—Grupo de vehículos acoplados que participan en la circulación como una unidad.
32. Vehículo articulado.—Conjunto de vehículos formado por un automóvil y un semirremolque.
33. Tara.—Peso del vehículo, con su equipo fijo autorizado, sin personal de servicio, pasajeros ni carga, y con su dotación completa de agua, combustible, lubricante, repuestos, herramientas y accesorios reglamentarios.
34. Peso en carga.—El peso efectivo del vehículo y de su carga, incluido el peso del personal de servicio y de los pasajeros.
35. Peso máximo autorizado (P.M.A.).—El mayor peso en carga con que se permite la circulación normal de un vehículo.
36. Peso por eje.—El que gravita sobre el suelo, transmitido por la totalidad de las ruedas acopladas a ese eje.
37. Eje doble o tandem.—Conjunto de dos ejes cuya distancia entre si no sea superior a 1,80 metros.

38. Eje triple o trídem.—Conjunto de tres ejes cuya distancia entre cada dos consecutivos no sea superior a 1,80 metros.

39. Luz de largo alcance o de carretera.—La situada en la parte delantera del vehículo, capaz de alumbrar suficientemente la vía, de noche y en condiciones de visibilidad normales, hasta una distancia mínima por delante de aquél acorde con la reglamentación de homologación en vigor. Debe ser de color blanco o amarillo selectivo.

40. Luz de corto alcance o de cruce.—La situada en la parte delantera del vehículo, capaz de alumbrar suficientemente la vía, de noche y en condiciones de visibilidad normales, hasta una distancia mínima por delante de aquél acorde con la reglamentación de homologación en vigor, sin deslumbrar ni causar molestias injustificadas a los conductores y demás usuarios de la vía. Debe ser de color blanco o amarillo selectivo.

41. Luz delantera de posición.—La situada en la parte delantera del vehículo, destinada a indicar la presencia y anchura del mismo, y que cuando sea la única luz encendida en aquella parte delantera, sea visible, de noche y en condiciones de visibilidad normales indicadas en la correspondiente reglamentación. Esta luz debe ser blanca, autorizándose el color amarillo selectivo únicamente cuando esté incorporada en luces de largo o de corto alcance del mismo color.

42. Luz trasera de posición.—La situada en la parte posterior del vehículo, destinada a indicar la presencia y anchura del mismo, y que sea visible, de noche y en condiciones de visibilidad normales, desde una distancia mínima que fijará la correspondiente reglamentación de homologación. Debe ser de color rojo no deslumbrante.

43. Dispositivo reflectante.—El destinado a señalar la presencia del vehículo y que debe ser visible, de noche y en condiciones de visibilidad normales, por el conductor de otro desde una distancia mínima que fijará la correspondiente reglamentación de homologación, cuando lo ilumine su luz de largo alcance. Este dispositivo, también llamado catadióptrico, será de color blanco si es delantero, amarillo auto si es lateral y rojo si es posterior.

44. Luz de marcha hacia atrás.—La situada en la parte posterior del vehículo y destinada a advertir a los demás usuarios de la vía que el vehículo está efectuando, o se dispone a efectuar, la maniobra de marcha hacia atrás. Esta luz debe ser de color blanco y sólo debe poder encenderse cuando se accione la marcha hacia atrás.

45. Luz indicadora de dirección.—La destinada a advertir a los demás usuarios de la vía la intención de desplazarse lateralmente. Esta luz debe ser de color amarillo auto, de posición fija, intermitente y visible por aquéllos de día y de noche.

46. Luz de frenado.—La situada en la parte posterior del vehículo y destinada a indicar a los usuarios de la vía que están detrás del mismo, que se está utilizando el freno de servicio. Debe ser de color rojo y de intensidad considerablemente superior a la de luz trasera de posición.

47. Luz de niebla.—La destinada a aumentar la iluminación de la vía por delante, o a hacer más visible el vehículo por detrás, en casos de niebla, nieve, lluvia intensa o nubes de polvo. Debe ser de color blanco o amarillo selectivo si es delantera y de color rojo si es posterior.

48. Luz de gálibo.—La destinada a señalizar la anchura y la altura totales

en determinados vehículos. Será blanca en la parte delantera y roja en la parte posterior.

49. Luz de emergencia.—Consiste en el funcionamiento simultáneo de todas las luces indicadoras de dirección.

50. Luz de alumbrado interior.—Es la destinada a la iluminación del habitáculo del vehículo en forma tal que no produzca deslumbramiento ni moleste indebidamente a los demás usuarios de la vía. Será de color blanco.

51. Luz de estacionamiento.—Es la destinada a señalizar en poblado la presencia de un vehículo estacionado, reemplazando a este efecto a la luz de posición, con los mismos colores de ésta.

52. Plataforma.—Zona de la carretera dedicada al uso de vehículos, formada por la calzada y los arcenes.

53. Calzada.—Parte de la carretera dedicada a la circulación de vehículos. Se compone de un cierto número de carriles.

54. Carril.—Banda longitudinal en que puede estar subdividida la calzada, delimitada o no por marcas viales longitudinales, siempre que tenga una anchura suficiente para permitir la circulación de una fila de automóviles que no sean motocicletas.

55. Acera.—Zona longitudinal de la carretera elevada o no, destinada al tránsito de peatones.

56. Zona peatonal.—Parte de la vía, elevada o delimitada de otra forma, reservada a la circulación de peatones. Se incluye en esta definición la acera, el andén y el paseo.

57. Refugio.—Zona peatonal situada en la calzada y protegida del tránsito rodado.

58. Arcén.—Franja longitudinal afirmada contigua a la calzada, no destinada al uso de vehículos automóviles, más que en circunstancias excepcionales.

59. Intersección.—Nudo de la red viaria en el que todos los cruces de trayectorias posibles de los vehículos que lo utilizan se realizan a nivel.

60. Paso a nivel.—Cruce a la misma altura entre una vía y una línea de ferrocarril con plataforma independiente.

61. Autopista.—Carretera que está especialmente proyectada, construida y señalizada como tal para la exclusiva circulación de automóviles y reúne las siguientes características:

a) No tener acceso a la misma las propiedades colindantes.

b) No cruzar a nivel ninguna otra senda, vía, línea de ferrocarril o tranvía, ni ser cruzada a nivel por senda, vía de comunicación o servidumbre de paso alguna.

c) Constar de distintas calzadas para cada sentido de circulación, separadas entre sí, salvo en puntos singulares o con carácter temporal, por una franja de terreno no destinada a la circulación o, en casos excepcionales, por otros medios.

62. Autovía.—Carretera que no reuniendo todos los requisitos de autopista tiene calzadas separadas para cada sentido de circulación y limitación de accesos a propiedades colindantes. No cruzará a nivel ninguna otra senda, vía, línea de ferrocarril o tranvía, ni será cruzada a nivel por senda, vía de comunicación o servidumbre de paso alguna.

63. Vía rápida.—Carretera de una sola calzada y con limitación total de accesos a las propiedades colindantes. Las vías rápidas no cruzarán a nivel ninguna

otra senda, vía, línea de ferrocarril o tranvía, ni serán cruzadas a nivel por senda, vía de comunicación o servidumbre de paso alguna.

64. Carreteras convencionales.—Son las que no reúnen las características propias de las autopistas, autovías y vías rápidas.

65. Poblado.—Espacio que comprende edificios y en cuyas vías de entrada y de salida están colocadas, respectivamente, las señales de entrada a poblado y de salida de poblado.

66. Travesía.—Es el tramo de vía interurbana que discurre por suelo urbano.

67. Detención.—Inmovilización de un vehículo por emergencia, por necesidades de la circulación o para cumplir algún precepto reglamentario.

68. Parada.—Inmovilización de un vehículo, durante un tiempo inferior a dos minutos, para tomar o dejar personas o cargar o descargar cosas.

69. Estacionamiento.—Inmovilización de un vehículo que no se encuentra en situación de detención o de parada.

REAL DECRETO 75/1990, de 19 de enero, por el que se regulan los tratamientos con opiáceos de personas dependientes de los mismos.

La Orden de 31 de octubre de 1985 por la que se regulan los tratamientos de deshabituación con metadona, dirigidos a toxicómanos o dependientes de opiáceos («Boletín Oficial del Estado» número 269, de 9 de noviembre), del Ministerio de Sanidad y Consumo, regulaba esta modalidad terapéutica teniendo en cuenta las competencias que la Constitución española asigna a las Comunidades Autónomas, y al amparo de la Ley 17/1967, de 8 de abril («Boletín Oficial del Estado» número 11, del 11), que en su artículo 1.^º autoriza al Estado a intervenir en la prescripción, posesión, uso y consumo de sustancias estupefacientes.

La especial situación de desorganización y uso indiscriminado que entonces existía condujo a configurar una regulación restrictiva en algunos aspectos.

La aparición del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida que obliga a reconsiderar algunos enfoques terapéuticos, y cuatro años de aplicación de dicha norma, que han permitido corregir aquella situación, aconsejan la revisión de algunos aspectos importantes regulados por ella.

La presente norma adopta el rango de Real Decreto, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 40.5 de la Ley General de Sanidad, Ley 14/1989, de 25 de abril («Boletín Oficial del Estado» número 102, del 29), que establece como competencia de la Administración del Estado, sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas, «la reglamentación, autorización y registro u homologación, según proceda, de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los demás productos y artículos sanitarios y de aquellos que, al afectar al ser humano, pueden suponer un riesgo para la salud de las personas».

Se dicta la presente norma al amparo de lo previsto por el artículo 149.1.1.^a y 16.^a de la Constitución, al participar sus preceptos de la naturaleza de normas básicas en materia de sanidad, o bien constituir legislación sobre productos farmacéuticos, materia de la exclusiva competencia estatal.

Asimismo, el presente Real Decreto regula ciertos aspectos organizativos que se justifican por la necesidad de perfeccionar los mecanismos de coordinación que han venido funcionando para conjugar las actuaciones que corresponden a la Administración del Estado y a las Comunidades Autónomas en la materia regulada, habiendo merecido los mismos, como el conjunto del Real Decreto, el informe favorable del Consejo Internacional del Sistema Nacional de Salud. Todo ello, no obstante, debe entenderse sin perjuicio de las facultades de que disponen las Comunidades Autónomas para autorregular el ejercicio de sus competencias.

En su virtud, a propuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo, de acuerdo con el Consejo de Estado, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del 19 de enero de 1990.

DISPONGO:**CAPÍTULO PRIMERO*****Disposiciones generales***

Artículo 1. *Objeto.*—Constituye el objeto de la presente norma regular los tratamientos con los principios activos que se incluyen en la lista del anexo al presente Real Decreto, cuando se prescriban para el tratamiento de la dependencia de opiáceos en aquellas pautas cuya duración exceda de veintiún días.

Artículo 2. *Centros o Servicios de tratamiento.*—1. Los tratamientos a que hace referencia la presente norma serán realizados únicamente por Centros o Servicios sanitarios públicos o privados sin ánimo de lucro, debidamente acreditados para ello por los órganos competentes de la Administración Sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente o, en su caso, por los órganos competentes del Ministerio de Sanidad y Consumo.

2. A los efectos que establece el presente Real Decreto, y siempre que se considere opportuno, las autoridades sanitarias de aquellas Comunidades Autónomas que tengan atribuciones en esta materia o, en su caso, el Ministerio de Sanidad y Consumo, a través de sus órganos competentes, podrán acreditar servicios en Centros penitenciarios o en otros establecimientos de carácter no estrictamente sanitario.

Artículo 3. *Prescripción, elaboración, conservación, dispensación, administración y formulación.*—1. La prescripción de los tratamientos regulados en la presente norma será realizada por los facultativos de los Centros o Servicios acreditados.

2. La medicación utilizada para estos tratamientos será elaborada, cuando proceda, conservada, dispensada y administrada por los servicios farmacéuticos de los Centros acreditados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.^º o, en su defecto, por los órganos competentes del Ministerio de Sanidad y Consumo o por las oficinas de Farmacia acreditadas al efecto.

3. En todo caso, la elaboración, conservación o dispensación de la medicación a que hace referencia el apartado anterior estará sujeta a la normativa vigente sobre estupefacientes, quedando sometida al control de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios.

4. Los medicamentos utilizados para estos tratamientos serán prescritos, formulados, dispensados y administrados en solución oral extemporánea, siempre que sea posible.

CAPÍTULO II***Comisiones de acreditación, evaluación y control de Centros o Servicios***

Artículo 4. *Constitución de las Comisiones.*—1. Para el ejercicio por las Comunidades Autónomas de lo establecido en el presente Real Decreto se tendrá en cuenta:

a) En aquellas Comunidades Autónomas donde no se ha establecido todavía

ninguna Comisión de acreditación, los órganos competentes fijarán su composición y régimen de funcionamiento, incorporando, en todo caso, algún miembro en representación tanto de los Planes Autonómicos sobre Drogas como de la Administración Central.

b) En las Comunidades Autónomas en las que ya se encuentran establecidas, al amparo de la Orden de 31 de octubre de 1985, los órganos competentes podrán modificar la composición y normativa reguladora de las mismas, adaptándola a las directrices del presente Real Decreto.

2. Las Comisiones deberán quedar constituidas en un plazo no superior a dos meses a partir de la publicación del presente Real Decreto.

Artículo 5. Facultades.—Las Comunidades Autónomas fijarán las facultades que tendrán las Comisiones en su ámbito territorial. Entre éstas habrán de figurar las siguientes:

1. Emitir informe en relación con las solicitudes de acreditación presentadas por los Centros o servicios ante el órgano competente de la Administración Sanitaria.

2. Coordinar y evaluar la información sobre la materia objeto de sus competencias.

3. Suministrar a los órganos competentes de la Administración Sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente o, en su caso, a los órganos competentes del Ministerio de Sanidad y Consumo la información que les sea solicitada, de tal forma que se garantice siempre la confidencialidad de la misma.

4. Establecer un registro de pacientes, con mecanismos que garanticen el derecho a la confidencialidad. La información mínima que debe contener se prevé en el artículo 10.

CAPÍTULO III

Acreditación de los Centros o servicios

Artículo 6. Criterios generales para la acreditación de Centros o Servicios de tratamiento.—1. El responsable del Centro o Servicio sanitario que desee obtener acreditación para realizar tratamientos con los principios activos a que hace referencia el artículo 1 de la presente norma remitirá a las autoridades sanitarias de la Comunidad Autónoma correspondiente o, en su caso, a los órganos competentes del Ministerio de Sanidad y Consumo, la solicitud con la información que les sea requerida.

2. Las Comisiones de Acreditación, Evaluación y Control de Centros o Servicios emitirán informe sobre la solicitud de acreditación realizada por los responsables de los Centros o Servicios. El informe emitido deberá ser favorable para que pueda otorgarse la acreditación.

3. Sin perjuicio del régimen de funcionamiento que fijen en cada caso las Comunidades Autónomas, y a efectos de la emisión del informe citado en el número anterior, las Comisiones deberán tener en cuenta los criterios siguientes:

a) La consecución de un equilibrio entre la demanda y la oferta de este tipo de servicio asistencial en el área territorial correspondiente.

b) La prioridad para la acreditación de los Centros o Servicios sanitarios de titularidad pública.

c) La experiencia en el tratamiento de toxicómanos por parte del equipo del Centro o Servicio.

d) La existencia de adecuación entre los recursos disponibles y los objetivos propuestos.

Artículo 7. *Tiempo de vigencia de la acreditación.*—Las autoridades de las Comunidades Autónomas o, en su caso, los órganos competentes del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión, podrán acreditar Centros de tratamiento y oficinas de farmacia por un período no superior a dos años. La renovación de la acreditación tendrá que ser solicitada antes de que expire dicho período.

Artículo 8. *Revocación de la acreditación.*—Las autoridades de las Comunidades Autónomas o, según proceda, los órganos competentes del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión, podrán revocar la acreditación cuando se evidencie ausencia de cumplimiento de la presente norma o de aquellas que la desarrollean y cuando razones de índole sanitario o social así lo aconsejen.

CAPÍTULO IV

Admisión a tratamiento

Artículo 9. *Admisión a tratamiento.*—1. A efectos de la inclusión en los programas de tratamiento regulados por la presente norma se exigirá previamente diagnóstico confirmado de dependencia a opiáceos y haber realizado al menos un tratamiento en otra modalidad terapéutica.

Podrán ser solicitados por las Comisiones documentos acreditativos del cumplimiento de tales requisitos.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, podrán ser incluidas en estos programas de tratamiento aquellas personas dependientes de opiáceos que no cumplan las condiciones exigidas, siempre y cuando hayan contraído la infección por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana o se encuentren afectados por patología orgánica severa.

CAPÍTULO V

Notificación

Artículo 10. *Notificación.*—El responsable facultativo del Centro o Servicio acreditado para realizar los tratamientos regulados en el presente Real Decreto informará trimestralmente a la Comisión o, en su caso, a los órganos competentes del Ministerio de Sanidad y Consumo, del número de pacientes en tratamiento, señalando también los inicios, interrupciones y finalizaciones de los mismos que se hayan producido, así como las razones que los justifican y los opiáceos empleados. Esta información es considerada como mínima y cada Comisión Autonómica de Acreditación podrá solicitar información adicional.

DISPOSICIÓN ADICIONAL

Los Centros o Servicios que han sido acreditados, al amparo de la Orden de 31 de octubre de 1985, reguladora de los tratamientos de deshabituación con metadona, se consideran, asimismo, acreditados para los tratamientos con los principios activos incluidos en la lista del anexo de este Real Decreto, salvo en aquellas Comunidades Autónomas en las que las normativas que lo desarrollen dispongan lo contrario.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Quedan derogadas: La Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 31 de octubre de 1985 («Boletín Oficial del Estado» número 269, de 9 de noviembre), «por la que se regulan los tratamientos de deshabituación con metadona dirigidos a toxicómanos dependientes de opiáceos»; la Resolución de 22 de noviembre de 1985 («Boletín Oficial del Estado» del 27), de la Dirección General de Salud Pública sobre «dosificación y criterios de aplicación de los tratamientos de metadona a toxicómanos dependientes de opiáceos», y cuantas otras disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en este Real Decreto.

DISPOSICIÓN FINAL

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

ANEXO

Lista de principios activos sometidos a lo dispuesto en el Real Decreto por el que se regulan los tratamientos con opiáceos de personas dependientes de los mismos

Buprenorfina.
Butofarnol.
Codeína.
Dextropropoxifeno.
Dihidrocodeína.
Etilmorfina.
Folcodina.
Metadona.
Morfina.
Noscapina.
Opio extracto.
Pentazocina.
Petidina.
Tildina.

ORDEN de 6 de abril de 1990 por la que se determinan las especificaciones técnicas que deben reunir los vehículos destinados a la conducción de detenidos, presos y penados.

El Decreto 2355/1967, de 16 de septiembre, por el que se regulan las conducciones de detenidos, presos y penados, establece que dichas conducciones se realizarán normalmente por carretera y con vehículos adecuados, al tiempo que determina los Cuerpos a los que se encomienda el citado servicio, por razón de su ámbito, y atribuye la obligación de adquirir el material necesario a las Direcciones Generales competentes, según los casos. En términos análogos, el artículo 81 del Reglamento General Penitenciario, aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, dispone que los trasladados de detenidos, presos y penados se llevarán a cabo generalmente por carretera, en vehículos adecuados y bajo custodia de la fuerza pública.

No obstante lo anterior, no han sido aún establecidas las especificaciones técnicas a que deben ajustarse los mencionados vehículos, a fin de garantizar la adecuada prestación del servicio, tanto desde el punto de vista de las indispensables condiciones de seguridad, como en lo que concierne a la necesidad de evitar, en la mayor medida posible, los riesgos e incomodidades que de tales conducciones pudieran derivarse para los propios detenidos, presos o penados.

El artículo 7.^º del mencionado Decreto 2355/1967 establece que por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de la Gobernación (hoy Ministerio del Interior) habrán de dictarse las disposiciones complementarias para el desarrollo de aquél y posterior ejecución del servicio.

En su virtud, previo informe del Consejo General del Poder Judicial y a propuesta de los Ministros del Interior y de Justicia, dispongo:

Primerº.—Las condiciones técnicas y de seguridad que, como mínimo, habrán de reunir los vehículos destinados al transporte de detenidos, presos y penados se acomodarán a las especificaciones que figuran en el anexo I de la presente Orden, cuando se trate de vehículos de más de nueve plazas, y a las del anexo II, cuando el número de plazas no exceda de nueve, incluido el conductor en ambos casos.

Segundo.—La sustitución de los vehículos existentes por otros de nueva adquisición o la adaptación de aquéllos a lo establecido en los mencionados anexos, cuando técnicamente sea posible, se realizarán urgentemente y, en cualquier caso, darán comienzo, dichas sustitución o adaptación, a partir de los tres meses de la entrada en vigor de la presente Orden, dentro de las disponibilidades presupuestarias o de los créditos extraordinarios que se habiliten para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 2355/1967, de 16 de septiem-

bre, regulador de las conducciones de detenidos, presos y penados, y de acuerdo con las prioridades que determinen al efecto las Direcciones Generales de la Guardia Civil y de la Policía.

ANEXO I

Normas técnicas que deben reunir los vehículos celulares para el transporte de detenidos, presos y penados de más de nueve plazas, incluido el conductor

1. OBJETO

La presente norma tiene por objeto definir las condiciones mínimas en el orden técnico y de la seguridad, que deben reunir los vehículos de más de nueve plazas, incluido el conductor, dedicados al transporte de detenidos, presos y penados.

2. DEFINICIONES

2.1. *Compartimentos*.—Espacios del vehículo destinados a ser ocupados tanto por detenidos, presos y penados, como por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad encargados de su conducción y vigilancia.

2.1.1. Compartimento delantero: Espacio ocupado por el conductor y parte de los efectivos encargados de la vigilancia.

2.1.2. Compartimento central: Espacio ocupado por los detenidos, presos y penados.

2.1.3. Compartimento trasero: Espacio ocupado por el resto de los efectivos encargados de la vigilancia.

2.2. *Celda*.—Habitáculo aislado destinado a ser ocupado por el detenido/s, preso/s o penado/s.

2.3. *Puertas de servicio*.—Accesos que se utilizan en condiciones normales de servicio estando sentado el conductor en su puesto de conducción.

2.4. *Salidas*.—Puertas de servicio y salida de socorro.

2.5. *Salida de socorro*.—Son las puertas de socorro y las trampillas de evacuación.

2.5.1. Puerta de socorro: Es una puerta diferente de la de servicio, destinada a ser utilizada como salida por los viajeros, únicamente en circunstancias excepcionales y, en particular, en caso de peligro.

2.5.2. Trampilla de evacuación: Son unas aberturas en el techo, destinadas a ser utilizadas como salida únicamente en caso de peligro.

2.6. *Pasillo*.—Espacio que permite acceder a las celdas y a las salidas.

3. ESPECIFICACIONES GENERALES

3.1. *General*.—Estos vehículos se construirán o bien carrozando un autobastidor o bien constituyendo una estructura autoportante debidamente homologada

de acuerdo con el Real Decreto 2140/1985, de 9 de octubre (categorías M-2 y M-3).

3.2. *Condiciones de carga.*—La carga debe ser repartida de tal forma que, con el vehículo situado en un terreno horizontal, en los eje(s) delantero(s) sostenido(n), al menos:

El 25 por 100 del peso del vehículo en orden de marcha, más un peso de 75 kilogramos colocado sobre el asiento del conductor, y el 25 por 100 del peso total del vehículo cuando está cargado con su peso máximo, con un peso de 71 kilogramos en cada asiento, el peso de los equipajes repartido uniformemente en las bodegas y, en caso necesario, el peso de los equipajes repartidos uniformemente sobre la parte del techo destinado a tal fin.

3.3. *Peso máximo en carga.*—No sobrepasará ni el peso máximo autorizado del vehículo (P.M.A.) ni los pesos máximos autorizados por eje.

3.4. *Resistencia de la superestructura.*—Se cumplirán las normas generales en vigor para el transporte colectivo de viajeros.

3.5. *Climatización.*—Los vehículos irán provistos de climatización que permita mantener una temperatura en los distintos habitáculos entre 18 y 28° centígrados.

Existirá una renovación de aire en los compartimentos de, al menos, siete litros/segundo/persona.

3.6. *Alumbrado interior.*—Cada habitáculo deberá disponer de un alumbrado interior suficiente, sin que produzca deslumbramientos, ni moleste indebidamente a los demás usuarios de la vía pública.

3.7. *Compartimento central:*

3.7.1. *Condiciones generales:* Estará constituido por un pasillo y celdas a ambos lados. Estas serán aisladas, con capacidad para una o dos personas, de paneles y puertas opacas. Los materiales utilizados en su construcción, en la medida de lo posible, serán ignífugos.

Las celdas dispondrán de una ventana con medidas comprendidas entre 12 y 14 centímetros en altura y 30 y 40 centímetros en longitud, dispuesta en sentido horizontal de su mayor longitud, no practicable, de vidrio inastillable, protegida por rejilla metálica y sin visibilidad del exterior hacia el interior.

Dispondrán, además, de un pulsador de aviso de emergencia y/o intercomunicador conectados con el/los compartimento/s de los efectivos encargados de la conducción y vigilancia.

3.7.2. *Celdas:*

Dimensiones mínimas.

Longitud: 900 milímetros.

Anchura: 600 milímetros en las individuales.

Anchura: 1.000 milímetros en las dobles.

Altura: 1.600 milímetros.

Puerta: Su anchura será la misma que la del pasillo.

Dispondrá de una mirilla de cristal inastillable, debidamente protegida.

Su apertura estará centralizada y comandada desde los dos compartimentos de los efectivos de vigilancia y desde el salpicadero del conductor.

Asientos: Los asientos serán fijos, de estructura tabular y de tipo antivandálico. El sentido de colocación es el de la marcha normal del vehículo.

Dimensiones mínimas:

Anchura: 400 milímetros.

Profundidad: 350 milímetros.

Distancia del asiento al suelo: 350 milímetros.

Distancia desde el respaldo a la pared lateral: 700 milímetros.

3.7.3. Pasillo: De una anchura mínima de 450 milímetros, dispondrá de dos puertas que aislen el compartimento central de los compartimentos delantero y trasero y construidas de manera que permitan la visibilidad del pasillo por parte de los efectivos de vigilancia.

3.7.4. Servicio: El habitáculo del sanitario WC tendrá las mismas dimensiones que una celda individual (3.7.2.) y estará provisto de extractor-ventilador y de un aparato sanitario de acero inoxidable desprovisto de aristas cortantes, canalización blindada de entrada y salida de aguas residuales a depósito existente en la bodega del vehículo.

El accionamiento del agua se realizará por mando ubicado en el compartimiento de los efectivos de vigilancia.

4. PUERTAS DE SERVICIO, DE SOCORRO Y TRAMPILLA DE EVACUACIÓN

4.1. *Puertas de servicio.*—Son las puertas de acceso de usuarios, ubicadas en los compartimentos delantero y trasero y en el lado derecho del vehículo según su sentido de marcha.

4.2. *Puerta de socorro.*—Se considerará como tal la de acceso directo del conductor, siempre que reúna los requisitos reglamentarios (Reglamento número 36, anexo a los acuerdos de Ginebra de 20 de marzo de 1958, Código de la Circulación y norma UNE 26-365-84.)

4.2. *Trampillas de evacuación.*—Irán colocadas en el techo de cada uno de los tres compartimentos. En el central, la/o las trampilla/s, se instalarán en el techo del pasillo.

4.3. *Características de puertas y trampillas de evacuación.*—Serán las que se indican en la tabla que a continuación se expresa.

Concepto	Dimensiones	Observaciones
Puerta de servicio.	Altura de entrada: 1.500 milímetros. Anchura: Puerta simple, 650 milímetros.	Esta altura de entrada de la puerta de servicio (1.500 mm.) es medida por la altura libre comprendida entre la carga superior del primer pelón y la altura de la puerta. La anchura de la puerta puede reducirse en 100 milímetros si se toma a la altura de las manetas y en 250 milímetros si unos pasos de rueda forma saliente o un mecanismo de servomando o de mando a distancia lo exigen.
Puerta de socorro.	Altura: 1.250 milímetros; anchura, 550 milímetros.	La anchura puede ser reducida en 300 milímetros allá donde la presencia de pasos de rueda que formen saliente lo exija, con la condición de que la anchura sea de 550 milímetros.

<i>Concepto</i>	<i>Dimensiones</i>	<i>Observaciones</i>
Trampilla de evacuación.	Superficie de abertura: 400.000 milímetros.	tros a la altura mínima de 400 milímetros por encima del punto más bajo del hueco de la puerta. Unos radios de acuerdo de 150 milímetros máximo pueden reducir la altura de los dos ángulos superiores. Se debe de poder hacer pasar por el hueco de ventana un rectángulo de 500 milímetros de altura y 700 milímetros de anchura. Su apertura se accionará por mando situado en los compartimentos de los efectivos encargados de su conducción y vigilancia y en el salpicadero del conductor.

ANEXO II

Normas técnicas, que deben reunir los vehículos celulares para el transporte de detenidos, presos y penados, de hasta nueve plazas, incluido el conductor

1. OBJETO

La presente norma tiene por objeto definir las condiciones mínimas en el orden técnico y de la seguridad que deben reunir los vehículos dedicados al transporte de detenidos, presos y penados de hasta nueve plazas, incluido el conductor.

1. DEFINICIONES

2.1. *Compartimentos*.—Espacios del vehículo destinado a ser ocupado tanto por detenidos, presos y penados, como por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, encargados de su conducción y vigilancia.

2.1.1. Compartimento delantero: Espacio ocupado por el conductor y parte de los efectivos de la escolta.

2.1.2. Compartimento central: Espacio ocupado por el resto de los efectivos encargados de la vigilancia.

2.1.3. Compartimento trasero: Espacio ocupado por los detenidos, presos y penados.

2.2. *Puertas de servicio*.—Accesos que se utilizan en condiciones normales de servicio estando sentado el conductor en su puesto de conducción.

2.3. *Salida*.—Puertas de servicio y salida de socorro.

2.4. *Salida de socorro*.—Trampilla de evacuación ubicada en el techo, destinada a ser utilizada como salida únicamente en caso de peligro.

3. ESPECIFICACIONES GENERALES

3.1. *General.*—Estos vehículos corresponderán a tipos de categoría M-1 o de categoría N-1 debidamente homologados, de acuerdo con el Real Decreto 2140/1985, de 9 de octubre.

3.2. *Peso máximo en carga.*—No sobrepasará ni el peso máximo autorizado del vehículo (P.M.A.) ni los pesos máximos autorizados por eje.

3.3. *Climatización.*—Los vehículos irán provistos de climatización que permita mantener una temperatura en los distintos habitáculos entre 18 y 28° centígrados.

Existirá una renovación de aire en los compartimentos de, al menos, siete litros por segundo y por persona.

3.4. *Alumbrado interior.*—Cada habitáculo deberá disponer de un alumbrado interior suficiente, sin que produzca deslumbamientos ni moleste indebidamente a los demás usuarios de la vía pública.

3.5. *Compartimento trasero.*—El compartimento trasero de detenidos, presos y penados llevará acoplado en sus laterales un banco metálico continuo y carente de aristas cortantes, con separaciones individuales construidas en tubo de acero, fijadas a la carrocería y al propio banco.

Los compartimentos central y trasero irán separados por una estructura resistente con puerta de acceso integrada. Dicha puerta llevará en su mitad superior una rejilla con suficiente luz, para facilitar la visión del habitáculo destinado a los detenidos.

Los laterales y techo de dicho compartimento irán forrados de chapa fijada a la estructura del vehículo y dispondrá de una ventana en cada lateral, con medidas comprendidas entre 12 y 14 centímetros en altura y 30 y 40 centímetros en longitud, dispuesta en sentido horizontal de su mayor longitud, no practicable, de vidrio inastillable, protegida por rejilla metálica y sin visibilidad del exterior hacia el interior.

3.6. *Servicio.*—Los vehículos que sean utilizados en condiciones de largo recorrido podrán ir provistos de un habitáculo sanitario WC de dimensiones adecuadas dotado de extractor-ventilador. Estará equipado con un aparato sanitario de acero inoxidable, desprovisto de aristas cortantes, canalización blindada de entrada y salida de aguas residuales a un depósito independiente.

El accionamiento del agua se realizará por mando ubicado en los compartimentos delantero y central destinados a los efectivos de vigilancia.

4. PUERTAS DE SERVICIO, DE SOCORRO Y TRAMPILLA DE EVACUACIÓN

4.1. *Puertas de servicio.*—Son las puertas de acceso de usuarios, ubicadas en los compartimentos delantero y trasero y en el lado derecho del vehículo según su sentido de marcha.

4.2. *Trampillas de evacuación.*—Las trampillas de evacuación, que irán colocadas en el techo de los compartimentos central y trasero, tendrán las siguientes medidas:

Superficie de abertura: 400.000 milímetros cuadrados.

Se debe de hacer pasar por el hueco de ventana un rectángulo de 500 milímetros de altura y de 700 milímetros de anchura.

Su apertura se accionará por mando situado en los compartimentos delantero y central.

CIRCULARES CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

EL ARTICULO 194 DEL CODIGO PENAL: DERECHOS QUE PROTEGE Y SUJETOS ACTIVOS

Consulta núm. 4/1989, de 25 de noviembre

I

Lo sometido a consulta es la tipicidad del siguiente hecho.

Como agentes de la Policía Municipal de Gijón observaron que un vehículo de motor no circulaba correctamente, le dieron el alto, apreciaron en el conductor síntomas de embriaguez, por lo que procedieron a efectuarle una prueba de alcoholemia con resultado positivo dado que la concentración de alcohol en sangre era de 1.430 miligramos por 1.000 c.c. de sangre. Transcurridos diez minutos, y conforme a lo que previene la Orden de 29 de julio de 1981, se le ofrece una segunda prueba a cuya práctica rehusa el interesado al tiempo que expresaba su voluntad, también en armonía con la citada Orden ministerial, de que se le hiciera una extracción de sangre para su posterior análisis y contraste con el resultado de la prueba de alcoholemia. Con esta última finalidad fue trasladado el conductor por los policías municipales a un hospital de la Seguridad Social de la localidad en donde habitualmente se práctica éste tipo de extracciones. Pero el médico de servicio y el ayudante técnico sanitario se negaron, sin alegar causa alguna, a la extracción de sangre, no obstante, las manifestaciones de los agentes de la autoridad de que se trataba de una prueba práctica, a instancias del interesado, por presunto delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y cuyo atestado para su entrega al Juzgado de Guardia estaban confeccionando, insistiendo que la extracción a la que el posible culpable se sometía por iniciativa propia, tenía por objeto contrastar el alcohotest verificado.

Es de señalar que en el hospital referido, tanto por la dirección del centro como por el coordinador del área de urgencia, se habían dado instrucciones escritas y verbales para que el personal de servicio, con la mayor rapidez que permitiera la dinámica del área de urgencia, practicara las extracciones para determinar la alcoholemia, así como las peticiones procedentes del 091, 092, Juzgado de Guardia y médicos forenses.

El conductor a quien se denegó la extracción de sangre, fue condenado por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o multa de 40.000 pesetas y privación del permiso de conducir durante cuatro meses.

II

Iniciado el oportuno procedimiento por denegación de auxilio contra el Médico y el Ayudante Técnico Sanitario, al tiempo de formular la calificación surgieron discrepancias sustanciales en orden de la tipicidad entre el Fiscal encargado del caso y el Teniente Fiscal. Comunicadas al Fiscal-Jefe, este acordó someter el hecho, dado su interés doctrinal, a la Junta de Fiscalía en la que se expusieron las razones que abonaban los dispares criterios. Uno de ellos llegaba a la conclusión de que el hecho integraba un delito del artículo 194 del Código penal. El otro criterio partía básicamente de estos principios; inexistencia de acción típica, en cuanto al tipo cuestionado no admite formas omisivas, falta en los hechos el elemento subjetivo de vulnerar un derecho fundamental y la conducta no ha causado lesión al derecho de defensa, que, por lo demás, no puede ser configurado como derecho cívico.

La primera de las tesis expuesta tuvo a su favor nueve votos y ocho en contra. La segunda obtuvo siete votos favorables. El voto del Fiscal-Jefe no se adhirió a ninguna de las opciones sustentadas sino que introdujo un nuevo planteamiento.

II

Dado el interés que, por su novedad, suscita el tema así como por la completa interpretación de hechos y normas que se contienen en cada una de las tres distintas opciones, se recogen éstas, casi en su integridad, con exposición sistemática de los respectivos razonamientos jurídicos.

A) TESIS QUE PATROCINA LA TIPIFICACION DE LOS HECHOS EN EL ARTICULO 194 DEL CODIGO PENAL

Mantiene que concurren en la conducta descrita todos los elementos que integran tal figura de delito. En armonía con la ordenación realizada por el Fiscal que la sostiene, son de destacar los siguientes presupuestos conformadores del tipo penal.

1. Sobre el sujeto activo

Como el tipo penal del artículo 194 constituye uno de los delitos a cometer sólo por las autoridades o funcionarios, habrá que acudir a la interpretación jurisprudencial del artículo 119 para determinar si el Médico y el A.T.S. de la Seguridad Social tienen o no, a efectos penales, la condición de funcionarios públicos. Una reiterada jurisprudencia lo avala. La sentencia de 15 de noviembre de 1973 declaró que un médico de la Seguridad Social es funcionario público a tenor del artículo 119. Conforme a la sentencia de 7 de abril de 1981, los farmaceúticos, médicos y enfermeras que por disposición legal se incorporan a la prestación de un servicio social a cargo del Instituto Nacional de Previsión, que depende del Estado, les otorga los requisitos necesarios para alcanzar el carácter de fun-

cionarios públicos a efectos del artículo 119; y sin que obste a su consideración de funcionarios públicos en el orden penal el hecho de que la jurisdicción laboral sea la competente para entender ciertas cuestiones contenciosas entre ellos y el Instituto Nacional de Previsión (Sentencia de 15 de junio de 1971).

2. Formas de culpabilidad

Los autores españoles que se han ocupado de la culpabilidad a propósito del artículo 194 admiten tanto la comisión culposa como la dolosa, con lo que la pretendida inexcusabilidad de un dolo específico se desvanece. Por algunos se ha dicho que la culpabilidad puede verse influida por un error, exculpante o no según sea o no excusable, por lo que cabe la comisión culposa de este delito (Rodríguez Devesa). Otros admiten junto al dolo, versión típicamente descrita, una versión culposa, que se justifica con el argumento de que no estaría acorde con el sentido subsidiario y a la vez programático del tipo, dejar sin castigo aquellas conductas en las que por manifiesta imprudencia o negligencia del funcionario se impide el ejercicio de los derechos cívicos a las personas; y se agrega que de admitirse tan sólo la versión dolosa, probado por el funcionario la falta de dolo quedaría impune una grave acción. (Rodríguez Ramos, en su obra «Libertades cívicas y Derecho penal»).

3. Manifestación de la acción

Frente a la objeción de que la conducta del artículo 194 exige siempre una acción positiva, con lo que debe eliminarse de su ámbito cualquier forma omisiva, cabe decir que la generalidad de nuestra doctrina no piensa así. Las siguientes citas lo demuestran. Rodríguez Devesa al referirse al medio empleado para impedir el ejercicio de un derecho cívico, considera que es indiferente: bastan coacciones, amenazas o la pura y simple negativa. Bustos Ramírez sostiene que el derecho de impedir el ejercicio del derecho puede llevarse a cabo mediante la comisión de omisión.

4. La conducta es típica porque el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho cívico amparado por el artículo 194

El artículo 194 se introdujo por vez primera en nuestro Ordenamiento con el Código penal de 1944, que en fórmula simplificadora de la casuística prolífica de los Códigos de 1870 y 1932, sancionó una serie de posibles abusos cometidos por los funcionarios relativos a lo derechos fundamentales de los ciudadanos.

Su propia colocación sistemática, en el lugar en que se protegen las garantías en orden a la imposición de penas, libertad personal, libertad de residencia, inviolabilidad del domicilio, etc. —todos los derechos fundamentales recogidos en el título I, capítulo 2.^º de la Constitución— le ha dado el carácter de tipo penal residual o subsidiario pero en modo alguno supérfluo, pues a pesar de la especificativa tipificación contenida en la Sección en que se halla, existen todavía, en

opinión de la doctrina, derechos fundamentales cuyo ataque no ha sido expresamente tipificado y que sólo pueden castigarse por la vía del artículo 194 (Muñoz Conde), llegándose incluso a decir, bien que la protección del precepto abarca todas las actuaciones referidas al ejercicio de derechos no comprendidos en otras disposiciones relativas a las garantías constitucionales y legales (Bustos Ramírez), o que la Constitución contiene el elenco de derecho cívicos a los que el precepto alude, ya que éstos son los derechos constitucionales (Cobo del Rosal).

Por su parte, la jurisprudencia en interpretación del artículo 194 ha declarado que «como norma en blanco ha de encontrar su adecuada remisión en los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, especialmente los comprendidos en el capítulo 2.º del título I» (sentencia de 23 de marzo de 1983).

Frente a estos argumentos no parece viable limitar la expresión derechos cívicos del artículo 194 a los de participación en la vida pública, y excluir del tipo el derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

Este derecho al que da acogida el artículo 24.2 de la Constitución —dentro por tanto de la Sección 1.ª, capítulo 2.º— es un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos según lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, como los demás consagra el artículo 24.2, presenta una eminente naturaleza procesal, y es consustancial al mismo *el derecho a producir pruebas* en justificación de las alegaciones propias o para desvirtuarlas de la contraparte; y la naturaleza de pruebas anticipada, irreproducible y plena ha de asignarse a la de determinación de alcohol en sangre según la jurisprudencia constitucional, siempre que se haya practicado con todas las garantías exigibles por la normativa vigente y se ratifica o avala en el acto del juicio oral. Y es precisamente esta prueba la que ha podido esgrimirse merced a la conducta impeditiva del personal sanitario (médico y A.T.S.).

B) TESIS QUE PROPUGNA LA ATIPICIDAD DE LOS HECHOS VALORADOS

Se destacan en ella primeramente dos notas derivadas del amplio contenido que ofrece el artículo 194. En primer lugar, que por esa genérica formulación se presenta dudosa su conformidad con el principio de legalidad, razón por la cual los proyectos de reforma del Código penal han determinado con mayor precisión qué concreto derecho fundamental es objeto de protección en cada caso y cuáles las formas de ataque que han de integrar la conducta típica; Y en segundo término, que la evidente generalización del artículo 194 obliga a extremar su interpretación para cumplir con la exigencia del principio de legalidad, principio y derecho fundamental que, en doctrina conocida del Tribunal Constitucional constituye un límite para la actividad interpretativa, impidiendo que el resultado en esta conduzca, en todo o en parte, a la creación de un nuevo tipo penal; y en la subsunción del hecho discutido en el artículo 194 entiende que late un criterio de analogía.

Las razones particulares que sirven de apoyo a esta tesis son las siguientes:

1. Sobre el sujeto activo

El tipo penal pertenece a la categoría de los delitos especiales, y ello no tanto porque se refiera al funcionario público y no a cualquier otro sujeto, sino porque aparece implícita una determinada posición que va a caracterizar como sujeto sólo al funcionario público que tenga relación con el derecho cuya lesión constituye el objeto de la infracción; la esencia de estos delitos consiste en la lesión al derecho fundamental cometida por las autoridades o funcionarios públicos que actúan en representación del poder estatal excediéndose en las facultades conferidas en relación con esos derechos. Son sujetos, los funcionarios que actúan de modo arbitrario y abusivo el poder que les confiere la ley.

2. Determinación de la conducta típica

En su desarrollo procede el análisis de varias cuestiones:

a) *El giro impedir el ejercicio del derecho: su significado.* Hay coincidencia en que debe entenderse usualmente como estorbar o dificultar la consecución de un propósito. Sin embargo, en sentido jurídico-penal, impedir es crear un obstáculo que imposibilite realmente algo que se quiere, aquí hacer imposible el ejercicio de un derecho. Esto resulta de los artículos 165 bis, 172 y 177 del Código penal, que distinguen entre impedir y obstaculizar o limitar, de donde se desprende que la conducta de impedir configura un resultado que se traduce en la imposibilidad radical y efectiva del derecho y no simplemente en su mensocabo, limitación o reducción.

b) *Posibles modalidades de la acción.* La conducta de impedir se realiza después de luego mediante una acción positiva. Pero lo que se discute es si el tipo admite igualmente la omisión. El problema no se soluciona señalando que se trata de la acción de impedir por cualquier medio, pues aquí no se discute la tipicidad de medios comisivos sino la modalidad de la conducta que el precepto admite. En este sentido —y como se desprende del artículo 1º del Código penal— no cabría la omisión pura, ya que ha de resultar de la expresión legal como delito de omisión. La cuestión se desplaza a la omisión imprópria o comisión por omisión. En este planteamiento la aislada opinión doctrinal que para el artículo 194 admite la comisión omisiva, ha de conectar la omisión con una posición de garante en que el sujeto que omite se encuentre; posición de garante, que en este caso, habría de estar configurada en la ley, de la que derivaría un expreso deber de actuación para facilitar o hacer efectivo el derecho fundamental, posición que no se da en los hechos contemplados.

c) *La culpabilidad.* La conducta positiva de impedir el ejercicio del derecho cívico solo puede ser imaginada como una acción esencialmente dolosa; el sujeto ha de actuar con la intención de imposibilitar el ejercicio del derecho. Tal es la opinión generalizada de la doctrina, aceptada por la jurisprudencia (Sentencia de 4 de marzo de 1974). Solo se admitiría la comisión culposa en el caso de error sobre la legitimidad de la acción de impedir el ejercicio del derecho. La aislada opinión que considera la posibilidad de la comisión culposa juega con la cláusula general del artículo 565 que, como se sabe, no opera en los delitos en los que el dolo es elemento esencial del tipo, como es el caso del artículo 194.

d) Significado de la expresión derecho cívicos.

El significado no se obtiene señalando, de modo simplista, que el artículo 194 es figura residual o subsidiaria comprensiva de todos los derechos que carecen de protección específica, pues si así fuera estaríamos ante una figura amplísima y generalizada, no compatible con la legalidad penal, dado el gran número de derechos y libertades que reconoce la Constitución con contenido y régimen de protección dispar. De ahí que en su interpretación sea necesario partir de la literalidad de la norma, pero conjugando la posibilidad de su aplicación a la actual realidad constitucional y política con el límite de la prohibición de la analogía.

Destacamos, en primer lugar, que derechos cívicos en el artículo 194 es término que no se refiere a todos los derechos y libertades que se agrupan en la categoría genérica de derechos humanos. Entre éstos los hay de muy variable índole: derechos relativos a la libertad, derechos procesales, políticos y sociales. A nivel internacional (Convención Europea de derechos humanos, Pactos Internacionales de Nueva York, Carta Social Europea de Turín) se utilizan expresiones tales como derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, todos ellos en el marco genérico de los derechos humanos y libertades fundamentales sino sólo una especie o clase de los mismos cuya concreción no es fácil. En la doctrina constitucionalista italiana los derechos cívicos se contraen a los llamados derechos del ciudadano a una prestación de servicio público, pero no a los derechos de libertad ni a los derechos políticos o libertades públicas. Y en la doctrina penalista española, por regla general, se reducen a los derechos cívicos a los derechos de participación en la vida pública o a los derechos que consisten en el ejercicio de una determinada actividad definida por la Constitución como derecho fundamental en los ámbitos y contenido que reconoce la Constitución.

En conclusión, en el artículo 194 no se han querido incluir todos, sino sólo algunos de los derechos fundamentales, precisamente aquellos que representan la participación del ciudadano en la vida pública, el carácter residual que se asigna al artículo 194 significa que se extenderá a los derechos de participación que no tengan expresa previsión legal.

De la interpretación que precede se obtiene que no parece posible la inclusión del derecho de defensa en el concepto de derechos cívicos. Admitir la tesis contraria implicaría una labor creativa del tipo que vulneraría el principio de legalidad, y ello porque el intérprete tendría que extender a todas las manifestaciones del derecho de defensa la tutela penal, o seleccionar, inspirándose en el principio de intervención mínima, aquellas de las manifestaciones que sólo podrían ser tuteladas acudiendo a la ley penal; actividad que en una u otra forma constituiría una aplicación analógica de la ley penal. Tan es esto así que la opinión doctrinal favorable a incluir el derecho de defensa en el artículo 194, refiere la tutela sólo a una de las manifestaciones de ese derecho: el derecho a la asistencia técnica de letrado. Y en la misma línea de Propuesta de anteproyecto de Código penal de 1983 en la figura dedicada a la tutela del derecho de defensa la contrae el impedimento de intervención de letrado o a la coerción sobre el acusado. Ello obedece a que en nuestro sistema el derecho de defensa se define en el artículo 24 de la Constitución con un amplísimo contenido, pero siempre con referencia al proceso, que abarca desde el derecho a la acción hasta el derecho a un proceso con todas las garantías (incluido, por supuesto, el derecho a articular en él pero no fuera de él los medios de prueba que las leyes penales procesales admitan).

3. Los requisitos del artículo 194 ante el caso concreto sometido a análisis

a) No se da una conducta positiva de impedimento de un derecho cívico. Las personas a que se refieren los hechos se han limitado a no practicar la extracción de sangre que se les pidió por un agente de Policía Municipal. Estamos ante una pura inactividad que ni cumple las características de la acción típica, ni se ha traducido en una efectiva imposibilidad de la extracción, pues ésta pudo ser demandada por la oficina de recepción de otros facultativos que, como los inculpados, integraban el servicio de guardia o de urgencias.

b) No aparece que la negativa estuviese relacionada subjetivamente con el propósito de imposibilitar el ejercicio de un derecho por parte de quienes estuvieran obligados a facilitar ese ejercicio. La condición de funcionarios públicos de los inculpados viene referida a la sanidad, con lo que su cometido como tales funcionarios consistía básicamente en la prestación de atenciones médicas con carácter urgente, y que la demanda de extracción de sangre carecía de todo sentido terapeútico. Faltaría, pues, subjetiva y objetivamente, esa relación pública con el pretendido derecho fundamental violado en al que se fundamenta la gravedad de la pena, aquí traducible a la privación del derecho al ejercicio de la medicina.

c) Aunque se entendiese que el derecho de defensa equivale a derecho cívico, la conducta no ha tenido el resultado exigido por el tipo, puesto que no ha producido el impedimento del derecho de defensa, que aquí se manifestaría en la privación del derecho a la prueba, según la posición que rechazamos. Que no existió impedimento del derecho de defensa se obtiene de las siguientes consideraciones.

a') El derecho de defensa comprende el derecho a proponer y practicar, en sede procesal, los medios de prueba que la ley reconoce; la garantía se proyecta pues, sobre cada uno de los capítulos de la prueba: su admisión (S.T.C. 40/1986), sobre la pertinencia del medio probatorio (S.T.C. 51/1985), la valoración de su resultado y la legalidad de su práctica. Se trata, por tanto, de un derecho que se ejerce en el proceso y ante los órganos jurisdiccionales. Es claro que en el caso de examen no se había iniciado un proceso penal si se había interesado una prueba procesal.

b') La extracción de sangre como sistema de control no es un medio de prueba sino una fuente de prueba; adquiere el rango de prueba si se solicita como prueba pericial en el proceso. Por lo mismo, tampoco puede ser estimada como un supuesto de prueba anticipada, para lo que se requeriría intervención del órgano jurisdiccional y su práctica con el juego del principio de contradicción.

c') En la situación concreta la negativa a extraer la sangre se debió traducir en un eficaz medio de defensa frente a una eventual acusación que se basará en el resultado de la primera prueba de alcoholémia. La doctrinal del Tribunal Constitucional confiere el valor de prueba pericial anticipada a tal prueba si ha podido ser contrastada por un contra-análisis. De hecho la no verificación de éste por causa imputable al sospechoso debía traducirse en la no aportación como prueba de cargo del primer análisis. En caso contrario, la vulneración del derecho de defensa habría sido determinada por otras intervenciones a las que no se cuestiona la aplicación del artículo 194 por exigencias del principio de legalidad y de intervención mínima de la ley penal.

d') No modifica el juicio expuesto la existencia en el hospital de una orden

interna de servicio en al que se señalaba que se atenderán todas las peticiones del 091 y 092 para extracciones de sangre, porque difícilmente puede relacionarse tal orden interna —que no guarda relación con actuaciones terapéuticas— con la protección de un derecho fundamental.

d) Una nueva tesis: los hechos no son abarcados por el artículo 194 pero hallan su tipicidad en el artículo 371, párrafo tercero del Código penal

Descarta, por los argumentos y razones antes expuestas, la tipificación de los hechos en el artículo 194, mas entiende que es posible encajar la conducta en otro tipo penal, con lo que se evitaría el resultado de la impunidad. Concretamente parece aplicable el artículo 371, párrafo tercero, al supuesto de autos, dado que en él se pena una conducta de omisión o de mera inactividad (abstenerse de prestar el auxilio requerido), contrariamente a la naturaleza de delito de resultado que debe asignarse al artículo 194 (impedir al sujeto pasivo el ejercicio de un derecho cívico). En el comportamiento de los facultativos consistente en la no prestación de la debida colaboración para la que fueron requeridos concurren todos los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia en la interpretación del artículo 371, párrafo tercero.

— Tener la condición de funcionario público el requerido, extremo suficiente acreditado dado el carácter de los inculpados.

— Que en particular les requiera para prestar algún servicio. En el presente caso aunque, formalmente, el requerimiento parece que lo hizo la Policía Municipal, lo fue a petición del particular que además estaba allí presente.

— Que el requerido esté obligado por razón de su cargo. Los facultativos están de guardia y con instrucciones genéricas del establecimiento hospitalario en el que prestan sus servicios sobre la extracción de sangre para análisis de alcoholémia.

— Que con la prestación del auxilio pueda evitarse un delito u otro mal. El altruismo propio del civismo ciudadano haría deseable que tanto el delito como el otro mal sean motores de la conducta del particular aunque no le afecten a él personalmente; pero la realidad nos muestra que, en general, el egoísmo humano hará que el estímulo normal del requerimiento de auxilio sea la evitación de un delito o de otro mal que perjudique al requirente. En el presente caso lo que pretendía el particular era desvirtuar la presunción de ebriedad derivada del alcohotest de la Policía Municipal, viniendo a ser la eventual condena por delito de conducción en tal estado el mal que trataba de evitar.

— Que se abstuviera de prestar el auxilio sin causa que justifique la abstención. En las diligencias practicadas no aparece acreditado cual haya podido ser el motivo o causa de la conducta de los inculpados.

IV

En visión general, ha de mantenerse que los hechos sobre los que está construida la consulta excluyen la aplicación del delito definido en el artículo 194 del Código penal, dado que las características de la conducta descrita no se ajustan a aquel tipo de injusto. En particular, faltan no sólo el bien jurídico protegido en la norma sino también el sujeto especialmente cualificado. La anterior afirmación por lo demás, que se ha expuesto en primer lugar de los antecedentes.

Da acogida a la segunda que proclama la atipicidad del hecho concreto, y no acepta la que se ha dado cuenta en último lugar; porque los presuntos esenciales del artículo 371, párrafo tercero, del Código penal no están definidos con precisión. Ello requiere el análisis detenido de la norma cuya aplicación ha dividido a los componentes de una fiscalía como la que formula la Consulta que estudia con rigor cualquier tipo de asuntos. Desarmonía, en cierto modo justificada, porque el artículo 194 del Código penal apenas ha tenido acceso a la interpretación jurisprudencial y la mayor parte de la doctrina científica no analiza con detenimiento los elementos básicos de la estructura del tipo.

A) EVOLUCION Y SIGNIFICADO ACTUAL DE LOS «DERECHOS CIVICOS»

Lo que primeramente hay que precisar es el ratio mayor o menor que deba asignarse a la expresión típica «derechos cívicos». Los componentes del término son ajenos al derecho penal propio y su desenvolvimiento se produce en el marco constitucional.

I. Antecedentes legislativos

El giro «derecho cívicos» aparece *ex novo* en el ordenamiento penal en el Código de 1944, disponiendo que «incurrirá en la pena de inhabilitación especial la autoridad o el funcionario público que impidiere a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes». Y así permanece tanto en su literalidad como en su encuadre, siendo la rúbrica de la sección en que se halla «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes». En la necesidad de fijar su exacto o más aproximado sentido y alcance, debemos acudir tanto a sus antecedentes como a su emplazamiento dentro del sistema que adopte el Código.

En el Código penal de 1870, el título II del libro II tenía pro rúbrica «Delitos contra la Constitución», y, dentro de él, el capítulo segundo se denominaba «De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución», dedicándose una sección (artículos 189-203) a los cometidos por los particulares, y otra a los cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución (204-235), tipificándose, entre otros, los que consistían en impedir el ejercicio de los derechos de reunión, asociación y petición (artículos 229-232 y 234-235), pero sin que se contuviera en su texto una declaración general similar a la del actual artículo 194.

El Código penal de 1832 mantiene idéntica estructura formal, si bien la sección referente a los funcionarios se titula «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos con infracción de los deberes constitucionales» (artículos 1.920-227). En él se amplían los tipos de esta naturaleza, extendiéndose ahora, además, a los atentados a la libertad de expresión (artículo 209) al derecho de sufragio (artículo 211) y a las libertades ideológicas, religiosas y de cátedra (artículo 219). Mas tampoco hallamos una expresión una expresión paralela a los

«derechos cívicos» del artículo 194, si bien hay que destacar que el artículo 211 del Código de 1932 y el 194 del Código vigente solo difieren en que la expresión «ejercicio del derecho de sufragio» contenida en el primero, se sustituye por la ahora cuestionada de «ejercicio de los derechos cívicos», hasta el punto de señalarse por algunos a ese artículo 211 como precedente inmediato del 194, con lo que se restringiría el contenido de éste al derecho de sufragio; tesis rechazable como se verá por ser sumamente estricta.

Sin abandonar los antecedentes acudimos a otro precepto que puede servir de apoyo para perfilar el significado de «los derechos cívicos». En él está presente este mismo giro gramatical. Se trata del artículo 247, en cuyo párrafo segundo se tipifican los desórdenes públicos que tuvieran por objeto impedir a una persona el ejercicio de «sus derechos cívicos». Esta modalidad delictiva también estaba recogida en los códigos de 1870 (artículo 272), en 1928 (artículo 309) y 1932 (artículo 267). En todos, la descripción concerniente a los desórdenes era la misma, turbar el orden público con la finalidad de impedir a alguna persona el ejercicio de sus «derechos políticos». El cambio en el orden gramatical ha sido mínimo respecto al artículo 247 que rige: «derechos cívicos» sustituye a «derechos políticos». Si esto es así debe concluirse que para el legislador uno y otro término eran equivalentes, por lo que la formulación típica del artículo 247 en nada se alteraría si dijera «derechos políticos». Las posteriores revisiones operadas en el texto del Código de 1944, incluida la reforma parcial de 1983 han mantenido la expresión de «derechos cívicos» en el artículo 247. En el anteproyecto de Código penal de 1983 todavía perdura la frase «derechos cívicos» en el tipo definidor de los desórdenes públicos (artículo 476). Pero desaparece el contenido del artículo 194, y con él «derechos cívicos», cuando trata de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución (artículos 536-563).

2. Contenido propio y expresión del término «derechos cívicos»

El artículo 194 está imaginado, ciertamente, como una cláusula que sirve de tutela penal a los atentados contra derechos fundamentales cometidos por los funcionarios públicos, que no tengan una expresa protección penal. Lo problemático es si debe comprender todos los derechos de aquella naturaleza no tipificados especialmente. Para referirse al conjunto de los derechos constitucionales han existido en nuestros cuerpos legales del orden penal diferencias, pero más terminológicas que de contenido. En algunos códigos (los de 1870 y 1932) el objetivo jurídico que nos ocupa incluía entre los delitos contra el ejercicio de los *derechos individuales*; en otros, como el de 1944 y sus sucesivas revisiones, se incluía entre los delitos con ocasión del ejercicio de los *derechos de la persona*; y en el anteproyecto de 1983, siguiendo ya las rúbricas de la Constitución, entre los delitos contra el ejercicio de los *derechos fundamentales y libertades públicas*.

De cualquier modo, en todo ese conjunto de derechos existen variedades, que, en lo que aquí interesa, cabe distinguir los derechos civiles individuales (derechos de integridad física o moral) y los denominados derechos políticos o de participación en la vida pública, que suponen una proyección actual de la clásica separación entre *droits de l'homme* (derechos humanos o de libertad) y *droits du citoyen*

(derechos políticos o de ciudadanía). El artículo 194 desde luego no representa el marco de protección de los derechos civiles individuales o inherentes al hombre por naturaleza, a los que se da acogida en otros preceptos (artículos 184, 189, 190, 191, etc.). El artículo 194 está pensado para los derechos que corresponde al individuo en cuanto ciudadano de un Estado, pero su descripción típica, por abstracta y sobre todo por inactual, necesita de complementos a fin de poder precisar la conducta delictiva, o mejor, el significado de un elemento incomplejo del tipo, cual es la expresión de «derechos cívicos». Dado el sentido jurídico-político del término la indirecta remisión normativa debería hallarse en la Constitución; pero resulta que por la fecha de que procede carece de exacta idoneidad en la Norma Suprema al no encajar literalmente en la estructura del actual sistema democrático que rige la Comunidad política. Ante la ausencia de los concretos bienes jurídicos que deban ser protegidos habrá que tener en cuenta el principio de legalidad (artículo 25.1 de la Constitución) que exige la taxatividad en la fijación de las conductas a incluir en el artículo 194. Con estos precedentes debe afirmarse que entre los derechos del ciudadano para cuya plenitud es indispensable su lícito ejercicio se hallan en el artículo 194 los de participación en el poder político (derecho de sufragio activo y pasivo, derecho de acceso a las funciones y cargos públicos, derecho de petición), las libertades de asociación, reunión y manifestación política y la libertad de expresión. Así, la frase «derechos cívicos» del artículo 194 se extiende en la actualidad desde luego a los citados derechos, que son los propiamente políticos.

Reconduciendo estas ideas a los antecedentes legislativos son de destacar dos cosas. La primera, cómo en el Código penal de 1944 (artículo 247) se sustituyó la expresión de «derechos políticos» de los Códigos precedentes por la de «derechos cívicos», lo que viene a mostrar la identidad del término «derechos cívicos», del artículo 194 con el de «derechos políticos». Y la segunda, cómo los derechos de que se trata son aquellos que precisan para su ejercicio por parte del titular de una actividad manifiesta en actos exteriores, lo que explica que hallen tipificación en el artículo 247 los desórdenes públicos materiales encaminados a impedir el ejercicio o la efectividad de esos derechos. En la órbita del artículo 194 se sitúan al menos aquellos derechos cuyo ejercicio precise de una iniciativa del particular que pueda ser obstaculizada o impedita por el funcionario público.

La única sentencia del Tribunal Supremo que existe sobre el artículo 194, la de 23 de marzo de 1983, no está a favor ni en contra de la interpretación que aquí se da a la norma, al no aclarar suficientemente cuál es el verdadero ámbito del artículo 194. Al principio expresa que el bien jurídico que protege está integrado por «el complejo de los derechos cívicos reconocidos por las leyes», sin especificar más. Más adelante, al abordar ya el tema de qué derechos cívicos han de estar bajo la tutela del precepto, parece incluir sólo los derechos políticos de participación con la consiguiente exclusión de los derechos civiles de la persona, al declarar «que protege aquellos derechos que representan el ejercicio de determinadas actividades rayanas en los derechos y fundamentales de la persona, más que los propiamente civiles». Y por último, tras calificar el artículo 194 de norma en blanco, afirma que «ha de encontrar su adecuada remisión en los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, especialmente los comprendidos en el capítulo 2.º del título I, como son los de igualdad ante la ley, libertades ideológicas, religiosa, personal, de circulación y reunión, etc.».

Se enumeran verdaderos derechos políticos pero también derechos civiles individuales.

Para precisar si, además, esta norma es o no marco adecuado para otros derechos fundamentales no estrictamente de participación política que carezcan de una literal protección, habría que ver si su inclusión choca o no con el principio de legalidad penal (de modo particular en cuanto principio de tipicidad) al que atenta toda interpretación extensiva. En cuanquier caso, aún cuando «derechos cívicos» no se identificaran con «derechos políticos» en estricto, el hecho dado no encaja en el tipo del artículo 194.

Quedan marcadas así las líneas integradoras del artículo 194, al menos en tanto se arbitre por el legislador una fórmula única, al modo como se hizo en Derecho italiano, cuyo Código penal en el artículo 294, bajo la rúbrica de «Delitos contra los derechos políticos de los ciudadanos», sanciona al que mediante amenaza, fraude o violencia impida, en todo o en parte, el ejercicio de un derecho político o bien determine a alguno a ejercerlo en contra de su voluntad; y aunque no enumera cuáles son esos derechos políticos protegidos, la doctrina no duda en incluir los derechos de asociación, reunión, expresión y sufragio.

B) EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO EN EL ARTICULO 194

El artículo 194 restringe el ratio de los eventuales sujetos activos. Se trata de una norma de las llamadas con destinatario fijo o de sujeto diferenciado, pues en él no puede subsumirse cualquiera en concepto de autor. No es un tipo penal común, sino que exige ciertas cualidades en el sujeto determinadas normativamente, pues dada ciertas cualidades en el sujeto de determinadas normativamente, pues dada la naturaleza del injusto representada en el precepto sólo puede ser objetivamente imputado a quienes ostenten la condición de autoridad o de funcionario público. La realización del tipo en ningún caso puede atribuirse a otros sujetos. Es, en fin, un delito especial que no puede ser realizado por cualquier persona. Si un particular impidiere y obstaculizara el ejercicio de alguno de los derechos a que se circunscribe el artículo 194, las normas a aplicar serían las específicamente previstas en algunos de los artículos 165 bis, 166, 172 y 177 bis, y si la acción a valorar no encajara en ellos aún podrían acudirse a las coacciones del artículo 496.

Fijada la órbita subjetiva del artículo 194 (autoridades y funcionarios) cabe preguntarse si se extiende a toda persona que en interpretación del artículo 119 pueda atribuirse alguna de aquellas cualidades o si sólo se integrarán en el tipo las conductas procedentes de autoridades y funcionarios que directa o indirectamente tengan como misión garantizar los derechos cuyo ejercicio se ha impedido o violado. Entendemos que este puede ser el elemento diferenciador que delimita dentro de las autoridades y funcionarios públicos el sujeto. no bastará la cualidad jurídica de autoridad o funcionario público conforme al extenso artículo 119, sino que ha de concurrir en ellos la *conditio iuris* de particular en el ejercicio de las funciones relacionadas con esos derechos como titulares de esta cualidad. Si el bien jurídico de la sección en que esté inscrito el artículo 194 es la protección específica de los derechos políticos de los particulares, no sólo ha de exigirse un sujeto activo autoridad o funcionario público, sino una autoridad o funcionario

público singularmente cualificados para quienes la comisión del delito entraña una violación del deber de sus funciones. La garantía genérica que toda persona tiene frente al Estado para el libre y lícito ejercicio de sus derechos políticos, se transformará así en específica frente al funcionario a quien se han confiado o encomendado aquellos. Luego si un funcionario público en su significado penal, obstaculiza el legítimo ejercicio de un determinado derecho político a una persona pero sus funciones propias no tienen relación alguna con tal derecho, no cometería el delito del artículo 194, sino el previsto para los particulares según sea el derecho vulnerado o el más genérico de coacción siempre, en su caso, con la agravante 10^a del artículo 10 del Código penal.

C) Excluida la aplicación del artículo 194 al caso que ha sido objeto de análisis, tanto si se pondera el derecho presuntamente infringido que, por los motivos expuestos, no se alinea en el área de aquella normativa, como la singular cualificación que debe concurrir en el sujeto activo, estimamos que tampoco es posible tipificar los hechos en el párrafo tercero del artículo 371 del Código penal.

No todos los componentes objetivos del núcleo del delito están descritos en el hecho objeto de la consulta con absoluta precisión. La existencia de un requerimiento por parte del particular interesado como exige el artículo 371, párrafo tercero, ofrece dudas. De un lado, porque aún estando presente en la comparecencia no consta que el particular manifestara su voluntad expresa ni implícitamente en aquel sentido, y la norma dispone que la petición ha de emanar de un particular. Y de otro, porque el término requerir del artículo 371 es algo de mayor entidad que las simples «manifestaciones hechos por los agentes de la autoridad de que se trataba de una prueba a practicar», según se describe en el hecho. Y, en fin, porque no consta que quienes desatendieron la solicitud fueran los únicos que podían practicarla. No practicaron la extracción de sangre; se trata, si, de una conducta que se tradujo en un no hacer, pero que pudo haberse cumplido por otros facultativos que integraban también el servicio de guardia o urgencia.

Pero es que además se trata de un delito esencialmente intencional. La comisión culposa que pudiera inferirse repele el tipo. No aparece el específico dolo de denegar o desatender un requerimiento expreso del particular, y aunque existiera una circular interna sobre las extracciones de sangre, que no está redactada en tono imperativo, ello no es obstáculo para sostener que se hallaban en la creencia de no estar obligados a las extracciones. En este sentido es preciso mencionar la sentencia de 22 de marzo de 1986 en la que se declara que la desobediencia, y su modalidad la denegación de auxilio, son delitos eminentemente intencionales, siendo el dolo o intención maliciosa inexcusable requisito subjetivo en el que ha insistido la jurisprudencia de este Tribunal: la negativa —afirma la sentencia de 2 de enero de 1983— no puede atribuirse a mera negligencia o al convencimiento de no hallarse el acusado en la obligación de ejecutar lo que haya sido objeto de requerimiento; se alude al hecho de no dar razón o excusa legal en las resoluciones de 4 de junio de 1985 y 25 de noviembre de 1913, o se refiere, como en la sentencia de 28 de mayo de 1935.

EL MINISTERIO ANTE LOS ACUERDOS DE SUSPENSION DE LOS TURNOS DE OFICIO ADOPTADOS POR ALGUNOS COLEGIOS DE ABOGADOS

Consulta núm. 5/1989, de 27 de noviembre

I

Se han formulado sendas Consultas por las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia del Principado de Asturias y de Murcia. El tema planteado, aunque con algunos matices, es el mismo: el grave problema que se presenta ante los acuerdos adoptados por algunos Colegios de Abogados de suspender los turnos de oficio y de asistencia letrada al detenido o' preso. Parece necesario conocer con algún detalle los hechos.

A) El Presidente del Tribunal Superior de Justicia, preocupado por el notorio retraso en la tramitación de los asuntos encomendados a los órganos jurisdiccionales de esta Comunidad Autónoma, como consecuencia del acuerdo de la Junta Central extraordinaria del ilustre Colegio de Abogados de Oviedo con fecha de 29 de octubre de 1987, por el que se acordó por tiempo indefinido la suspensión de la actuación letrada del turno de oficio; y entendiendo que tal acuerdo puede vulnerar derechos fundamentales de la persona recogidos en los artículos 14 y 24 de la Constitución española, y con el precedente de que acuerdos similares fueron declarados nulos de pleno derecho por el Consejo General de Abogacía en reuniones de 11 de febrero de 1986 y 4 de marzo de 1988, decide por unanimidad dar traslado al Ministerio Fiscal a fin de que pueda promover la acción de la justicia conforme a lo dispuesto en el artículo 124, 1.^º de la Constitución y artículo 435. 1.^º de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

De los antecedentes documentales se desprende la certeza absoluta del contenido del escrito que se ha reproducido literalmente, siendo ahora de destacar:

1. La Junta General del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, en sesión extraordinaria celebrada el 15 de junio de 1987, adoptó en ejecución de lo decidido en otra Junta de 30 de octubre de 1986, entre otros el siguiente acuerdo: «Se suspende la actuación letrada en el turno de oficio ordinario en todas las jurisdicciones ordinarias y especiales a excepción de los procesos correspondientes a presos. La suspensión no afectará a los procedimientos actualmente en trámite; no afectará tampoco al turno de oficio de asistencia letrada a detenidos».

2. Casi en los mismos términos se pronunció la misma Junta de Gobierno en sesión extraordinaria celebrada el 5 de noviembre de 1987 en ejecución de los acuerdos tomados el 29 de octubre de 1987.

Los dos acuerdos antes citados han sido ratificados en sesión extraordinaria de la Junta General del Ilustre Colegio de Abogados. Acuerdos de suspensión del turno de oficio y de asistencia letrada al detenido fueron adoptados, entre otros, por los Colegios de Gijón, Granada, Murcia y Cartagena. Mas los acuerdos tomados por estos otros Colegios han sido recurridos. En unos casos ha sido el Consejo General de la Abogacía Española quien ha declarado su nulidad radical como contrarios a la ley y gravemente perjudiciales a los intereses colegiales. En otros, la decisión del Consejo General ha sido impugnada en vía jurisdiccional pero también los acuerdos de algunos Colegios de Abogados. He aquí, con los datos de que disponemos, una exposición de acuerdos recurridos bien ante el Consejo General de la Abogacía o ante los Tribunales.

1. La Junta General del Colegio de Abogados de Granada en reuniones de 4 de febrero de 1985, acordó la suspensión de la prestación de los servicios de defensa en turno de oficio y de asistencia al detenido. La Junta de gobierno del Colegio formula impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta General interesando la nulidad de pleno derecho de los mismos. El Consejo General de la Abogacía resuelve de conformidad con lo interesado el 17 de junio de 1985.

2. En Juntas Generales del ilustre Colegio de Abogados de Gijón celebradas el 30 de junio de 1987, 30 de septiembre de 1987 y 30 de octubre de 1987 se decidió suspender los turnos de oficio y de asistencia letrada al detenido. Un abogado de aquel ilustre Colegio interpuso recurso contra tales acuerdos, resolviendo el Consejo General de la Abogacía estimando el recurso que se reputaban nulos de pleno derecho.

3. En Junta General extraordinaria del Colegio de Abogados de Murcia de 15 de diciembre de 1988 se aprobó la suspensión del turno de oficio, acuerdo que llevaba implícito la no tramitación de cuestión alguna relacionada con el turno. Impugnado en alzada este acuerdo, la Mesa del Consejo General de la Abogacía el 28 de diciembre de 1988 dejó en suspenso lo resuelto por el Colegio de Abogados de Murcia, mandando seguir por su curso ordinario la tramitación del recurso en cuanto al fondo del asunto. El acuerdo de la Mesa fue ratificado por el Consejo General el 18 de enero de 1989. Recurrido el acuerdo del Consejo General por un Abogado del Colegio de Murcia al amparo de la Ley 62/1978, dió lugar a la iniciación del recurso 16/1989 ante la sala de los Contencioso-Administrativo. En sus alegaciones, el Consejo General de la Abogacía el 20 de febrero de 1989 solicita que se mantenga su acuerdo impugnado que suspendió el del Colegio de Abogados de Murcia, pues privar al ciudadano del ejercicio del derecho fundamental a la defensa y del derecho a ser asistido en caso de detención constituye un acto nulo de pleno derecho, por lo que se concluye que prestar asistencia al detenido y defender a quien no ha designado letrado son inexcusables deberes de los abogados que éstos no pueden eludir ni modificar. En su contestación a la demanda, el Consejo General de la Abogacía, hecho acaecido el 12 de abril de 1989 solicita la confirmación del acuerdo de derechos tutelares en el ámbito de este procedimiento. Por su parte el Ministerio Fiscal contestó a la demanda el 8 de abril de 1989. Este recurso no está aún resuelto.

Pero en trámite el recurso a que hemos hecho referencia, en Junta General extraordinaria del Colegio de Abogados de Murcia celebrada el 16 de mayo de 1989 se tomaron los siguientes acuerdos: continuar la suspensión del turno de oficio y suspender el turno de asistencia al detenido o preso en la misma línea

del acuerdo de la Junta de 15 de diciembre de 1988. El Ministerio Fiscal, como parte actora, ha recurrido el acuerdo de 16 de mayo de 1989 por la vía de la Ley 62/1978, solicitando su suspensión. El Colegio de Abogados de Murcia, demandado, en sus alegaciones se opuso a la suspensión del acuerdo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de Murcia inició el recurso 493/1989 dictando auto el 16 de junio de 1989 por el que decide, que sin perjuicio de lo que en su día se acuerde en la resolución del presente recurso contencioso-administrativo, suspender la efectividad del acuerdo adoptado el 16 de mayo de 1989 por la Junta General extraordinaria del Ilustre colegio de Abogados de Murcia en los que ese acuerdo decidía sobre suspensión del turno de asistencia al detenido, preso y del turno de abogados de oficio.

4. La Asamblea General del Colegio de Abogados de Cartagena celebrada el 31 de enero de 1989, acordó que el Colegio cese de inmediato en la designación de abogados en turno de oficio, dejando sin efecto cualquier lista de colegiados de ese turno confeccionada hasta el día de la fecha. La Junta de Jueces de Cartagena, en virtud de la comunicación que se había hecho de aquél acuerdo al juez de Instrucción Decano, resolvió el 6 de febrero de 1989 solicitar del Colegio de Abogados el listado de los Abogados adscritos al turno de oficio, mas como sólo se remitiera el de letrados ejercientes, el 10 de febrero de 1989, la Junta de Jueces envia al Colegio de Abogados el listado de letrados que utilizarían, distribuidos conforme a su criterio, dada la falta de lista especial del turno de oficio. El Colegio de Abogados de Cartagena recurrió en alzada el acuerdo de la Junta de Jueces ante la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial de Albacete por entender que aparte otras razones, es competencia exclusiva de las Juntas de Gobierno de los Colegios de Abogados, la designación de los turnos de oficio. En este punto se da lugar al recurso, declarándose que la Junta de Jueces deberá redactar un nuevo listado de letrados para el turno de oficio.

En otra Asamblea General del Colegio de Cartagena, ésta de 16 marzo de 1989, se acordó suspender la prestación del servicio de asistencia al detenido como medida complementaria de la ya adoptada respecto del turno de oficio. Los presentes acuerdos estarán en vigor hasta que por los organismos competentes se proceda a garantizar la retribución justa y real correspondiente a los trabajos realizados.

C) Los acuerdos que suspendieron los turnos de oficio y de asistencia letrada recogidos en el anterior apartado fueron impugnados, como ya se han dicho. Recogemos aquí los argumentos esgrimidos para la declaración de nulidad de los acuerdos y aquellos otros que conducen a la validez de los actos de suspensión de los acuerdos.

1. Argumentos empleados por el Consejo General de la Abogacía Española

En escritos de alegaciones y de contestación a la demanda de recurso 16/1989 seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Murcia. Trae su causa el recurso de la impugnación del acuerdo del Consejo General de 28 de diciembre de 1988 que dejó en suspenso los efectos de otro acuerdo del Colegio de Abogados de Murcia que suspendió los turnos de oficio y de asistencia letrada.

Se dice en ellos, entre otras cosas:

«Privar a la ciudadanía del ejercicio del fundamental derecho a la defensa y del derecho a ser asistido en caso de detención constituye un acto nulo de pleno derecho. Los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución reconocen tanto el derecho a la asistencia como a la defensa por medio de letrado, y ese reconocimiento constitucional está desarrollado en nuestras leyes procesales de manera tal que no puede caber duda alguna sobre la vinculación que la Abogacía en su globalidad tiene con el ejercicio por el cuidado de tales derechos». Se analizan después los artículos 118.3, 119, 520.2.c) y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para concluir que «los artículos 57-59 del Estatuto General de la Abogacía son claros y categóricos sobre el tema de este recurso, ya que efectán varias declaraciones sobre la *obligatoriedad* de los Abogados de asumir los derechos de asistencia al detenido, así como las defensas personales de oficio. De todo cuanto antecede se sigue que por la expresa e indudable raíz constitucional de las normas que establecen esta obligación para los abogados, por el rango de éstas, y por su suficiencia y claridad, lo acordado por el Consejo de Abogados de Murcia contraviene de manera frontal tales preceptos, y por ello debe considerarse nulo por aplicación de las siguientes normas: el artículo 9.1 de la Constitución Española que sujeta a todos los ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y el 9.3 que garantiza el principio de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica; el artículo 6.3 del Código Civil que declara nulos de pleno derecho los actos contrarios a las normas imperialistas y el artículo 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo en relación con el 23 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

Coincide con el contenido de estos escritos el acuerdo del Consejo General de 4 de marzo de 1988, que declaró la nulidad del adoptado por el Colegio de Abogados de Gijón sobre suspensión del turno de oficio y asistencia letrada.

El acuerdo de 17 de junio de 1985 por el que se declaran nulos de pleno derecho otros procedentes del Colegio de Abogados de Granada de 1985 sobre suspensión de turnos de oficio y asistencia letrada, establece la misma doctrina.

2. Argumentos utilizados por el Ministerio Fiscal .

De la demanda promovida por el Ministerio Fiscal contra acuerdo del Colegio de Abogados de Murcia de 16 de mayo de 1989 y fundada en la Ley 62/1978 sólo conocemos que alegaba la vulneración de los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución. Pero por esa misma Fiscalía en contestación a la demanda formulada por un letrado no conforme con el acuerdo del Consejo General de 28 de diciembre de 1988, se precisaba lo siguiente para mantener la validez del acuerdo recurrido: «No se vulnera con dicho acuerdo el principio de libertad del recurrente, porque siendo el turno de oficio un servicio público establecido por la ley con carácter *obligatorio* para la Abogacía (artículos 118, 119, 520, 788 y 791 de la ley de Enjuiciamiento Criminal y artículos 30.4, 33, 37, 40 y 43 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como artículo 24 de la Constitución) cuya reglamentación ha sido delegada a los correspondientes Colegios profesionales (artículos 57-59 del Estatuto General de la Abogacía), es en cambio *voluntario* para el recurrente porque en los Colegios de Abogados es facultativo pertenecer al turno de oficio, como asimismo el darse de baja, lo que eliminan automáticamente-

te la supuesta consideración de «trabajo forzoso» a que alude el recurrente. es más, suspender el Colegio la designación del turno de oficio, sí que podría conculcar el derecho a la libertad en el trabajo para los que quisieran ser designados».

En cuanto a la denuncia desigual ante la Ley ni existe ni se produce por los motivos señalados en el artículo 14 de la Constitución. Efectivamente, el acto administrativo recurrido no supone ninguna discriminación, porque dándose de baja en el turno de oficio deja de verse afectado por dicha medida. En cuanto a que por su condición de abogado pueda sentirse discriminado frente a otros profesionales, no es cierto que tal discriminación exista y contrarie el principio de igualdad, dado que la profesión de abogado soporta, como otras, unas cargas iguales para todos los integrados en ellas. No se da, pues, un trato diferente o discriminatorio al recurrente frente a otros abogados ni frente a otros profesionales ante situaciones que no son diferentes, por lo que no cabe de alegar vulneración del principio de igualdad (Sentencias del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 1986 y 25 de noviembre de 1986)».

II

A) El Estatuto General de la Abogacía establece que ésta asume la obligación de defender de oficio a las personas que lo soliciten, por lo que los abogados vendrán obligados a su defensa así como a prestar el servicio de asistencia a detenidos (artículo 57). Preceptos análogos se hallan en los Estatutos de los Colegios de Abogados de Murcia (artículos 17 y 32) y Oviedo (artículos 36, 43, 54, 56 y 57), al disponer que la defensa jurídica es una obligación profesional de la abogacía; la intervención en el turno de oficio es igualmente una obligación del Abogado, que podrá ser rehusada solamente por causa justificada apreciada por la junta de Gobierno. La defensa de oficio es deber de la abogacía como lo es para los abogados incluidos en el turno de defensa profesional de oficio y asistencia al detenido.

La asistencia de oficio, como precisa el Fiscal de Oviedo en su consulta, tiene una proyección constitucional, y es corolario indispensable del derecho de defensa que ha de ser reconocido (artículo 119 de la Constitución) a quienes carecen de recursos económicos, pero también a quienes, por causa, no designan a su propio letrado. Las consecuencias de la no prestación del servicio de asistencia judicial letrada ha sido paralización de centenares de procesos penales y civiles, y sus efectos inmediatos afectan tanto a la Administración de Justicia como a los derechos de los particulares a quienes se obstaculiza su legítimo interés en que se resuelvan los procesos afectados por la suspensión.

En Derecho europeo, como tradicionalmente lo ha sido en nuestro ordenamiento, la asistencia letrada por el turno de oficio ha sido asumida generalmente sin condicionantes económicos por los Colegios de Abogados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencia de 29 de noviembre de 1983 (caso Van der Mussele) estableció que la ausencia de una remuneración para el abogado de oficio no constituye violación del convenio de salvaguarda de los derechos humanos y libertades fundamentales respecto a los abogados afectados por la carga, tesis que significa la confirmación de aquellos ordenamientos que imponen como contribución o carga judicial la asistencia gratuita a las personas que, en

el proceso, carecen de medios de fortuna o a quienes la ley les concede tal asistencia. Cita ésta esencial porque una de las causas de los acuerdos de suspensión de los turnos de oficio es precisamente la económica, al pretenderse que se garantice una retribución de más entidad que las fijadas actualmente.

De lo anteriormente expuesto, concluye el Fiscal de Oviedo, resulta incontrovertible la nulidad radical de los acuerdos de suspensión en armonía con estos razonamientos:

- Por ir en contra de preceptos estatutarios impeditivos de una suspensión *sine die* y generalizada del turno de oficio.
- Por implicar, materialmente, una modificación estatutaria opuesta a las normas comunes sobre el turno de oficio previstas en los artículos 57-59 del Estatuto General de la abogacía que constituye una norma de rango superior.
- Por presuponer una renuncia a un deber legalmente impuesto no permitida por el artículo 6.3 del Código civil; el aplazamiento indefinido del deber jurídico equivale, en la práctica, a la renuncia del cumplimiento del deber.
- Por vulnerar el artículo 24.1 de la Constitución, que, de conformidad con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos humanos, considera derecho fundamental la defensa y asistencia de letrado, que está directamente relacionada con los derechos a un proceso legal con todas las garantías y con el derecho de defensa y tutela judicial efectivas. La asistencia de letrado constituye un derecho y una obligación para las partes y como expresa el Tribunal constitucional (sentencia 216/1988, de 14 de noviembre) es una obligación también para los poderes públicos garantizar la defensa de oficio; en este sentido, la intervención de los Colegios de Abogados mediante la formación de los turnos de oficio y designación de letrados, constituye un acto de participación delegada de esos poderes públicos.

B) CON LOS PRESUPUESTOS LEGALES QUE PRECEDEN EL FISCAL DE OVIEDO SOMETE EXPRESAMENTE A CONSULTA LOS SIGUIENTES PUNTOS

1. Oportunidad del ejercicio por el Ministro Fiscal de las acciones de impugnación de los acuerdos de suspensión

La vinculación del Ministerio Fiscal al principio de legalidad le obliga a ejercitar las acciones que procedan según la ley, por lo que la consulta sobre la oportunidad de la acción sólo significa si de inmediato ha de ejercitarse o si conviene una cierta demora, dada la existencia de conversaciones, oficiosamente admitidas, entre la Administración y el Consejo General de la Abogacía. En contra de la situación de espera militan razones de peso: paralización de la justicia, el reconocimiento de la nulidad radical de los acuerdos de suspensión del turno de oficio que respecto de otros Colegios formuló el Consejo General de la Abogacía, y en fin, la tutela efectiva de los derechos fundamentales cuyo restablecimiento no debe estar sometido a condiciones ni a plazos.

2. Vía procesal adecuada para la impugnación de los acuerdos

La única alternativa es ésta: si debe utilizarse la vía jurisdiccional ordinaria —y si en ella habría de agotarse la vía previa administrativa— o la del proceso previsto en la Ley 62/1978. Este último es el cauce procesal que se estima más aconsejable, por estas razones: porque su finalidad es restablecer de inmediato los derechos fundamentales vulnerados, por la rapidez y sumariedad de esta vía procesal y porque posibilita más fácilmente la provisional suspensión del autor recurrido.

3. Legitimación del Ministerio Fiscal para formular la demanda

Ha de admitirse que nuestro ordenamiento jurídico legitima al Ministerio Fiscal en estos casos. Debe señalarse que la paralización de los procesos penales incide tanto en la vulneración del derecho de defensa de los inculpados como en el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas del delito, cuyos intereses asume por imperativo legal el Ministerio Fiscal cuando aquellos no han comparecido como partes en el proceso.

4. Plazo para el ejercicio de la acción impugnación

Caben varias posibilidades para precisar cual es el día inicial del cómputo del plazo del artículo 8 de la 62/1978. sostener que el plazo debe contarse a partir de la notificación al Ministerio Fiscal de la comunicación del acuerdo; entender que comienza desde la notificación de la providencia del juez sobre la paralización del proceso por ausencia de letrado, en cuyo caso la demanda debería ir acompañada de la prueba documental de este hecho; mantener que el plazo no comienza a correr desde la fecha de los acuerdos, pues no existe plazo en el sentido del artículo 8.1.^º de la Ley 62/1978, tesis ésta que es la propugnada.

5. Petición de suspensión de acuerdos impugnados

Siempre habrá de solicitarse. Tal suspensión supondría que el órgano del Colegio de Abogados a quien corresponde la formación de la lista de letrados y la designación de los mismos habría de proceder de inmediato a la formación de las listas del turno de oficio y a la designación individualizada de la designación de letrado encargado de la defensa , con lo que se volvería a la normalidad funcional alterada por la adopción del acuerdo.

C) El fiscal de Murcia con la diligente y acertada actividad que desarrolló con motivo del acuerdo de aquel Colegio de Abogados de 16 de mayo de 1989, ya ha dado solución positiva expresa —confirmada en su momento por la Fiscalía General del Estado— a los extremos que en el anterior apartado B) se han recogido bajo los números 1, 2 y 5. El comprendido con el número 3 se cuestionó en aquel proceso por la parte demandada, resolviendo la Sala de los Contencioso-Administrativo de Murcia por auto de 19 de junio de 1989 que «el Ministerio

Fiscal está plenamente legitimado para prometer la acción de la justicia en defensa de la legalidad, *de los derechos de los ciudadanos* y del interés público tutelado por la ley, lo que en el presente caso significa que puede actuar en interés de los ciudadanos que podrían resultar afectados por el acto colegial que se impugna». Y en este mismo auto resolviendo sobre la petición de suspensión del acuerdo interesada por el Ministerio Fiscal se dice lo que sigue: «La decisión que aquí ha de adoptarse debe partir de las dos premisas siguientes: Que el ilustre Colegio de Abogados aquí demandado, en la materia sobre la que versa el acuerdo impugnado actúa como Administración Pública —mediante el fenómeno doctrinalmente denominado de «Administración Corporativa» o «Autoadministración»— lo que determina que dicho acuerdo tenga el valor de verdadero «acto administrativo», y que según el artículo 7.4 de la Ley 62/1978 el régimen de suspensión de los actos impugnados en el especial proceso regulado en ese texto legal, esté representado por acoger, como regla general, la solución de tal suspensión solo en los casos excepcionales en los que conste que la suspensión puede llevar consigo la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general, haciendo recaer la carga de probar ese importante extremo sobre el órgano autor del impugnado. Lo que acaba de decirse determina que deba acogerse la petición de suspender que plantea el Ministerio Fiscal, por lo siguiente: porque no se ha justificado satisfactoriamente qué intereses generales —no corporativos o individuales de los Colegiales miembros del Colegio demandado— pueden quedar perjudicialmente comprometidos si se accede a la suspensión».

III

Los temas específicos que integran la Consulta son sometidos en ella a un examen exhaustivo, preciso y exacto. Las razones expresadas en apoyo de la tesis que se mantiene por la Fiscalía de Oviedo las juzgamos absolutamente válidas, por lo que la Fiscalía General del Estado no sólo las comparte y muestra su conformidad con ellas, sino que tal criterio se traslada aquí para que aquella proposición constituya en lo sucesivo los Fiscales ante acuerdos análogos al que ahora se ha planteado.

He aquí, resumidas, las cuestiones que se han planteado como conflictivas y su tratamiento jurídico.

A) *Naturaleza y contenido de los acuerdos de suspensión*

1. Con carácter previo es de señalar que la situación de hecho no puede ser calificada como huelga de letrados; la suspensión del turno de oficio no es posible imputarla, individual o colectivamente a los letrados, ya que en ningún momento han sido designados *nominatim* para cada asunto propio del turno de oficio. De haberse dado esta última circunstancia, el hecho podría tener relevancia jurídica merecedora de otro tipo de actuación. La suspensión de los turnos de oficio es un acto imputable a los Colegios de Abogados como personas jurídicas, cuya voluntad se ha formado por medio de las Juntas Generales extraordinarias.

2. El acuerdo de suspensión de un acto cuyo contenido se traduce en un no hacer, pues supone el incumplimiento de una obligación cuya ejecución impone una actuación concreta: la formación de un turno de oficio y la designación de letrado para cada intervención que se atribuya a dicho turno. Es, además, un acto de trato sucesivo, que se actualiza cada vez que procede la designación de letrado; sus efectos se materializan acto tras acto provocando la paralización del procedimiento judicial o la falta de ejercicio de la acción.

3. En un acto de naturaleza administrativa. Así resulta, en primer lugar, si atendemos a su procedencia, ya que los Colegios de Abogados son una Corporación de Derecho público cuyos actos están sujetos a control jurisdiccional, tanto cuando sus efectos operan *ad intra* o en relación con los intereses colegiales y los derechos y deberes de los miembros del Colegio, como cuando se proyectan al exterior incidiendo sobre derechos o intereses de terceros; así lo declaran tanto el Tribunal Constitucional (Sentencias 76/1983, 23/1984 y 123/1987) como el Estatuto General de la Abogacía (artículo 3). Y, en segundo término, el acto de suspensión es de carácter administrativo, porque la atribución estatutaria de disponer de un turno de oficio y de designar letrados, constituye ejercicio delegado de funciones públicas en cuanto que tal delegación proviene de las leyes procesales (artículos 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 33 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y es presupuesto necesario para el cumplimiento del deber del Estado de garantizar la defensa del oficio en los términos que preve el ordenamiento jurídico (artículo 24 de la Constitución).

4. Dado que los acuerdos de suspensión, como ya se ha indicado, son actos nulos de pleno derecho (artículo 91.1 del Estatuto General de la Abogacía), ello comporta la imprescriptibilidad de las acciones de impugnación, la amplitud de la legitimación para su ejercicio, así como la estimación *ex officio* de la nulidad, tanto por la propia Corporación como por los Tribunales ante los que se ejercite la acción de nulidad, conforme a criterio jurisprudencial uniforme, lo que supone que la nulidad podrá ser declarada en proceso incoado a instancia de parte que finalmente resultare no estar legitimada.

B) *La nulidad de los acuerdos necesita que sea instada formalmente*

Las vías procesales se actuarán por uno de estos caminos: proceso ordinario o proceso especial de protección de los derechos fundamentales establecido en la Ley 62/1978, ambos por supuesto ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

1. *La vía del proceso contencioso ordinario.* En principio no plantea problemas la legitimación del Ministerio Fiscal, como tampoco las cuestiones relativas a las limitaciones temporales del recurso. Lo primero, porque la legitimación del Ministerio Fiscal le está atribuida por todas aquellas normas (artículos 124.1 de la Constitución, 435.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1 del Estatuto Orgánico) que le configuran como órgano defensor de la legalidad y del interés público, aspectos que en nuestro caso concurren indubitablemente. Por otra parte, no hay limitación temporal en cuanto al ejercicio de la acción, ya que la nulidad radical puede denunciarse, precisamente porque no es convalidable, en todo tiempo.

El problema puede, sin embargo, derivarse de la exigencia de la vía previa administrativa que se establece como requisito para el acceso a la jurisdicción

(artículo 96 y siguientes del Estatuto General de la Abogacía). Efectivamente, no agotar la vía administrativa previa constituye una causa de inadmisibilidad (artículo 62,1.c. de la Ley jurisdiccional de 1956) que aquí concurría al no ser aplicable la excepción prevista en el artículo 37.1 y 2. Es de notar, no obstante, que si no parece dudoso que el Ministerio Fiscal cuando actúa en representación legal de menores, incapacitados y ausentes, debe utilizar el sistema de recursos administrativos antes de acudir a la vía jurisdiccional, no es tan claro que cuando actúe en defensa de la legalidad y en función de tutela del interés público y los derechos fundamentales esté vinculado a dicho requisito, toda vez que la intervención del Ministerio Fiscal se desarrolla, generalmente, ante la jurisdicción. La diferencia entre una y otra modalidad de actuación se deriva de que, en el primer caso, el Ministerio Fiscal actúa *por otro* en cumplimiento de los deberes específicos que le impone el Estatuto Orgánico (artículo 3.7), mientras que en el segundo actúa *por sí mismo* en cumplimiento de los deberes generales que le imponen la Constitución, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el propio Estatuto Orgánico.

2. *la vía del proceso especial de protección de los derechos fundamentales.* No deja de suscitar problemas a los que precisa dar la adecuada solución.

a) La legitimación del Ministerio Fiscal para la interposición del recurso. Pese a algunas actitudes doctrinales contrarias ha de proclamarse que el Ministerio Fiscal está legitimado para interponer por sí la acción, supuesto el no ejercicio de la misma por el titular del derecho fundamental. Como preceptos de los que se extrae esta legitimización se citan los artículos 53.1.2, 3 y 124 de la Constitución, 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de modo expreso el artículo 3.3 del Estatuto Orgánico cuando establece que corresponde al Ministerio Fiscal «velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa». Pero, por otra parte, la Ley 63/1978 ni condiciona la legitimación, materia propia de las leyes sustantivas, ni impide que el Ministerio Fiscal actúe en posición procesal que reúne, excepcionalmente, la doble función de órgano defensor de la legalidad y de promotor de la acción de la justicia.

En realidad, ejercitada la acción contra un Colegio de Abogados que tomó el acuerdo y no contra un letrado de oficio para un asunto determinado que negándose a la defensa paraliza la actividad del procedimiento, el Ministerio Fiscal está actuando *per se* en defensa de la legalidad y no en nombre o representación del titular del derecho fundamental afectado. En este sentido cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional 86/1985 de 10 de julio. En recurso de amparo por él promovido, se aducían por el Ministerio Fiscal para solicitar la declaración de nulidad los intereses generales de los ciudadanos relativos a la educación respecto a los cuales no puede ser ajeno. Cuestiona su legitimación, se declara por el Tribunal Constitucional que la legitimización del Ministerio Fiscal se configura como un *ius agendi* reconocido a este órgano en mérito a su específica posición institucional. Promoviendo en este caso el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero no lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de la acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de los derechos fundamentales.

b) La legitimización pasiva la ostentan los Colegios de Abogados, Corporaciones de Derecho público de quienes proceden los actos que vulneran los derechos fundamentales.

c) El acto administrativo está entre los señalados en el artículo 6 de la Ley 62/1978, pero en relación con la determinación del acto recurrible, surgen las cuestiones, especialmente la que concierne al plazo para la interposición del recurso.

— El artículo 8.1 de la Ley 62/1978 dispone que el recurso contencioso-administrativo se interpondrá dentro de los diez días siguientes a la notificación del acto impugnado si fuere expreso. En caso de silencio administrativo, el plazo anterior se computará una vez transcurridos veinte días desde la solicitud del interesado a la Administración sin necesidad de denunciar la demora.

— La rigurosidad del término fijado para el ejercicio de la acción se corresponde con la naturaleza y finalidad que el proceso pretende. La interposición de la acción fuera del plazo establecido constituye causa de inadmisibilidad. Que la acción de nulidad radical sea imprescriptible y que, por tanto, no esté sometida a requisitos temporales no afecta al plazo del artículo 8.1 y ello aún cuando la nulidad esté basada, junto a otras causas, en la vulneración de las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales.

— El plazo se computa a partir de la notificación del acto, si éste, como aquí sucede es expreso. En el caso concreto los acuerdos de suspensión del turno de oficio no han sido notificados formalmente. No obstante, su existencia y operatividad constituye un hecho notorio. Con todo, en cada proceso particular, los Colegios de Abogados comunican a la demanda judicial de designación de Abogados de Oficio, la negativa y su nombramiento invocando los acuerdos colegiales de suspensión y provocando con ello la paralización de los procesos. Aunque derivados de tales acuerdos, la negativa a la designación de letrado, constituiría ya un acto expreso del que puede partirse para la determinación del comienzo del plazo de impugnación.

Por otra parte, y presupuesta la legitimización del Ministerio Fiscal para la interposición de la demanda de protección jurisdiccional, el plazo habría de constarse, en principio, desde la comunicación de los acuerdos, dada la inactividad del justiciable cuyos derechos fundamentales a la defensa del oficio y a la tutela judicial efectiva han sido, efectivamente, lesionados y en razón a que la vulneración de los mismos no puede ser corregida por los propios órganos jurisdiccionales, pues la ley no arbitra soluciones en el proceso civil para la designación por el propio juez o tribunal de letrado de oficio, y en el proceso penal la designación directa que en el abreviado contempla la ley (artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) sólo puede ser realizada si existe formada y en actualización constante la lista de los turnos de oficio.

Ahora bien, el carácter permanente que tienen los acuerdos de suspensión, supone que el cómputo para la acción de impugnación no se habrá de determinar desde la fecha en que se adoptaron, por cuanto la situación de lesividad de los derechos del particular es continuada y se refuerza con la sistemática denegación de la asistencia letrada. Razones que abonan también la no aplicación del plazo preclusivo del artículo 8.1 de la Ley 62/1978.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

SOBRE EL CONCEPTO DE ABORTO Y SU DELIMITACION DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1985)

ELENA FARRE TREPAT

Profesora Titular de la Universidad de Barcelona

I

1. Con ser el aborto una de las cuestiones que más ha interesado a la Ciencia penal contemporánea, el mismo concepto del aborto y su delimitación frente a los delitos contra la vida humana independiente gozan todavía de cierta imprecisión. En este sentido cabe observar que un amplio sector doctrinal así como el Tribunal Supremo en alguna ocasión han definido el aborto como la «muerte del feto mediante su destrucción en el seno materno o por su expulsión prematura provocada» (1). En cambio otras sentencias del Tribunal Supremo, en el mismo sentido que un sector de la doctrina, añaden a la citada definición la exigencia de que la muerte en el exterior del claustro materno sea debida a la falta de las necesarias condiciones de viabilidad y madurez del feto (2)(3). Tampoco existe acuerdo en la doctrina en

(1) En este sentido RODRÍGUEZ DEVESAS, J. M.: *Derecho Penal español* (P.E.), 12.^a Ed., revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez, 1989, p. 74. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal* (P.E.), 7.^a Ed., 1988, p. 81 y QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal español* (P.E.), Vol. I, 1986, p. 52, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1987 (A. 460). BAJO FERNANDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal* (P.E.), Delitos contra las personas, 1986, p. 121 y COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARONELL, *Derecho Penal* (P.E.), 2.^a Ed., 1988, p. 558, siguiendo a DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal español*, (P.E.), Delitos contra las personas, 1962, p. 327, prefieren definirlo como «toda interrupción del proceso fisiológico de gestación que ocasiona la destrucción o muerte del fruto de la concepción».

(2) En este sentido además de la sentencia que comentamos, la de 23 de febrero de 1984 (A.1166). También QUINTANO RIPOLLES, A.: *Tratado de la Parte Especial del*

relación con el tratamiento jurídico-penal que corresponde dar a los supuestos en los que se realiza una agresión sobre el feto, cuyo resultado se produce en el «nacido vivo». Algunos autores, así como el Tribunal Supremo, califican estos hechos sólo de aborto. En cambio otro sector doctrinal estima también aplicables los delitos contra la vida humana independiente y de lesiones en su caso.

El supuesto de hecho que se plantea en la sentencia que comentamos, constituye un ejemplo paradigmático de estos núcleos de problemas. En ella se examina la agresión sobre un feto de más de ocho meses de gestación, cuya muerte se produjo en el exterior del seno materno. Por otra parte, la muerte del niño, que tuvo lugar 4 días después del parto, no fue debida a su falta de condiciones de viabilidad (4).

2. Los *hechos* que motivaron la sentencia fueron los siguientes: La autora estaba embarazada de 34 semanas y consintió en Madrid, el 3 de diciembre de 1981, que, a cambio de 40.000 ptas., una mujer no identificada le introdujese en la vagina un tallo vegetal de 28 centímetros de longitud y 4 milímetros de diámetro. El tallo quedó profundamente incrustado entre el cuello uterino y fondo de saco vaginal derecho, quedando unos 7 centímetros fuera y el resto en el interior del útero. Al día siguiente, cuando se encontraba en Valencia, se sintió enferma y fue a la Ciudad Sanitaria de la Seguridad Social «La Fe». Allí, tras exhibir la documentación del Seguro de Enfermedad correspondiente a Carmen C. G., manifestando llamarse de tal modo, fue sometida a un examen genital en el que se apreciaron restos hemáticos en la vagina y el tallo vegetal. Sin embargo, el parto aún no se había iniciado. La acusada rehusó su ingreso en el citado centro. Pero a las diecinueve horas del mismo día volvió a la residencia cuando

Derecho penal, tomo I, Vol. I, 2.^a Ed. revisada y puesta al día por E. Gimbernat Ordeig, p. 540 s.; HUERTA TOCILDO, S.: *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, 1977, p. 5 s.; GARCIA VICTORIA, A.: *El tipo básico de aborto*, 1981, p. 97 s. y CUERDA RIEZU, A.: *Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas*, A.D.P.C.P., 1988, II, p. 426.

(3) La discusión, originada en nuestro país por la Ley de Protección de la Natalidad de 24 de enero de 1941, sobre si la simple expulsión prematura puede ser considerada como aborto, ha sido resuelta en sentido negativo, si bien todavía parece manifestarse en este sentido STS de 1 de abril de 1977 (A. 1936).

(4) Además de éstos la sentencia plantea también otros interesantes problemas: La distinción entre el delito de usurpación del estado civil y el de uso público de nombre supuesto, que se ha hecho depender —como ya es usual en la Jurisprudencia y en la doctrina (véase BAJO FERNANDEZ, *Manual de Derecho penal* (P.E.), T. III, p. 267 y COBO/VIVES/ORTS/CARBONELL, *ob. cit.* en la nota 1, p. 682 s.)— del hecho de que la acusada se hizo pasar por otra persona «al objeto de, singularizadamente y por una sola vez, obtener los beneficios de una asistencia médica y sanitaria que no le pertenecían, pero sin suponer ello una sustitución omnicomprensiva de los derechos de otra persona, ni una prolongación en el tiempo de ello...». Por otra parte, el Tribunal Supremo no estima que la eximente de estado de necesidad en relación con el delito de uso público de nombre supuesto, que se alegaba en el recurso, por considerar que la procesada pudo acudir a «medios legítimos o lícitos menos agravios que los utilizados para imperir el mal mayor que la causación del mal menor».

se había iniciado ya (por la acción del tallo vegetal) el trabajo del parto, con hemorragia genital abundante. La autora dio a luz a un niño vivo de 34 semanas de gestación. Pero el niño nació con una afección denominada «neumopatía de membranas hialinas», frecuente en los niños prematuros, que le causó la muerte 4 días más tarde (5).

La Audiencia consideró que estos hechos eran constitutivos de un *delito de aborto* y otro de *usurpación de personalidad* y condenó a la procesada a las penas de 1 año de prisión menor por el primer delito y 1 año de prisión menor y multa por el segundo. La sentencia del Tribunal Supremo modificó esta conclusión estimando concurrente el *delito de aborto*, pero no el delito de usurpación de personalidad. En su lugar condenó a la recurrente por un delito de *uso público de nombre supuesto* a la pena de tres meses de arresto mayor y multa de 30.000 ptas.

II

1. El grupo de supuestos, en los que *la acción se produce sobre el feto y el resultado tiene lugar sobre el nacido vivo*, durante mucho tiempo no se consideraron un problema, pero a partir del proceso Contergan se convirtieron en asunto debatido, especialmente en Alemania (6). En la actualidad y debido al avance de la medicina las posibilidades de intervenir sobre el feto —a través de medicamentos, drogas, rayos, inyecciones...— han aumentado en gran medida. La posibilidad de manipulación se ha trasladado incluso a estudios anteriores a la gestación (7). Pero contrariamente a lo que pudiera parecer en un principio, esta clase de supuestos que examinaremos aquí no tiene nada de extraordinario, ya que la muerte del feto se lleva a cabo, en la mayoría de los casos, provocando su expulsión al exterior del

(5) Con este nombre se conoce a la neumopatía no infecciosa de mayor interés en la edad neonatal. El mayor número de casos corresponde a prematuros, pero a veces se puede presentar en hijos de madres diabéticas y otros recién nacidos. La lesión histológica principal «consiste en una membrana o material parecido a una membrana, sin estructura o hialina, que reviste las últimas ramificaciones del árbol respiratorio, especialmente de los conjuntos alveolares y alveolos, tapizándolos como una habitación empapelada. Impide así los recambios gaseosos de la normal hematosis». (CRUZ HERNANDEZ, M.: *Pediatria y puericultura*, T. I, 1972, p. 116 ss.).

(6) Cfr. KAUFMANN, Armin, *Tatbestandsmässigkeit und Verursachung im Contergan-Vorfahren*, JZ, 1971, p. 569 ss. y LÜTTER, H.: *Medicina y Derecho penal*, traducción de E. Bacigalupo, 1984, p. 63 ss. Como es sabido, en el llamado proceso Contergan un laboratorio alemán puso a la venta un medicamento para mujeres embarazadas, cuya ingestión provocó lesiones gravísimas así como la muerte de sus hijos recién nacidos. Sobre el interesante problema de Causalidad que también se planteó en el citado proceso véase GOMEZ BENITEZ, J. M.: *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, 1988, en especial pp. 40 ss.

(7) Véase sobre la polémica jurídico-penal CUERDA RIEZU, A., *ob. cit.* en la nota 2, p. 413 ss. y *Otra vez sobre nuevas técnicas genéticas y Derecho penal*, A.D.P.C.P., 1988, III, p. 703.

seno materno. Si bien es cierto que esto tiene lugar generalmente en un estadio poco avanzado de la gestación, de tal forma que cuando el embrión sale al exterior no puede ser considerado como un «nacido vivo», porque no se ha producido la necesaria modificación de su vida dependiente fetal por una vida de carácter distinto (8). Tampoco constituyen supuestos excepcionales aquéllos en los que el resultado consiste en una lesión en el niño (pensemos, por ejemplo, en abortos frustrados, intervenciones médicas y actividades llevadas a cabo por la mujer durante el embarazo, que pueden resultar lesivas para el feto y para el niño). Sin embargo estos hechos no han tenido, por lo que alcanzo a ver, ninguna transcendencia en la práctica penal, quizás en parte por la dificultad de prueba de la causalidad existente entre la intervención dolosa o imprudente y el resultado producido (9).

2. A partir de esta problemática común, que constituye la *modificación del objeto jurídico desde el momento de la acción hasta el momento de la producción del resultado*, pueden plantearse, atendiendo a diversos factores, distintos grupos de casos. A continuación me limito a enumerar algunos de estos *grupos de casos*, que posteriormente intentaré resolver:

A) En primer lugar, cabe distinguir entre que *el objeto sobre el que incide directamente la acción esté penalmente protegido o no lo esté*. En el primer caso se encuentra el embrión una vez ha anidado en el claustro materno (10). En el segundo caso se encuentra el embrión en una fase anterior a la anidación (11).

B) En segundo lugar, *el resultado* de la intervención puede consistir en la *muerte del feto* (la muerte en el interior del claustro materno o en el exterior del mismo pero en un estadio de desarrollo tal que todavía no permite hablar de un «nacido vivo») o bien en la *muerte del niño nacido*. El resultado también puede consistir en *lesiones* sobre el feto, que curen antes del nacimiento (impunes por atípicas), en lesiones sobre el feto que se prolonguen en el nacido vivo, o bien que tengan lugar directamente en el nacido vivo (12).

(8) Así BAJO FERNANDEZ, M., *ob. cit.* en la nota 1, p. 23.

(9) Aunque en los años sesenta la denominada «cultura de las drogas» contribuyó a poner de manifiesto la fisiología de la relación maternofetal y a observar las enfermedades y malformaciones acaecidas en el feto a consecuencia directa de la ingesta de las mismas (COUCEIRO, A., «Neonatología: “Crisis” de una especialidad», JANO, número 881, p. 61).

(10) También en la doctrina penal española una posición ampliamente extendida considerada comenzando el delito de aborto en el momento de la anidación del embrión en el útero materno. En este sentido GARCIA VICTORIA, A., *ob. cit.* en la nota 2, p. 78 s.; CABO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *ob. cit.* en la nota 1, p. 558 y BAJO FERNANDEZ, M., *ob. cit.* en la nota 1, p. 127 s.

(11) La destrucción de los embriones no implantados genera una interesante polémica de lege ferenda, véase entre otros CUERDA RIEZU, A., *ob. cit.* en la nota 2, p. 427.

(12) En este último caso, es decir cuando el resultado de lesiones o de muerte se produce directamente sobre el niño sin afectar al feto, se admite un delito contra la vida humana independiente. Más ampliamente sobre ello IV,2,C.

C) Cuando el resultado sea la *muerte del niño* a consecuencia de la intervención prenatal, ésta puede producirse por diversas razones:

a) Por *no haber alcanzado el feto la suficiente madurez* desde el punto de vista cronológico para vivir separadamente de la madre.

b) Por hallarse la criatura afectada de una *lesión orgánica producida durante la intervención prenatal que le incapacita para continuar viviendo en el exterior*.

c) *Por otras causas* distintas de la falta de viabilidad, como sucede en el supuesto de hecho de la sentencia.

D) Por otra parte el *momento de la producción de la muerte del nacido vivo* también puede variar, ya que puede tener lugar inmediatamente después del parto, o bien horas, días, meses o quizás años después.

E) Por último, merece especial consideración el examen de la *parte subjetiva* de cada supuesto. Sobre todo quienes consideren aplicables a estos casos los delitos contra la vida humana independiente además del aborto, tendrán que examinar en cada caso si el autor actuaba dolosa o imprudentemente, tanto en relación con la muerte del feto como en relación con la muerte o las lesiones del niño. Y no debe olvidarse para estos casos la posibilidad de que el sujeto actúe con dolo eventual respecto a la muerte o a las lesiones producidas en el niño, así como la punibilidad de las formas de imperfecta ejecución, también en relación con los delitos contra la vida humana independiente, para el caso de que no se produzca el resultado de muerte o de lesiones.

III

Intimamente relacionados con los supuestos que examinamos se encuentran otras constelaciones de casos, en las que, sin embargo, entre la acción y el resultado no se da la citada modificación del carácter del objeto.

1. Esto sucede, en primer lugar, en aquellos supuestos en los que *la intervención y el resultado tienen lugar o bien exclusivamente en el feto o bien exclusivamente en el «nacido vivo»*. Si la intervención se realiza sobre el feto en el interior del claustro materno con el resultado de muerte del mismo, la calificación jurídico penal será de aborto. Si la intervención sobre el niño produce como resultado su muerte, lógicamente nos encontramos ante un delito contra la vida humana independiente. Si a consecuencia de una intervención sobre el feto se producen unas lesiones en el mismo, que curan antes del nacimiento, el hecho —ciertamente muy raro— permanecerá impune por atípico. Si las lesiones se producen sobre el niño como consecuencia de una agresión sobre el mismo, la calificación será de lesiones. Por todo ello se considera que en estos casos nos encontramos ante supuestos

no problemáticos (13); excepción hecha de la cuestión relativa al comienzo de la vida humana independiente —que tampoco es pacífica en nuestra doctrina—, pero que puede hacerse extensiva a todo este ámbito de estudio (14).

Sin embargo, la solución no puede ser la misma para quienes consideren que el ámbito de protección de los delitos contra la vida humana independiente, la integridad física y la salud se extiende también a acciones anteriores al nacimiento. En este caso se tendrán que tomar en consideración no sólo los resultados que efectivamente se han producido, sino también todos los riesgos típicamente relevantes creados para la vida humana independiente, la integridad física y la salud que hayan sido abarcados por el dolo, aunque no hayan llegado a realizarse (*supra II,2,E*) (15).

2. En segundo lugar, debemos referirnos al grupo de supuestos en los que *se realiza una primera intervención sobre el feto, que se repite sobre el «nacido vivo»*. En este grupo de casos pueden darse realmente situaciones muy diversas, según que la voluntad del autor sea de lesionar o matar al feto o bien de lesionar o matar al niño. Sin embargo, el supuesto que me parece más plausible en la práctica es aquel en el que, un mismo sujeto, con dolo de abortar actúa sin éxito sobre el feto, pero produce un adelanto en el momento del nacimiento. Posteriormente repite el ataque doloso sobre el niño. En relación con este caso cabe plantear diversas cuestiones:

A) Por una parte examinar la relación existente entre los dos delitos que concurren: uno contra la vida humana dependiente y otro contra la vida humana independiente. Por otra parte determinar si

(13) Así LÜTTGER, H., *ob. cit.* en la nota 6, p. 72.

(14) En mi opinión, la ley establece el límite mínimo del objeto de los delitos contra la vida humana independiente en el infanticidio y cabe hacerlo extensivo a los demás delitos, en el *recién nacido*. El hecho de dar muerte al niño mientras está naciendo no constituye, por tanto, un delito contra la vida humana independiente sino aborto, ya que —como señaló Quintano (*ob. cit.* en la nota 2, p. 500)— «lo que está *naciendo*, en gerundio, no es lo *nacido*, sino lo que *va a nacer*». Puede considerarse que el niño ha nacido cuando ha salido por completo del claustro materno (así GIMBERNAT, E., en las notas al Tratado de Derecho Penal de QUINTANO, *ob. cit.* en la nota 1, p. 22 s.), sin que sea determinante el corte del cordón umbilical. Pero además, y como señala BAJO, M., será preciso que el nacido *haya modificado* su vida humana dependiente fetal, por una vida humana de carácter distinto. «No comienza el objeto material del delito de homicidio, cuando el nacido nace muerto o cuando mantiene una vida con respiración placentaria dependiente totalmente de la madre o cuando mantiene una vida residual en el camino o proceso a la muerte natural» (*ob. cit.* en la nota 1, p. 23). Dicha modificación no debe asimilarse con el momento de la respiración pulmonar. De forma que el impedir al nacido que comience a respirar, o bien el no ayudarle a hacerlo para el que esté en posición de garante, constituirá homicidio o bien otro delito contra la vida humana independiente, pero no aborto. Es pues claro que una vez *nacido*, pero sólo entonces, los artículos 405 ss. dedican al niño su protección.

(15) De forma que si, por ejemplo, se realiza una intervención sobre el feto produciéndose la muerte del mismo en el interior del seno materno, deberá examinarse si además del aborto, se ha realizado también un parricidio, homicidio, asesinato o infanticidio, en grado de frustración en la medida en que el autor actuase, aunque sólo fuera con dolo eventual, con dolo de producir la muerte en el exterior del seno materno.

el delito de aborto debería entenderse realizado en grado de frustración o de consumación.

En relación con estas cuestiones cabe señalar que en un supuesto como el que ahora examinamos el Tribunal Supremo alemán estimó concurrente un delito de aborto consumado en unidad de acción con un delito de homicidio consumado. El citado Tribunal señaló que «el ataque dirigido al claustro materno constituyó también una causa para la muerte del niño nacido vivo... Con la muerte del niño la conducta de homicidio consumó al mismo tiempo el tipo del § 218 (aborto). Ambos delitos se encuentra en unidad de acción». Hubiese sido distinto si el niño hubiera nacido muerto... En este caso, faltaría una acción que pudiera subsumirse en los dos tipos al mismo tiempo y fundamentar la unidad de acción. Existiría un delito de aborto consumado y un homicidio intentado en pluralidad de acciones». (16).

La solución que aporta el Tribunal Supremo alemán no es aceptable, porque la acción de dar muerte al nacido no puede subsumirse en el tipo de aborto y, por ello, no cabe hablar en este supuesto de unidad de acción, sino, en cualquier caso, de pluralidad de acciones. Tampoco puede considerarse que el delito de aborto haya llegado a consumarse.

a) Para poder determinar si nos encontramos ante un delito de aborto frustrado o consumado tendremos que detenernos en el examen de la parte objetiva del tipo de aborto consumado y comprobar si la muerte del niño es objetivamente imputable a la conducta de aborto. Ciertamente en el caso de que la intervención sobre el feto haya conllevado un adelanto del nacimiento y, por ello, también un adelanto de la muerte del niño en el exterior del claustro materno, cabrá afirmar que la conducta de aborto *ha sido causa* de la muerte del niño, es decir, ha causado la muerte en el concreto momento en que se ha producido. Pero si aplicamos los principios de la imputación objetiva tenemos que concluir que la muerte del niño *no es objetivamente imputable* a la conducta de aborto, sino exclusivamente a la conducta de homicidio. Porque a pesar de que el primer ataque crea verdaderamente un peligro típicamente relevante, no puede considerarse que la muerte del niño, tal y como se produce, constituya la realización del peligro creado por dicho ataque, sino de otro peligro posterior que es el que conlleva la conducta de homicidio. En otros términos, puede afirmarse que la finalidad de la norma del aborto no es el evitar conductas encaminadas a producir la muerte del ya nacido. Por tanto, puesto que la muerte del niño no constituye la realización del peligro creado con el nacimiento prematuro, no puede estimarse que el aborto sea consumado.

b) Concurren, por tanto, dos hechos distintos que dan origen a dos delitos distintos: aborto frustrado y el correspondiente delito

(16) BGHSt 10,291.

contra la vida humana independiente consumado. La realización existente entre ambos delitos será, por consiguiente, de *concurso real* (17). El concurso de leyes, que podría alegarse por la agravación en la misma línea de ataque que supone el delito contra la vida humana independiente y en virtud del cual debería considerarse que este último contiene por completo el desvalor del aborto, no me parece aceptable por el diverso contenido del injusto que claramente poseen ambos delitos (18).

B) También en relación con este grupo de supuestos podemos plantearnos, por otra parte, qué relevancia jurídico-penal debe concederse al hecho de que el niño nazca en condiciones de falta de viabilidad extrauterina; así como al hecho de que el niño hubiera muerto ya antes del segundo ataque, sin advertirlo el autor del mismo. Con respecto a la primera cuestión considero, en el mismo sentido que la doctrina dominante, que el recién nacido, que por falta de madurez, o por alguna otra razón, no tiene ninguna posibilidad de continuar viviendo en el exterior del claustro materno, constituye también un objeto idóneo de los delitos contra la vida humana independiente (19). Lo exigible es como indica Bajo Fernández «que el nacido nazca vivo y que, además modifique esa vida dependiente en una vida humana independiente» (20), aunque no pueda continuar viviendo. Por ello, si el niño nace muerto y el autor, sin advertirlo, realiza un segundo ataque con la intención de darle muerte, este hecho no podrá originar un delito contra la vida humana independiente consumado, pero si puede ser punible, según las circunstancias, como delito imposible o tentativa inidónea de homicidio, parricidio, etc. (21). En este caso el delito de aborto deberá estimarse consumado.

(17) Cfr. WELZEL, H.: *Deutsches Strafrecht*, 11.^a Ed., 1969, p. 300 y ROXIN, C.: *Probleme beim strafrechtlichen Schutz des werdenden Lebens*, J. A., 1981, p. 545, entre otros. En cambio LAY considera posible sostener la unidad de acción alegando que la conducta del aborto, que produce el nacimiento prematuro, conduce, según una concepción natural, directamente a la conducta de homicidio, y que ambas acciones contienen un dolo unitario de aborto y homicidio, que conlleva el deseo de evitar a toda costa el crecimiento familiar (*Leipziger Kommentar*, 9.^a Ed., 1972, § 218 número 27). Por su parte ESER (*Strafrecht*, III, 1978, p. 57) considera posible sostener unidad de acción en el caso de que el niño fuese inviable y, por ello, hubiese muerto igualmente. Este punto de vista no me parece consecuente, ya que como indico en III,2,B, la viabilidad no constituye un requisito típico del homicidio.

(18) Cfr. ESER, A., *ob. cit.*, en la nota 17, p. 57.

(19) Sobre esta cuestión véanse por todos STAMPA BRAUN, J. M.: *el objeto material de los delitos contra la vida*, A.D.P.C.P., 1950, p. 535ss. y GARCIA VITORIA, A., *ob. cit.* en la nota 2, p. 112 ss. En sentido contrario Queralt, J. J., *ob. cit.* en la nota 1, p. 6 s.

(20) *Ob. cit.* en al nota 1, p. 23. Sin embargo, no es posible desconocer el gravísimo problema que se plantea hoy en día debido a los avances de la neonatología y del hecho que sea posible mantener con vida niños que antes morían irremisiblemente, pero que en algunos casos, sin que siempre se sepa en cuáles, pueden verse condenados a vivir el resto de su vida con grandes handicaps. Véase sobre estas cuestiones COUCEIRO, A., *ob. cit.* en la nota 8, p. 59 ss.

(21) Sobre esta cuestión véase mi libro *La tentativa de delito*, Doctrina y Jurisprudencia, 1986, pp. 277 ss. y también mi artículo *Consideraciones dogmáticas y de lege fe-*

IV

1. En relación con los casos, como el que plantea la sentencia que comentamos, en los que la intervención se produce sobre el feto y el resultado sobre el nacido vivo, observamos, en primer lugar, que se sostienen doctrinalmente *soluciones contrapuestas*. Por un parte, un amplio sector doctrinal estima imposible aplicar un delito contra la vida humana independiente a una acción que se dirige sobre el feto (22). Por ello, si como resultado de dicha agresión se produce la muerte del nacido vivo, se considera concorrente un delito de aborto. Si el resultado es de lesiones en el niño: impunidad (23). También en este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo ya que en ninguna sentencia ha calificado como delito contra la vida humana independiente, sino como aborto, esta clase de supuestos.

Frente a este punto de vista otro importante sector doctrinal considera aplicables a estos supuestos los delitos contra la vida humana independiente. Así, si a consecuencia de una agresión sobre el feto se produce la muerte del nacido vivo tendrá que castigarse por un homicidio doloso consumado, si se quería matar al niño (24) y por homicidio imprudente (25) o preterintencional (26) en concurso con tentativa de aborto, en el supuesto de que no se quisiera matarle. Si el resultado es de lesiones en el niño serán de aplicación los tipos de lesiones dolosos o culposos.

2. En la doctrina penal se ha considerado normalmente que el punto neurálgico de esta discusión radica en determinar en qué momento tiene que concurrir el objeto exigido por el delito. En otras palabras, es indiscutible que los delitos contra la vida humana independiente protegen la vida del nacido vivo; pero, la cuestión estaría en decidir en qué momento es preciso que se halle presente dicho objeto. Sobre ello algún autor considera que «las características exigidas por las prohibiciones penales deben concurrir en el momento de la acción» (27),

renda en torno a la punición de la tentativa idónea, en Estudios de Derecho Penal y Criminología, T. I, 1989, pp. 259 ss.

(22) En este sentido QUINTANO RIPOLES, A., *ob. cit.* en la nota 2, p. 617; GIMBERT ORDEIG, E., *ob. cit.* en la nota 14, p. 617; MUÑOZ CONDE, F., *ob. cit.* en la nota 1, p. 24 s.; BUSTOS RAMIREZ, J.: *Manual de Derecho penal* (P.E.), 1986, p. 55; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, I, 1981, p. 279 y CUERDA RIEZU, A. *ob. cit.* en la nota 2, p. 420.

(23) QUINTANO RIPOLLES (*ob. cit.* en la nota 2, p. 617) y ROMEA CASANOVA (*ob. cit.* en la nota anterior, p. 279 s.) proponen evitar la impunidad castigando, en su caso, por aborto imperfecto. CUERDA RIEZU, A. (*ob. cit.* en la nota 2, p. 422) propone la creación de un tipo penal que prohíba las lesiones —al menos las dolosas— provocadas en el feto durante el embarazo.

(24) En este sentido BAJO FERNÁNDEZ, M., *ob. cit.* en nota 1, p. 25 y COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *ob. cit.* en nota 1, p. 488.

(25) Así COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *ob. cit.* en la nota 1, p. 488.

(26) STAMPA BRAUN, *ob. cit.* en la nota 19, p. 550 y BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.* en la nota 1, p. 25 nota 60.

(27) CUERDA RIEZU, A., *ob. cit.* en la nota 2, p. 421.

por tanto estos supuestos que examinamos nunca podrían originar un delito contra la vida humana independiente. En cambio, quienes sustentan la segunda de las tesis expuestas anteriormente parecen conformarse con que el objeto concorra en el momento de producirse el resultado (28). Para tomar partido sobre esta cuestión distinguimos, en los delitos de resultado, tres momentos en relación con la cualidad del objeto: El momento de la manifestación de voluntad (acción en sentido estricto) (por ejemplo, la realización del disparo); el momento en que la acción incide directamente en el objeto (por ejemplo, cuando la bala entra en el cuerpo de la víctima) y el momento del resultado (por ejemplo, la muerte) (29).

A) Si admitimos que el objeto del delito tiene que concurrir ya en el primer momento, es decir, con la simple *manifestación de voluntad*, entonces se produce, incomprensiblemente, un vacío en la protección penal del bien jurídico en cuestión. Tomemos como ejemplo el siguiente caso: un sujeto coloca una bomba en la habitación destinada a los recién nacidos de una clínica, que se acaba de inaugurar y que por tanto está vacía, para que explote dos días después, cuando la ocupen los niños. Si estimamos decisivo el momento en que el sujeto manifiesta su voluntad, puesto que en el momento de colocar la bomba los niños afectados todavía no habían nacido, no podremos aplicar los delitos descritos en los artículos 405 ss. (30). Pero puesto que el ataque tampoco se produce sobre un ser humano en gestación, no cabría acudir a los tipos de aborto. La impunidad también tendría que ser la solución en el caso de que alguien dejase descuidadamente unos polvos venenosos en la misma habitación antes de su inauguración, que posteriormente los utiliza otra persona por error en la preparación de un biberón produciéndose la muerte o lesiones de un niño recién nacido. Es lógico, pues, pensar que las normas penales no se abstienen de brindar su protección también a aquellos objetos existentes en el momento de la manifestación de voluntad, pero que se hallarán presentes en el momento de la lesión. Y que, por lo tanto, prohíben también la realización de aquellas conductas objetivamente peligrosas en relación con un objeto, que no se halla presente en el momento de su realización, pero que estará presente cuando la conducta incida sobre el mismo.

B) Tampoco puede considerarse decisivo el momento en que se produce el resultado como determinante de la presencia del objeto

(28) En este sentido podría interpretarse la siguiente afirmación: «si el sujeto pretendía justamente (matar) y puesto que el homicidio es un tipo prohibitivo de causar un resultado, la conducta deberá ser calificada de homicidio doloso» (COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *ob. cit.* en la nota 1, p. 488):

(29) Cfr. KAUFMANN, Armin, *ob. cit.* en la nota 6, p. 569.

(30) Tampoco podría acudirse a la tentativa idónea ya que el autor conoce perfectamente el hecho que realiza y no existe ningún error o desconocimiento por su parte en relación con el objeto del delito.

típico. De ser así las conductas en las que no se ha llegado a producir el resultado previsto, es decir, las formas de imperfecta ejecución deberían permanecer impunes. Sólo podría castigarse —contrariamente a lo que indica el artículo 3 del Código penal— el delito consumado (31).

C) Por consiguiente, *el momento en el que tiene que concurrir la cualidad del objeto típico tendrá que ser aquél en el que la acción incida en el mismo*. En este sentido se manifiesta la doctrina dominante alemana, que niega por ello, la posibilidad de aplicar en los casos que examinamos los delitos contra la vida humana independientemente (32). No se considera posible aplicar dichos delitos cuando la conducta incide sobre el feto y no sobre una persona. En cambio, la solución tiene que ser distinta si la intervención prenatal incide directamente sobre el ser humano ya nacido. Estos casos son punibles conforme a los artículos 405 ss. y 419 ss. (33). En este sentido Eser cita como ejemplo de este último grupo de casos aquel en el que la madre contrae una infección vírica antes del nacimiento, con el fin de transmitírsela a su hijo después del nacimiento y a consecuencia de la cual el niño muere. Sin embargo, este supuesto sólo podrá ser calificado como un delito contra la vida humana independiente en el caso de la que madre transmite la infección vírica directamente al niño después del nacimiento, pero si contagia al embrión y la infección se advierte cuando el niño nace, no estaríamos ante este grupo de casos.

En los supuestos que examinamos la acción incide realmente en los dos objetos que entran en consideración. En primer lugar y directamente, la intervención prenatal incide objetivamente en el feto. Posteriormente e indirectamente la acción incide en el niño en la medida en que en él recaen las consecuencias de la misma. Por esta razón y para evitar la aplicación a estos casos de los delitos contra la vida humana independiente, Eser propone establecer el límite entre el aborto y los delitos descritos en los artículos 405 ss en el momento en que

(31) No me parece posible operar aquí —como propone BAJO FERNÁNDEZ, M., *ob. cit.* en la nota 1, p. 25 — con un razonamiento similar al de la problemática del «tempus commissi delicti» y acudir por ello a la teoría de la ubicuidad o del resultado. Por una parte, porque no tratamos de averiguar el momento en el que debemos considerar perpetrado el delito, sino, qué delito se ha realizado realmente. Se trata de un problema de tipicidad, es decir, de averiguar si las normas de los delitos contra la vida humana independiente pretenden evitar también ataques contra el ser humano en gestación. Por otra parte, tampoco la problemática del tempus commissi delicti tiene que ser resuelta mediante una solución única, aplicable a todos los supuestos (véase sobre ello CASABO, J. R. en *Comentarios al Código Penal*, T. II, 1976, p. 35 ss.).

(32) Cfr. entre otros Armin KAUFMANN, *ob. cit.* en la nota 6, p. 569; LÜTTGER, *ob. cit.* en la nota 6, p. 77; HORN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. II, Besonderer Teil, 4.^a Ed., 1989, § 212, número 4; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. II, Besonderer Teil, 4.^a Ed., § 218, número 6 y ROXIN, *ob. cit.* en la nota 17, p. 548.

(33) ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 23.^a Ed., 1988, § 211, Vorbem, número 15; LÜTGER, *ob. cit.* en la nota 6, p. 76 y RUDOLPHI, *ob. cit.* en la nota 32, § 218, número 6.

la acción *comienza a incidir* sobre el objeto. Así si ello tiene lugar antes del comienzo del nacimiento el hecho constituirá aborto, en cambio si la acción comienza a incidir en el niño después del nacimiento, el hecho se subsumirá, como ya hemos indicado, en los artículos 405 ss. (34). Este matiz que apunta Eser a la solución dominante en Alemania puede resultar ciertamente clarificador, pero no explica el porqué debe renunciarse en estos casos a la aplicación de los delitos contra la vida humana independiente, lo que constituye en realidad la cuestión de fondo.

Por todo lo expuesto hasta aquí podemos, pues, afirmar que simplemente del enunciado de los preceptos que examinamos no es posible deducir cuál de las dos interpretaciones es preferible. Aunque no siempre se haya visto así lo cierto es que si se parte de una interpretación estrictamente literal ambas tesis son perfectamente plausibles. Por ello es necesario acudir a otras formas de interpretación: sistemática y teleológica, con el fin de determinar el ámbito de aplicación de estos preceptos.

3. Este que nos ocupa constituye, pues, un problema de tipicidad, en el que lo decisivo será averiguar si realmente responde al sentido de los artículos 405 ss. y 419 ss. extender su ámbito de aplicación a todas las intervenciones prenatales, cuyo resultado se produzca en el nacido vivo. O si, por el contrario, dichos preceptos limitan su ámbito de aplicación a los comportamientos que inciden directamente sobre el nacido vivo. En este sentido me parece evidente que la legislación penal desea, mediante los delitos contra la vida humana dependiente e independiente proteger la vida humana en sus diversas fases de desarrollo. Y, del mismo modo que dicha protección, una vez iniciada debe hacerse extensiva, sin intervalos, a todos los períodos de evolución de la vida humana, no es preciso que tengan que existir ámbitos de doble protección. Como veremos a continuación, la voluntad de la ley parece clara en el sentido de establecer una delimitación precisa entre ambas clases de delitos y esta delimitación radica en nuestro Derecho en el momento posterior al nacimiento (35). Sólo cuando la conducta incida directamente en el recién nacido vivo serán, pues, de aplicación los delitos contra la vida humana independiente.

Y ello a pesar de que ciertamente y como indica Bajo Fernández, en algunas ocasiones la solución que aquí se sostiene puede resultar insatisfactoria, ya que por ejemplo, no parece correcto tener que dejar impunes los casos en los que el autor realiza ciertas actividades sobre

(34) ESER, *ob. cit.* en la nota 33, § 211, Vorbem número 15.

(35) Véase sobre el comienzo de la vida humana independiente la nota 14. No obstante algunos autores señalan que con el comienzo del nacimiento el ser humano vivo entra en un período de mayor exposición al peligro de las manipulaciones descuidadas. En mi opinión el adelanto del objeto de los delitos contra la vida humana no dependiente al comienzo del nacimiento sólo cabe en lege ferenda. (Cfr. MUÑOZ CONDE, *ob. cit.* en la nota 1, p. 24 s.).

la mujer embarazada (le hace ingerir medicamentos o bien le somete a radiaciones) con la intención de que el niño nazca con graves taras físicas o psíquicas (36). Pero debe tenerse en cuenta que la interpretación de un precepto no puede decidirse en base a la solución que parezca preferible de un grupo de casos en verdad muy poco frecuentes, sino más bien del examen del espectro total de casos que se verán afectados por dicha interpretación (37). Como veremos a continuación la solución que propone castigar en estos casos por los delitos contra la vida humana independiente se opone abiertamente a la voluntad de ley y, por ello, no puede sostenerse.

A) En primer lugar es preciso tener en cuenta que las penas que entrañan en consideración oscilan entre la pena de prisión menor o mayor, que son las penas correspondientes a los tipos básicos de aborto y las de reclusión menor y mayor, ésta última en su grado máximo, caso de considerarse el supuesto como asesinato (la muerte de un niño siempre lo es, según el T. S.). La mayor gravedad de las penas tendría que corresponderse, lógicamente, con una mayor gravedad de los hechos a los que se aplican. Sin embargo, el que la muerte se produzca en el exterior del seno materno no conlleva un aumento en la gravedad del hecho. Más bien sucede que, en muchos casos, el que la muerte no se produzca en el seno de la madre puede deberse a circunstancias que no dependen del autor. Ciertamente no consigo entrever a que finalidad político-criminal respondería el premiar —incluso con la impunidad si el aborto es imprudente— al que tiene la fortuna de que el niño muera en el claustro materno.

Pero, además, cabe considerar que la conducta de producir la muerte en el interior del claustro materno es incluso más grave que la conducta de provocar la expulsión y dejar que el niño muera en el exterior: En el primer caso se requiere un ataque más intenso, la vida de la madre corre más peligro y la del niño también, puesto que una vez en el exterior cabe aún la posibilidad de que se le socorra. Por ello tampoco se comprendería que si la intervención es tan grave que produce la muerte en el interior del claustro materno, se castigue menos o incluso no se castigue —en caso de imprudencia—; en cambio, si la intervención es menos grave de forma que conduce a la expulsión, deban aplicarse las penas de los delitos contra la vida humana independiente dolosos o imprudentes (38).

Todavía mayor desproporción se advierte al comparar la gravedad que comporta la conducta de dar muerte al feto de nueve meses mientras está naciendo, a la que, según nuestro Derecho positivo, le corresponde la pena de aborto y la conducta de dar muerte al feto en el interior

(36) *Ob. cit.* en la nota 1, p. 25.

(37) Armin KAUFMANN, *ob. cit.* en la nota 6, p. 570.

(38) Armin KAUFMANN, *ob. cit.* en la nota 6, p. 570.

del claustro materno produciéndose la muerte en el exterior, a la que se aplicaría la pena de reclusión menor, como mínimo.

B) Por otra parte, supondría ciertamente una confusión en cuanto a la protección de ambos bienes jurídicos el que cualquier conducta en principio típica de aborto pudiera constituir a la vez un posible delito contra la vida humana independiente. Si la muerte ha tenido lugar en el interior del claustro materno a consecuencia de una intervención prenatal, pero al realizar el ataque existiría dolo, siquiera eventual, de que la muerte pudiera producirse en el exterior sobre el nacido vivo, tendrá que castigarse también por el correspondiente delito intentado o frustrado contra la vida humana independiente. Si el aborto de un embrión de dos o tres meses ha resultado frustrado, pero el ataque ha producido lesiones en el feto que permanecen en el niño, tendrán que aplicarse los tipos de lesiones. En mi opinión, esto conduce a proteger al ser humano en gestación como si de un niño se tratara, contrariando así la voluntad de la ley que es la de distinguir entre ambos objetos de protección.

C) Que la voluntad de la ley no es la de castigar en estos casos por los delitos contra la vida humana independiente todavía se advierte con mayor claridad en relación con el delito de aborto imprudente. Según la doctrina dominante en nuestro país el aborto imprudente es impune, salvo lo dispuesto en el artículo 412 (39). Pero esta conclusión tendría que admitirse sólo si la muerte del feto tiene lugar en el seno materno. En cambio, si la muerte se produce en el exterior del mismo, la misma intervención prenatal se convertiría en un delito contra la vida humana independiente. La ampliación de los artículos 405 ss. y 419 ss. también a las intervenciones prenatales imprudentes produciría exactamente el mismo efecto que la punición del aborto imprudente. Por otra parte, comportaría el tener que admitir la existencia de normas que prohíben la realización de conductas descuidadas, cuyo resultado se produce sobre el nacido vivo, y no prohíben en cambio la realización de aquellas concuctas cuyo resultado se produce en el feto, lo que como se ha indicado anteriormente, en mucho casos no depende del autor (40). ¿Qué sentido tendría pretender determinar al autor con este tipo de normas que no podría seguir?

Si la muerte imprudente del feto se considera impune excepto en el supuesto indicado, con más razón se considerarán impunes las lesiones imprudentes sobre el feto. Ciertamente se puede argumentar que la producción de una lesión imprudente en el feto, que posteriormente

(39) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.* en la nota 1, p. 139.

(40) Si se castigasen las lesiones y la muerte del feto producidas en el exterior del seno materno a consecuencia de conductas imprudentes sobre el feto, advierte ROXIN, *ob. cit.* en la nota 17, p. 548, que todas las mujeres embarazadas vivirían con el temor constante que supondría la posibilidad aplicárseles los delitos contra la vida humana independiente y, por ello, en una situación de nervios constante que no favorecería el sano desarrollo del feto. Tampoco potenciaría en demasía el deseo de las mujeres de quedar embarazadas.

recaerá en el niño, puede constituir para el recién nacido y para su familia incluso un hecho más grave que la muerte (41). Pero esta valoración no se corresponde con la del Código Penal español (42).

4. Por todo lo expuesto hasta aquí considero adecuada la solución de la sentencia de castigar en un supuesto en el que el ataque se produce sobre feto y el resultado de muerte tiene lugar en el nacido vivo, por un delito de aborto y no por un delito contra la vida humana independiente. No entenderlo de este modo conduciría a diluir la frontera entre ambas clases de delitos y a otorgar al feto prácticamente la misma protección que al nacido vivo, lo cual no se corresponde con la voluntad de la ley que ha diferenciado entre ambos bienes jurídicos.

5. A pesar de lo expuesto debe, sin embargo, destacarse el hecho de que, en algunos casos, la posterior omisión que puede producirse al no socorrer al recién nacido vivo, puede adquirir relevancia típica. Tendrá que admitirse la comisión por omisión cuando el sujeto se encuentre en posición garante y concurran los restantes presupuestos necesarios para la imputación objetiva del resultado (43). Por consiguiente, en el grupo de casos que examinamos podrían producirse en realidad dos intervenciones que darían origen a dos delitos distintos. En primer lugar un delito de aborto por comisión y, en segundo lugar, un delito contra la vida humana independiente por omisión. De ser así la estructura que se producirá coincide con la indicada anteriormente (III/2) la solución será, por tanto, la que allí se ha propuesto. Sin embargo, no es posible desconocer el hecho de que al consistir la segunda intervención en un delito de omisión se plantean ciertos problemas adicionales, sobre todo en relación a la imputación objetiva del resultado de muerte a la inicial conducta de aborto. La discusión sobre si el delito de aborto debería entenderse consumado o frustrado nos conduciría a la discusión sobre si y en qué medida una omisión posterior puede interrumpir la relación de imputación objetiva entre la conducta inicial y el resultado (44).

V

1. Excluida la posibilidad de considerar el supuesto examinado como un delito contra la vida humana independiente, todavía nos queda por determinar si se trata de un delito de aborto consumado, tal como lo califica la sentencia. El hecho de que el niño haya muerto

(41) Así ARZT, Strafrecht, Resonderer Teil, Vol. I, 1977, p. 133 s.

(42) Véase también CUERDA, A. *ob. cit.* en la nota 2, p. 422.

(43) Las sentencias de 30 de diciembre de 1924 y 3 de junio de 1969 condenaron por infanticidio a quienes dejaron morir al recién nacido «no ligándole el cordón umbilical».

(44) Sobre esta cuestión véase la exposición que hace SILVA SÁNCHEZ, J., de las posiciones existentes en la doctrina alemana *Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo*, A.D.P.C.P., 1985, p. 196.

no determina una conclusión en este sentido pues, por diversas razones, la muerte puede encontrarse al margen del ámbito de protección de la norma del aborto.

2. En primer lugar, hay que tener en cuenta que con frecuencia se restinge el ámbito de aplicación del aborto a aquellas conductas que producen la muerte del feto en el interior del claustro materno, o bien en el exterior del mismo por carecer de las necesarias condiciones de viabilidad y madurez extrauterina (2). Generalmente se está pensando en los supuestos, sin duda los más frecuentes, en que el feto no posee la suficiente madurez cronológica para, una vez en el exterior, vivir separado de la madre (45). Pero la falta de viabilidad también puede tener su origen —como he indicado ya en II,2,C— en alguna lesión orgánica producida en el feto durante la intervención prenatal que le impida continuar viviendo en el exterior del seno materno. Ciertamente no existe ningún fundamento para excluir del tipo de aborto estos supuestos que acabo de citar. De no subsumirse en el delito de aborto tendría que permanecer impunes, a no ser que pudieran ser estimados como aborto frustrado si existiera dolo de producir la muerte del feto en el interior del claustro materno, puesto que no pueden subsumirse tampoco en los delitos contra la vida humana independiente por incidir directamente la agresión en el feto.

3. Pero el caso que se plantea en la sentencia es distinto de los dos anteriores por cuanto que *la muerte del niño no es consecuencia de su falta de viabilidad*. Con más de ocho meses de gestación intrauterina el recién nacido no puede ser considerado como neonato inmaduro, ni tampoco consta en los fundamentos de derecho de la sentencia que el niño adoleciera de alguna lesión o enfermedad producida por la intervención prenatal, que le imposibilitara vivir separado de la madre. De no haber contraído la enfermedad de la membrana hialina el recién nacido tenía posibilidades de continuar viviendo en el exterior del seno materno. Incluso una vez contraída la enfermedad tenía también posibilidades de superarla, puesto que no se trata de una enfermedad mortal de necesidad, aunque los índices de mortalidad son muy elevados en los casos graves (46). Por consiguiente, la cuestión radica en determinar si este grupo de casos en los que la muerte del niño se debe a circunstancias distintas de su falta de capacidad para vivir en el exterior del claustro materno, pertenecen también al ámbito del aborto.

(45) En la sentencia que comento se define el aborto como «la muerte maliciosa de un feto o producto de la concepción humana, ya privándole de la vida intrauterina dentro todavía del claustro materno, ya empleando los medios que provocan la expulsión prematura, produciéndose la muerte en el exterior por falta de condiciones de viabilidad de la vida del nasciturus en estado de dependencia que, por no poder perdurar autónomamente al ser separado de forma prematura del albergue natural materno, periclitó y se destruye al igual que si se hubiese puesto fin a la misma en el seno de la gestante».

(46) Cfr. CRUZ HERNÁNDEZ, M., *ob. cit.* en la nota 5, p. 117.

Su exclusión constituye la consecuencia lógica de considerar que el delito de aborto protege el bien jurídico vida humana dependiente sólo en su fase de desarrollo en el seno materno hasta que el feto alcanza la suficiente madurez extrauterina para vivir separado de la madre, es decir, hasta que adquiere condiciones de viabilidad extrauterina. En este sentido el dar a luz prematuramente, a consecuencia de una intervención prenatal dolosamente realizada, un niño que posea suficientes condiciones de viabilidad extrauterina, constituirá en todo caso un delito de aborto frustrado (47). No me parece, sin embargo, que exista una justificación legal suficiente para excluir estos supuestos del delito de aborto consumado. Si se atiende al hecho de que la finalidad del aborto es la de proteger la vida humana durante el período de desarrollo de la misma en el interior del seno materno, el ámbito de aplicación de este delito deberá extenderse a todas aquellas conductas que comporten un riesgo para la vida del ser humano en formación, durante este período. Dicho riesgo puede crearse agrediendo al feto directamente en el interior del claustro materno, o bien expulsándole prematuramente al exterior. En este último caso el peligro será lógicamente mayor en relación con el menor desarrollo del feto: si la expulsión es dentro de los primeros meses de gestación ni siquiera existirá la posibilidad de vida extrauterina, en cambio, si es posterior las posibilidades de vida extrauterina irán en aumento. Pero, en cualquier caso si lo que se desea es evitar el peligro que representa para la vida del feto la interrupción prematura del embarazo, *tendrá que castigarse por aborto consumado siempre que la muerte del feto en el exterior del seno materno constituya no sólo la consecuencia de dicha interrupción, sino además la realización del peligro creado por la misma.* Esto implica extender el ámbito del aborto, más allá de los casos en los que la muerte del niño tiene su origen en la falta de viabilidad extrauterina, a todos aquellos supuestos en los que el niño muere por otras causas que tienen su origen en la interrupción del embarazo (48), aunque lógicamente sólo cuando la muerte constituya la realización del peligro creado por la conducta de aborto. Supondría una extensión incorrecta del delito de aborto el aplicarlo a supuestos en los que la muerte del niño es consecuencia de lesiones o dolencias que no tienen su origen en la intervención prenatal. Tampoco sería correcto aplicar el delito de aborto consumado en casos en los que la muerte del niño a pesar de ser consecuencia de la agresión prenatal, no constituye la realización del riesgo creado mediante dicha intervención, porque por alguna razón puede considerarse interrumpida la necesaria relación de riesgo entre la conducta y el resultado.

(47) Así, por ejemplo, ROXIN, *ob. cit.* en la nota 17, p. 546.

(48) En este sentido los autores citados en la nota 1. En Alemania defienden este punto de vista ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 218, número 7 y RUOLPHI, SK, § 218, número 5.

De las consideraciones hechas hasta aquí se desprende que la *inmediatez de la muerte del niño no constituye un requisito del tipo de aborto consumado* (II.2.D). Es indiferente que la muerte tenga lugar inmediatamente después de la expulsión, o bien horas, días o quizás años más tarde. Lo único decisivo para el tipo de aborto consumado es que la muerte constituya la consecuencia del ataque realizado sobre el feto, o bien de las lesiones producidas por dicho ataque, y que además pueda imputársele objetivamente en cuanto que suponga la realización del peligro creado con dicha agresión. De otro modo se crearía una incomprensible laguna en relación con la protección de la vida humana y, por otra parte, se dejaría en las manos del médico la posibilidad de evitar la punición por aborto retardando artificialmente, el momento de la muerte del niño (49).

VI

A modo de *conclusión* sólo me resta examinar el supuesto de hecho de la sentencia a la luz de las consideraciones hechas anteriormente. En primer lugar, y por las razones indicadas en el apartado IV, estimo, al igual que la sentencia del Tribunal Supremo, *que se trata de un delito de aborto y no de un delito contra la vida humana independiente*. La intervención prenatal incide directamente sobre el feto, que es expulsado del claustro materno antes de concluir el período de gestación. Sólo si la agresión hubiese incidido directamente sobre el recién nacido podría tratarse de un delito contra la vida humana independiente.

En segundo lugar, aún a pesar de que se haya producido la muerte del recién nacido, *cabe plantear si nos encontramos realmente ante un delito de aborto consumado*. El que la muerte del niño no se deba a su falta de viabilidad, es decir de capacidad de vida en el exterior del claustro materno, no afectaría a la calificación de los hechos como aborto consumado. Ni tampoco el que la muerte haya tenido lugar, no inmediatamente después del nacimiento, sino cuatro días más tarde. Porque, por lo expuesto en el apartado V, lo decisivo para que concurra el tipo objetivo del delito de aborto consumado es que la muerte del niño sea consecuencia de la intervención sobre el feto. Es igual que la muerte tenga lugar directamente en el interior del claustro materno o bien en el exterior por las lesiones producidas

(49) También GARCIA VICTORIA, A., *ob. cit.* en la nota 2, p. 99, prescinde de la inmediatez temporal entre el aborto y la muerte como requisito del tipo de aborto consumado. La cuestión es debatida en Alemania: Consideran necesaria una estrecha relación temporal JAHNKE, EN *Leipziger Kommentar*, 1983, § 218, número 13; ARTZ, *ob. cit.* en la nota 41, p. 135 y TEPPERWIEN, I., *Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?*, 1973, p. 109 ss. Prescinden, sin embargo, de este requisito ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 218, número 8 y RUDOLPHI EN SK, § 218, número 5 entre otros.

en el feto con la agresión o por otra causa que tenga su origen en la intervención. Pero además también es preciso que la muerte constituya la realización del peligro creado con la intervención prenatal. Por tanto, sólo en la medida en que podamos confirmar que concurren ambos requisitos así como, en la parte subjetiva, el dolo de matar al feto (50), podrá concluirse que la calificación de aborto consumado es correcta. La cuestión, por lo tanto radica, en comprobar *si la enfermedad que afectó al niño fue consecuencia del adelanto del momento del parto*. Se precisa una comprobación de este caso en concreto, ya que la enfermedad de la membrana hialina con ser muy frecuente en los niños prematuros, no sólo es posible en éstos (51). En el caso de que la enfermedad no fuese consecuencia del adelanto del parto, o bien no llegase a establecerse la relación de causalidad entre ambos, no podría calificarse como aborto consumado. Sólo si la comprobación de dicha relación de causalidad se hubiere realizado, lo que no se desprende con claridad de la sentencia (52), la tipicidad objetiva del aborto consumado podría entenderse realizada, puesto que también concurría la necesaria relación de riesgo entre la conducta y el resultado (la citada enfermedad constituye ciertamente uno de los riesgos que se pretenden evitar prohibiendo el adelanto del parto).

(50) El Tribunal Supremo considera provado el dolo directo de abortar «no solo en el momento inicial en el que la encausada se prestó a las manipulaciones antes contadas, sino en todo el tiempo que subsiguió a las mismas». Si la mujer quiso con dolo directo, o como mínimo con dolo eventual, la muerte del feto en el interior del claustro materno, existiría un error irrelevante sobre el curso causal si la muerte del feto en el exterior fuera imputable a la expulsión prematura.

(51) Como he indicado en al nota 5 el mayor número de casos corresponde a niños prematuros, pero también se puede presentar en otros recién nacidos. En realidad el origen de la membrana hialina es todavía objeto de discusión. (Cfr. CRUZ HERNÁNDEZ, M., *ob. cit.* en la nota 5, 116 ss.).

(52) En la sentencia se dice «por su condición de prematuro, como es frecuente en los mismos, el niño nació con una afección denominada neumopatía de membranas hiales, que le causó la muerte».

Jurisprudencia Constitucional

**PUBLICADA EN OCTUBRE-DICIEMBRE DE 1989
Y CON APLICACION EN MATERIA PENAL**

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA

Universidad Autónoma. Madrid

I. CONSTITUCION

ARTÍCULOS 14 Y 24.1

Derecho a la igualdad, tutela judicial e interdicción a la indefensión

Ver sentencia número 156/1989, de 5 de octubre, sobre *Antejuicio a Jueces y Magistrados*, artículos 757 y sgs. L. E. Cr.

ARTÍCULOS 17.4 Y 24.2

Derecho al Juez natural y a la obtención del «habeas corpus»

Ver sentencia número 194/1989, de 16 de noviembre, sobre *Competencia. Jurisdicción militar. Guardia Civil*, artículo 2, párrafo 2 de Ley Orgánica 6/1984, de 25 de mayo.

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de la resolución

Ello no obstante, debe recordarse que este Tribunal ha señalado que el requisito de la motivación no comporta constitucionalmente que el Juez o Tribunal haya de efectuar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado, no siendo procedente utilizar el recurso de amparo para el enjuiciamiento o censura de la parquedad del mismo. En concreto tratándose del auto de archivo de las diligencias penales, no resulta obligado un pormenorizado

análisis de los elementos integrantes del tipo o de los tipos por los que la querella fue formulada. Basta, por el contrario, que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos, aunque dicho objetivo se cumpla por remisión a anteriores resoluciones (SSTC 56/1987, 13/1987, 100/1987, y 150/1987, entre otras).

(Sentencia número 191/1989, de 16 de noviembre. RA 849/1987. «B.O.E.» de 5 de diciembre de 1989. Ponente: Fernando García-Mon y González Regueral).

Derecho a la tutela judicial efectiva

Ver sentencia número 175/1989, de 30 de octubre, sobre *Querella: inadmisión Artículo 313 L.E.Cr.*

Indefensión

El derecho a la defensa reconocido en el artículo 24.1 de la C.E., implica la posibilidad de un juicio contradictorio en que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos (STC 101/1986). De ahí la especial transcendencia de los actos de comunicación del órgano judicial con las partes, es especial, de aquel que se hace a quien ha de ser o puede ser parte en el procedimiento, pues, en tal caso, el acto de comunicación es el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados (STC 36/1989). Se trata, pues, con dichos actos de comunicación de garantizar la defensa de los derechos e intereses legítimos de las partes, de modo que, mediante la puesta en su conocimiento del acto o resolución que los provoca, tengan aquéllas la oportunidad de disponer lo conveniente para defender en el proceso sus derechos e intereses, de tal manera que su falta o deficiente realización, siempre que se frustre la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión que es lesiva al derecho fundamental citado, salvo que la falta de comunicación tenga su causa en la pasividad o negligencia del interesado que adquirió conocimiento del acto o resolución por otros medios distintos (SSTC 9/1983, 22/1987, 72/1988 y 205/1988).

Por ello, y aun con mayor atención en el proceso penal, el emplazamiento y citación han de ser realizados por el órgano judicial con todo el cuidado y respeto de las normas procesales que regulan dichos actos de comunicación como deber específico integrado en el de la tutela judicial (STC 157/1987), dado que el emplazamiento y, en su caso, la citación no son un formalismo, sino una garantía para el afectado en el procedimiento y una carga que corresponde llevar a cabo el órgano judicial, que forma parte del contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 24 de la C.E. (STC 37/1984).

En consecuencia, es esencial a los referidos actos de comunicación la recepción de la célula por el destinatario y las constancia en las actuaciones, a salvo los casos de citación edictal, de que se ha entregado a quien debe recibirla, siempre con el designio, de que, llegando a poder del interesado, pueda éste disponer

de su defensa (STC 1/1983). De aquí que el artículo 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aun cuando permite que los actos de comunicación puedan practicarse por medio de correo, de telégrafo o de cualquier otro medio técnico, condiciona su utilización a la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma.

(Sentencia número 142/1989, de 18 de septiembre RA 1336/87. «B.O.E.» de 18 de octubre de 1989. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero).

Para resolver dicha pretensión de amparo, con lo cual concuerda el Fiscal, procede recordar que este Tribunal, de manera constante y uniforme, viene declarando que los órganos judiciales tienen el deber de cumplir las normas reguladoras de los actos de comunicación procesal —notificaciones, citaciones y emplazamientos— y que este deber forma parte integrante del derecho a la tutela judicial, en forma tal, que su omisión o defectuosa realización que impidan la adquisición por las partes litigantes del conocimiento que es preciso para que puedan ejercer sin limitaciones indebidas su derecho de defensa, constituye vulneración del referido derecho fundamental. A no ser que el resultado de indefensión tenga su causa en el desinterés, pasividad o negligencia del interesado que adquirió, a pesar del defecto de comunicación, conocimiento del acto o resolución judiciales por otros medios distintos (SSTC 22/1987, 72/1988 y 16/1989 entre otras).

(Sentencia número 166/89, de 16 de octubre. RA 1686/1987. «B.O.E.» de 7 de noviembre de 1989. Ponente: Eugenio Díaz Eimil).

ARTÍCULO 24.2

Presunción de inocencia

Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, la presunción de inocencia exige para ser desvirtuada, en primer lugar, que la Sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y, en segundo, que dicha actividad probatoria sea efectivamente incriminatoria, para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea tanto con respecto a la existencia del hecho punible como en todo lo atinente a la participación que en él tuvo el acusado.

A) Examinadas las enunciadas exigencias constitucionales a la luz de la mencionada doctrina, se observa que no todo acto procesal constituye un acto de prueba, sino, antes al contrario, por actos de prueba sólo cabe entender los practicados en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de contradicción e inmediación del órgano judicial decisor, pues este Tribunal tiene declarado que las pruebas a las que se refiere el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L.E.Cr., en adelante) son «las pruebas practicadas en el juicio» (STC 31/1981), debiéndose exceptuar exclusivamente de dicha regla la prueba sumarial «anticipada y preconstituida», siempre y cuando en su ejecución se haya garantizado la aplicación de los referidos principios de contradicción e inmediación de un órgano judicial, de un lado, y pueda preverse su imposibilidad de reproducción en el juicio oral, de otro (STC 80/1986 y 150/1987).

Las anteriores exigencias constitucionales son de entera aplicación en el juicio de faltas, pues, tal y como este Tribunal también tiene declarado, dicho procedimiento no está informado por el principio inquisitivo, sino por el acusatorio (STC 54/1985). Además, no existe prescripción alguna en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que consagre la existencia de una fase instructora, limitándose el artículo 2 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 a sugerir al Juez a que evacúe «con la mayor urgencia las actuaciones preliminares o preparatorias», las cuales, como su nombre indica, tienen como finalidad preparar el juicio oral mediante la realización de los actos de investigación imprescindibles para la determinación del hecho y de su presunto autor, pero sin que tales actos constituyan, en sí mismos considerados, actos de prueba, salvo que en ellos concurran los anteriormente enunciados requisitos de la prueba sumarial anticipada o preconstituida, cuya relevancia ha de ser menor en este tipo de procedimiento en el que el legislador pretendió incrementar el principio de oralidad y el de inmediatez temporal en la celebración del juicio (artículo 964 L.E.Cr.).

B) En segundo lugar, la presunción de inocencia es una presunción que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba, pero incluyendo dentro de los hechos, como es lógico, la prueba de la autoría de quien resulte imputado o su participación, pues la inocencia de la que habla el artículo 24 de la Constitución ha de entenderse en el sentido de la no autoría, no producción del daño o no participación en él (SSTC 141/1986 y 92/1987, entre otras). En este sentido, si bien el Juzgador dicta Sentencia apreciando según la conciencia ha de hacerse, conforme a lo antes expuesto, sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo y contenga elementos incriminadores respecto de la participación del acusado en el hecho, y consecuencia de todo ello es que la función del Tribunal Constitucional, cuando se alega la presunción de inocencia, consiste en verificar si ha existido ese mínimo de actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, es decir, que además de los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada, de los mismos se pueda deducir la culpabilidad del acusado (SSTC 105/1986, 169/1986, 44/1987 y 177/1987, entre otras muchas).

(Sentencia número 150/89, de 25 de septiembre. RA 517/1987. «B.O.E.» de 18 de octubre de 1989. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

El derecho a la presunción de inocencia, que alcanza rango de derecho fundamental tras su constitucionalización en el artículo 24.2 de la Norma Suprema, ha dado lugar a una constante jurisprudencia constitucional que se asienta sobre las siguientes notas esenciales: a) como consecuencia de la vigencia de esta presunción constitucional la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la acusación y no a la defensa (STC 70/1985), de tal manera que, en el proceso penal, sin que se pueda constitucionalmente exigir a la defensa una *probatio diabolica* de los hechos negativos (SSTC 150/1987: 82, 128 y 187/1988); b) por prueba en el proceso penal, como regla general, tan sólo cabe entender la practicada bajo la inmediación del órgano jurisdiccional decisor y la vigencia de los principios constitucionales de contradicción y de publicidad, esto es, «las pruebas a las que se refiere el artículo 741 son las pruebas practicadas en el juicio» (STC 31/1981); c) de la anterior regla general, tan sólo cabe exceptuar los supuestos de prueba

preconstituida y anticipada (SSTC 80/1986 y 37/1988), que no alcanzan a cualquier acto de investigación sumarial, sino tan sólo a aquéllos, con respecto a los cuales se prevé su imposibilidad de reproducción en el juicio oral y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción; d) por consiguiente, no constituyen, en sí mismo, acto de prueba, los atestados de la policía judicial que procesalmente gozan del valor de denuncias (artículo 297 L.E.Cr.), por lo que no constituyen un medio sino, en su caso, un objeto de prueba (SSTC 31/1981 y 9/1984); e) por la misma razón, tampoco son medios de prueba las declaraciones de la policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los artículos 297.2 y 727 L.E.Cr., que tales funcionarios presten declaración en el juicio oral, debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales, en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio (STC 100/1985), y e) observadas las anteriores prevenciones, así como la obligación de razonamiento de la prueba, el órgano jurisprudiccional de instancia es soberano en la libre apreciación de la prueba, sin que puede este Tribunal entrar a conocer acerca de la valoración de la prueba efectuada por el Juez o Tribunal ordinario, toda vez que este Tribunal Constitucional no constituye Tribunal de apelación alguno (SSTC 55/1982, 124/1983, 140/1985, 254/1988).

Por lo que atañe al pretendido valor como prueba de cargo del atestado policial, debe reiterarse, una vez más, que dicho atestado, aunque es un elemento importante tanto en la fase de las pruebas practicadas en el juicio oral, no puede en modo alguno venir a sustituirlas. De manera que el atestado policial, conforme prescribe el artículo 197 de la L.E.Cr., y se desprende del propio contendio esencial del derecho fundamental controvertido, debe tener sustancialmente el valor de denuncia para los efectos legales con respecto al hecho constatado y al autor a quien se imputa; su alcance, por tanto, ha de situarse en su debido contexto: el de fase de averiguación o instrucción sumarial.

En virtud de lo expuesto, sólo puede concederse valor de auténtico elemento probatorio en el proceso al atestado si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de policía firmantes del mismo, con la finalidad de preservar los principios constitucionales de oralidad y de contradicción por la parte acusada, que permitirán un adecuado ejercicio del derecho de defensa con las garantías procesales debidas; todo ello sin perjuicio de matizaciones o excepciones como son los supuestos en los que las diligencias policiales no reflejan simples declaraciones testificales sino pruebas que puedan considerarse *lato sensu*, como periciales o que resulten de imposible repetición posterior; pero ninguna de estas excepciones concurre en el presente supuesto de hecho. Por lo demás, con esta doctrina (SSTC, entre otras, 31/1981, 100/1985, 101/1985, 145/1985, 22/1988, 5/1989, etc.) no se pretende minusvalorar el alcance del atestado policial, sino antes bien situarlo en su adecuado lugar en el proceso que no es el que corresponde a la prueba. Precisamente esta impostación, que el legislador recoge en los artículos 297 y 741 de la L.E.Cr., impide a los tribunales ordinarios (entre otras razones por su sometimiento al imperio de la Ley que el artículo 117.1 de la Constitución prescribe) formar su convicción en torno a la autoría de los hechos únicamente sobre la base de los atestados las necesarias garantías procesales de inmediación y contradicción.

(Sentencia número 182/1989, de 3 de noviembre. RA. 649/1987. «B.O.E.» de 4 de diciembre de 1989. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

ARTÍCULO 25.1

Principio de legalidad

El principio de legalidad penal reconocido en el artículo 25.1 de la Constitución es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también en el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica (SSTC 62/1987), así como con la prohibición de la arbitrariedad y en el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el artículo 24.2 y el artículo 117.1 de la C.E., especialmente cuando éste declara que los jueces y magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la ley».

En concreto, el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador conforme a reiterada doctrina de este Tribunal (entre otras, SSTC 159/1986, 42/1987 y 133/1987), comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial transcendencia del principio de seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la existencia de una ley (*lex scripta*): que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*): y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). La segunda garantía, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras, por cuanto, como este Tribunal ha afirmado reiteradamente, el término «legislación vigente» contenido en dicho artículo 25.1 de la C.E. es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora.

La aplicación de la doctrina anterior conduce a la conclusión de que la sentencia impugnada infringe el principio de legalidad del artículo 25.1 de la C.E. En efecto, de la sentencia se deduce, de una parte, que los hechos en virtud de los cuales ha sido condenado el hoy recurrente de amparo acaecieron en los primeros meses del año 1979; y, de otra, que el juez condena al recurrente como autor de una falta de imprudencia con resultado de daños por su condición de gerente de la empresa, sin hacer razonamiento alguno sobre su participación en los hechos ni relacionar la producción de los daños con alguna acción imprudente o infracción del deber de cuidado por parte del mismo, como antes quedó dicho, y basa la autoría del condenado en los artículos 15 bis. y 14 del Código penal, a pesar de que el primero de los citados preceptos fue incorporado al Código por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio. Resulta evidente, por tanto, que el Juez de Instrucción fundamenta únicamente la conducta del recurrente en su condición de gerente, en aplicación retroactiva del artículo 15 bis. del Código, que ordena que «el que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma responderá personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre actuare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera

para poder ser sujeto activo del mismo». Por ello, con independencia de si el hoy recurrente hubiera o no podido ser condenado en concepto de autor de la falta de imprudencia en base a los mismos hechos sin aplicación retroactiva del artículo 15 bis. del Código penal, cuestión ésta de estricta legalidad ordinaria que incumbe resolver en exclusiva a los Tribunales de la jurisdicción penal, lo cierto es que el recurrente ha sido condenado en aplicación de una disposición legal (artículo 15 bis. del Código penal) que no estaba vigente en el momento de ocurrir los hechos objeto del proceso, lo que supone aplicar retroactivamente la ley penal y, en consecuencia, la violación del principio de legalidad penal reconocido en el artículo 25.1 de la Constitución, por lo que procede otorgar el amparo también por este concepto motivo.

(Sentencia número 150/1989, de 25 de septiembre. RA 517/1987 «B.O.E.» de 18 de octubre de 1989. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

ARTÍCULO 25.2

Derecho a la reinserción social: derecho del interno a un puesto de trabajo

El artículo 25.2 de la C.E., después de señalar como orientación de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, la reeducación y la reinserción social, establece, por una parte, que el condenado a dichas penas, mientras las cumple goza de los derechos fundamentales, en la medida en que no se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria; por otra, reconoce, junto al acceso a la cultura y al desarrollo de la personalidad del interno, un derecho al trabajo remunerado que participando de los caracteres de los derechos prestacionales tiene conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, dos aspectos: la obligación a crear la organización prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente.

En el primer aspecto existe, ciertamente, un específico deber de la Administración Penitenciaria de crear y proporcionar los puestos de trabajo que permitan sus disponibilidades presupuestarias, y un mandato, incluso, al legislador, conforme el artículo 53.3 de la C.E. de que atienda a la necesidad de pleno empleo de la población reclusa, según las posibilidades socioeconómicas y sin perder de vista, precisamente, la indicada finalidad reeducadora y de reinserción social, que por disposición constitucional, tiene la pena. Y, desde el punto de vista subjetivo de quien está cumpliendo pena de prisión, es un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a la naturaleza, su total exigencia de forma inmediata (SSTC 82/1986 y 2/1987).

En el segundo aspecto, como derecho a la actividad laboral dentro de la organización prestacional existente, sí debe reconocerse una situación jurídica plenamente identificable con un derecho fundamental del interno, con la doble condición de derecho subjetivo y elemento esencial del ordenamiento jurídico (SSTC 25/1981 y 163/1986) exigible, frente a la Administración Penitenciaria en las con-

diciones legalmente establecidas [artículo 26.2 e), capítulo segundo de la Ley General Penitenciaria, artículo 182.2 d) y capítulo cuarto del título III del Reglamento Penitenciario], tanto en vía jurisprudencial como, en su caso, en sede constitucional a través del recurso de amparo.

De acuerdo con los citados criterios, reiteradamente expuestos por la jurisprudencia de este Tribunal (AATC 256/1981, 1112/1988, 95/1989 y PTC de 13 de marzo de 1989, RA 1573/1988), la Administración penitenciaria debe superar gradualmente las situaciones de carencia o de imposibilidad de proporcionar a todos los internos un trabajo retribuido, arbitrando las medidas necesarias a su alcance, y observando mientras tanto no se consiga el pleno empleo de la población reclusa, el orden de prelación que el artículo 201 del Reglamento penitenciario establece para distribuir los puestos de trabajo disponibles. Pero únicamente tendrá relevancia constitucional el amparo del derecho al trabajo del penado si se pretende un puesto de trabajo existente al que se tenga derecho dentro del orden de prelación establecido, que no puede ser objeto de una aplicación arbitraria o discriminatoria.

(Sentencia número 172/1989, de 19 de octubre. RA 579/1987. «B.O.E.» de 7 de noviembre de 1989. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

II. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULOS 166 Y SIGUIENTES

Notificaciones, citaciones y emplazamientos

Ver sentencias números 142/1989, de 18 de septiembre y 166/1989, de 16 de octubre, sobre *Indefensión y Derecho a la tutela judicial efectiva*. Artículo 24.1 C.E.

ARTÍCULO 312

Práctica de medios de investigación

Por otra parte, los querellantes tampoco ostentan un derecho ilimitado a la práctica de los medios de investigación propuestos, ya que éstos están condicionados por la apreciación de su pertinencia que corresponde, en principio, al propio órgano instructor (artículo 312 L.E.Cr.) sin que tal consideración sea revisable en sede constitucional a menos que aparezca manifiestamente infundada o carente de apoyo en las actuaciones practicadas, o sea debida a la arbitrariedad denegación de la necesaria actividad investigatoria.

En efecto, el sumario y, en general, la instrucción tiene por objeto establecer si los hechos que se investigan pueden ser o no constitutivos de delito, y tal finalidad se cumple cuando el material reunido permite al juez afirmar que el *factum* no es subsumible en ninguno de los tipos penales. En tal supuesto, como declara, entre otras la STC 150/1988, resulta no sólo inútil sino improcedente cualquier medida investigadora que sin poder alterar la convicción del juez, su-

pondría una indebida prolongación de la tramitación de la causa contraria a los propios postulados constitucionales que obligan a no alargar innecesariamente la fase sumarial en perjuicio de los querellados (STC 89/1986).¹

En definitiva, cuando las diligencias efectivamente practicadas demuestran para el juez o tribunal la inexistencia del delito y esta circunstancia se pone de manifiesto en la correspondiente resolución no es preciso un rechazo particularizando de las demás diligencias propuestas (AATC 819/1985, 262/1986, entre otros). Tampoco en este extremo se ha vulnerado el artículo 24 de la Constitución.

(Sentencia número 191/1989, de 16 de noviembre. RA 849/1987. «B.O.E.» de 5 de diciembre de 1989. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral.

ARTÍCULO 313

Querella: inadmisión

El derecho a la tutela judicial efectiva, protege también al querellante y comprende el derecho al proceso, el denominado *ius ut procedatur*, de acuerdo con el deber de instruir que la Ley procesal penal impone al órgano judicial, tal y como viene reiterando la doctrina de este Tribunal, en una constante jurisprudencia (SSTC 108/1983; 1/1985 y 148/1987 y el Auto de 10 de junio de 1987). Sin embargo, esto no supone que quien ejerce la acción de forma de querella, en el marco del artículo 24.1 de la Constitución, tenga siempre «un derecho incondicionado a la apertura y plena satisfacción del proceso penal, sino sólo a un pronunciamiento motivado del juez en fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos expresando, en su caso, las razones por las que se inadmite su tramitación» (STC 148/1987, fundamento jurídico 2.º).

Una vez sentado esto, no sólo por el hecho de que las resoluciones impugnadas hayan inadmitido o rechazado la querella, formulada en su día por los recurrentes, se puede decir que tal inadmisión vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, ni siquiera porque el juzgado instructor haya abierto las llamadas «diligencias indeterminadas», o porque no haya practicado las pruebas propuestas por los querellantes, siguiendo alguno de los procedimientos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Efectivamente, el derecho al proceso del querellante no supone que el juez no tenga la libertad necesaria para proceder como crea conveniente, de acuerdo con los dictados de su propia experiencia, y en conexión con la naturaleza de los hechos que es llamado a conocer, sobre todo, cuando se trata de unas actuaciones administrativas, susceptibles, por sí mismas, de una cierta apreciación objetiva, de manera que, si esa valoración es negativa, y se llega a una inadmisión o desestimación de la querella, como es el caso, no por ello se lesioná tal derecho si se cumple con lo establecido en el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, siempre que «el órgano judicial entienda razonadamente que la conducta o los hechos imputados carecen de ilicitud penal» (STC 148/1987). El actuar en estos términos, por lo demás, es decir, efectuando una valoración negativa, en una subsunción apriorística que permite el precepto citado, deja fuera de cuestión el tema de la oportunidad o rectitud de las «diligencias indeterminadas» y el de la práctica de las pruebas

propuestas por los querellantes conforme a procedimientos legalmente reglados, en el presente caso, por no ser aquí de aplicación, ya que la inadmisión fundada de la querella, como dice el Ministerio Fiscal en su informe «no viola el derecho a la tutela judicial efectiva salvo que, como este tribunal ha reiterado, sea manifiestamente irrazonable, infundada, o *prima facie* errónea, o contraria al contenido esencial del derecho».

Por tanto, desde este punto de vista debemos examinar someramente las resoluciones impugnadas.

(Sentencia número 175/1989, de 30 de octubre. RA 1500/1987. «B.O.E.» de 4 de diciembre de 1989. Ponente; José Luis de los Mozos y de los Mozos).

ARTÍCULO 741

Libre apreciación de la prueba

Ver sentencia número 182/89, de 3 de noviembre, sobre *Presunción de inocencia*. Artículo 24.2 C.E.

ARTÍCULO 757 Y SIGUIENTES

Antejuicio para exigir responsabilidad criminal a los jueces y magistrados

Por otra parte, es cierto que en la STC 61/1982 invocada por los actores este Tribunal declaró la adecuación y legitimidad constitucional de la institución del antejuicio previsto para los casos en que un ciudadano intente exigir responsabilidades penales a jueces y magistrados por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (artículo 757 y siguientes L.E.Cr.). Pero de tal reconocimiento no puede derivarse la conclusión de otras fórmulas técnicas no sean igualmente acordes con los postulados constitucionales para conseguir lo que con el antejuicio se persigue, y mucho menos que, como sostienen los actores, la aplicación a aquellos casos del régimen ordinario para la inadmisión de la querella sea atentatorio al principio de igualdad. Siendo el antejuicio una garantía institucional de la jurisdicción contenida en la legislación procesal penal anterior a la Constitución y no contraria a ésta, aunque tampoco por ella exigida, es evidente no sólo que su actual regulación legal podría ser reformada por el legislador, sino también que mientras esté en vigor debe ser interpretada de conformidad con la Constitución, evitando que se convierta en privilegio injustificable o en obstáculo indebido y contrario a su finalidad objetiva.

De la STC 61/1982 citada se infiere que las únicas particularidades admisibles al régimen común en las querellas contra jueces y magistrados son aquellas que estando legalmente establecidas, no representan un privilegio que responda a motivos personales concurrentes, sino que deriven necesariamente de la protección a la función por aquéllos ejercida. Ahora bien, la aplicación del artículo 313 L.E.Cr. en el caso presente y por las razones que analizaremos en los fundamen-

tos siguientes no constituye un privilegio para el magistrado contra el que se dirigió la querella, y sí que sería discriminatoria en el momento actual y sin previsión restrictiva y explícita del legislador la no aplicación a querellas como la de este caso del artículo 313 en cuestión que permite, como regla general para toda querella. Su rechazo por resolución motivada (artículo 312 L.E.Cr.) cuando el Tribunal competente pueda apreciar simple y directamente que «los hechos en que se funde no constituyen delito».

Este Tribunal ha dicho reiteradamente que la tutela judicial se presta no sólo con una resolución sobre el fondo, sino también con una de inadmisión siempre que ésta esté fundada en términos de Derecho. Tienen razón los recurrentes al afirmar que una fundamentación tan solo aparente, caprichosa, arbitraria o construida con total omisión de las normas vigentes no bastaría. No la tienen, sin embargo, al sostener que los Autos de la Sala Segunda carecen de verdadera, razonable y razonada fundamentación. La interpretación de las normas infraconstitucionales, sin exclusión de las procesales, corresponde a los jueces y tribunales integrados en el poder judicial (artículo 117.3 C.E.) y en los Autos contra los que se nos pide amparo. La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha interpretado el artículo 313 de la L.E.Cr. en términos razonables y razonados jurídicamente.

Sin embargo, no lo entienden así ni los recurrentes ni el Ministerio Fiscal (éste, tanto al alegar ante el Tribunal Supremo como al hacerlo ante nosotros en el trámite del artículo 52 de la LOTC); aquéllos, por creer que su derecho a la tutela judicial les da, por decirlo así, derecho al antequicio siempre que se querellen contra jueces o magistrados por los delitos a que alude el artículo 757 L.E.Cr. y el Ministerio Fiscal porque aparte de una base por él previamente establecida, pero que esta Sala no puede acoger.

Sostiene en efecto el Fiscal que el escrito en que se propone el antequicio no es una querella, aunque sin afirmar qué otra cosa sea. No siendo querella sólo le serían aplicables los preceptos legales reguladores de la querella cuando la misma Ley procesal penal expresamente lo diga y no lo sería el artículo 313, analógica e indebidamente aplicado en este caso. Pero la peculiaridad del escrito al que se refieren los artículos 757 y 764 no consiste, como insinúa el fiscal, en ser algo distinto a una querella sino en ser una querella interpuesta contra jueces o magistrados por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Por ser una querella, le son exigibles los requisitos formales de cualquier querella (artículo 764) y, si los cumple, vale como tal y como tal puede ser admitida (artículo 775), sin que la admisión del «escrito» dé lugar a la ulterior formulación de una «verdadera» querella, como sería lógico si el escrito inicial no lo fuera. Y por lo mismo es razonable admitir que sea rechazada *a limine* si los hechos en ella descritos no son constitutivos de delito o cuando el órgano judicial «no se considere competente». Estos dos únicos supuestos contenidos en el artículo 313 pueden ser apreciados sin actividad probatoria alguna y, cuando así suceda es razonable la aplicación del precepto en cuestión con independencia de quien sea el querellado, dato éste no contemplado por el citado artículo, que por todo ello es lógico considerar aplicable de forma directa y no por vía analógica siempre que concurran, en cualquier caso, alguno de los dos supuestos los que anuda el rechazo de la querella y el archivo de las actuaciones.

Este tribunal no tiene por qué afirmar, y no lo hace, que esa sea la única interpretación posible del artículo 313 en relación con la querella contra jueces

y magistrados, pero sí sostiene, como ya lo hizo en sus Autos de 26 de octubre de 1987 y 30 de noviembre de 1988 antes citados (AATC 1167/1987 y 1284/1988) que tal interpretación contenida en las resoluciones entonces y ahora impugnadas en modo alguno es irracional o arbitraria o sólo aparente y en cuanto tal contraria a la tutela judicial.

La indefensión que proscribe el artículo 24.1 no deriva, como ha expresado reiteradamente este Tribunal de la sola y simple infracción por los órganos judiciales de las reglas procesales, ya que el quebrantamiento de éstas no determina en todos los casos la eliminación o disminución, con relevancia constitucional, de los derechos que a la parte corresponden (SSTC 102/1987 y 31/1989, entre otras). En el presente caso, esta singular transcendencia se trata de justificar sosteniendo que la aplicación indebida del artículo 313 de la L.E.Cr., en lugar del procedimiento especial previsto para la clase de querella formulada, ha supuesto para los recurrentes la efectiva pérdida de los trámites de instrucción y alegación legalmente establecidos (artículos 771 y 773 L.E.Cr.).

La tesis en los términos expuestos, que parece compartir el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, parte de una premisa consistente en que el ordenamiento legal exige, en todo caso, para la inadmisión de la querella interpuesta por delito de prevaricación frente a jueces y magistrados, a tramitación prevista en los artículos 764 y siguientes de la L.E.Cr., premisa que no puede ser compartida.

En efecto, la mencionada normativa y el propio artículo 410 de la LOPJ ciertamente impone como requisito ineludible de procedibilidad para la admisión de dicha querella un antequicio que permita valorar, antes de abrir el proceso, el resultado de la prueba documental y de las alegaciones que sobre ella formule la parte querellante. Pero, respecto al rechazo de la querella, y siempre en relación con la indefensión, cabe distinguir: a) Los supuestos en que se aprecie, y así se razoné motivadamente, ausencia de presupuestos de admisibilidad, incompetencia del órgano judicial al que se dirige o irrelevancia penal de los hechos objeto de la misma, y b) aquellos casos en que se desestime la querella por otros motivos. Unicamente para éstos, que puede incluirse en la previsión del artículo 774 L.E.Cr., resulta justificada la ineludibilidad del antequicio. En los primeros, por el contrario, la apreciación de la inadmisibilidad *a limine*, conforme a la regla común del artículo 313 L.E.Cr., ha de considerarse inobjetable también desde la perspectiva de la indefensión, no por razones de economía procesal —que por sí sola no justifica una limitación del derecho fundamental—, sino porque en tales supuestos no es posible apreciar en el *ius ut procedatur* o en el derecho a la acción penal, que este tribunal ha entendido inherente al derecho fundamental proclamado en el artículo 24.1 C.E., un contenido mayor o un alcance más intenso cuando se ejercita para exigir responsabilidad penal a jueces y magistrados por actuaciones propias de sus cargos que cuando se ejerce en los restantes supuestos. La imposición a ultranza en aquellos casos de un trámite contradictorio de prueba y alegaciones, con independencia, incluso, de la ausencia *ab initio* de significado penal de los actos imputados, no es procedente, de acuerdo con la norma general del artículo 313 de la L.E.Cr.; tampoco está expresamente establecida en la previsión especial del mencionado artículo 410 de la LOPJ y del título II del libro V de la Ley procesal penal, y finalmente, sería contraria no sólo al principio de que la tipicidad es un presupuesto absoluto de admisibilidad en la persecución penal, y finalmente sería contraria no sólo al principio

de que la tipicidad es un presupuesto absoluto de admisibilidad de la persecución penal, de manera que la falta de tipicidad es fundamento en cualquier caso de la *denegatio actionis*, sino también de la propia razón instauradora de la singularidad del antequicio para la incoación de las causas penales de que se trata, que no es otra, como se ha dicho, que la propia garantía institucional de la jurisdicción para preservar su ejercicio en la interposición de querellas manifiestamente infundadas.

(Sentencia número 156/1989, de 5 de octubre. RA 1.021/1987 «B.O.E.» de 7 de noviembre de 1989. Ponente: Francisco Tomás y Valiente).

ARTÍCULO 789

Diligencias previas: archivo

Debe señalarse en primer lugar, que la decisión de archivo, por estimar los órganos judiciales que los hechos objeto de la querella no son constitutivos de delito, no puede considerarse en sí misma contraria a la tutela judicial efectiva. En este sentido, es criterio consolidado en la jurisprudencia constitucional que quien ejerce la acción penal no tiene en el marco del invocado el artículo 24.1 de la Constitución, un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso, sino sólo a un pronunciamiento motivado del juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, en la que indudablemente cabe la consideración de irrelevancia penal y la denegación de la tramitación del proceso o su terminación anticipada de acuerdo con las propias previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (AATC 740/1986, 64/1987, 419/1987, 464/1987, entre otros).

(Sentencia número 191/1989, de 16 noviembre. RA 849/1987. «B.O.E.» de 5 de diciembre de 1989. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).

ARTÍCULOS 962 Y 2 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas: Actuaciones preliminares

Ver sentencia número 150/1989, de 25 de septiembre, sobre *Presunción de inocencia*. Artículo 24.2 C.E.

ARTÍCULOS 976 Y 13 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952.

Juicio de faltas: Citación para la apelación

Ver sentencia número 166/1989, de 16 de octubre, sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva*. Artículo 24.1 C.E.

ARTÍCULOS 977, 14 Y 15 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952*Juicio de faltas: Apelación*

Ver sentencia número 142/1989, de 18 de septiembre, sobre *indefensión*. Artículo 24.1 C.E.

ARTÍCULO 15 BIS.*Responsabilidad penal de los directivos y órganos de una persona jurídica*

(Ver sentencia número 150/1989, de 25 de noviembre, sobre *Principio de legalidad*. Artículo 25.1 C.E.)

ARTÍCULO 100*Redención de penas por el trabajo*

La redención de penas por el trabajo efectuado por los reclusos se encuentra en la actualidad regulada, básicamente, por el artículo 100 del Código penal y por los artículos 65 a 73 del Reglamento de Servicios de Prisiones —RSP— (Decreto de 2 de febrero de 1956), artículos declarados vigentes por la Disposición transitoria a segunda a) del Reglamento penitenciario (R. Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo) «en tanto continúe la vigencia de lo dispuesto en el artículo 100 del Código penal, texto refundido publicado por Decreto 3.096/1973, de 14 de septiembre», como es todavía el caso.

La redención consiste en el abono al penado «para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del juez de vigilancia, (de) un día por cada dos de trabajo» (artículo 100 del Código penal). Dicho abono se practica periódicamente, a propuesta de los Centros de reclusión, por los jueces de Vigilancia Penitenciaria, y es tenido en cuenta posteriormente por el Tribunal sentenciador a los efectos de la liquidación de condena.

Como ya se ha dicho, la decisión sobre el abono de días de redención corresponde, en el actual sistema implantado por la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), al juez de Vigilancia Penitenciaria. En efecto, el artículo 762 c) LOGP incluye, entre las funciones que especialmente le corresponden al juez de Vigilancia Penitenciaria, la de «aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena».

Nada dice, sin embargo, la Ley Orgánica General Penitenciaria sobre el carácter de dichas resoluciones y sobre los recursos a los que pudieran estar sometidas. Esta laguna fue subsanada por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que, en su Disposición adicional quinta, señala que puede interponerse recurso de reforma contra los Autos del juez de Vigilancia Penitenciaria, así como el de apelación (y el de queja, en caso de inadmisión de la apelación) en determinados supuestos, entre los que se cuentan las decisiones sobre beneficios penitenciarios (disposición adicional quinta, ap. 3), ante la Audiencia Provincial en cuyo terri-

rio esté ubicado el establecimiento penitenciario. Finalmente, el apartado 5 de la Disposición adicional que se comenta se remite a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L.E.Cr.) para la normativa aplicable a los citados recursos, con la única excepción de que limita la legitimación al Ministerio Fiscal —que en todo caso ha de ser parte— y al interno o liberado condicional.

En un sistema así judicializado, la única vía de modificación, en principio, de las resoluciones de los jueces de Vigilancia Penitenciaria sobre reconocimiento de beneficios penitenciarios es la de los recursos legalmente establecidos a los que se ha hecho referencia. Y, de acuerdo con las reglas generales de la L.E.Cr., aplicable subsidiariamente por la expresa remisión antes citada de la Disposición adicional quinta de la LOPJ, así como por experiencia del principio de seguridad jurídica, las resoluciones judiciales adquieren firmeza de no interponerse contra ellas recurso alguno en tiempo y forma por parte de los sujetos legitimados.

Ello significa que un Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el que se haya abonado un determinado beneficio a un preso, si no es recurrido en tiempo y forma por el Ministerio Fiscal o por el propio penado, deviene firme e intangible, salvo que se den una de estas dos posibilidades: una, de naturaleza procesal, la de que la ley no atribuya expresamente de firmeza a dicha resolución, excepción que en todo caso debería ser compatible con el principio de seguridad jurídica; otra, de carácter sustantivo, la de que el beneficio en cuestión no sea definitivo, sino condicional, pudiendo ser revisado en los supuestos legales en que así se prevea.

Un examen de los preceptos pertinentes muestra, sin género de dudas, que ninguna de dichas circunstancias concurre en relación con la redención de penas por el trabajo. No hay, en efecto, precepto legal alguno en el que pueda basarse la falta de firmeza de un Auto en el que el juez de Vigilancia Penitenciaria reconoce a un penado determinados días de redención de pena. En este sentido ha de subrayarse que el Auto impugnado, en su fundamento del Derecho segundo, señala que en nada afecta a la validez del mismo el hecho de que suponga modificación de la resolución dictada en su día por el juez de Ocaña «por no tratarse de resoluciones definitivas, por la que no es aplicable la firmeza invocada por el letrado recurrente». Sin embargo, semejante afirmación implica una petición del principio, ya que da por sentado precisamente lo que se cuestiona y lo hace sin apoyarse en fundamento legal alguno. Frente a ella se encuentra, por el contrario, tanto la expresa remisión a la L.E.Cr. de la disposición adicional quinta de la LOPJ, como la directa exigencia del principio de seguridad jurídica.

En cuanto a la L.E.Cr., ya se ha dicho que el régimen general de los términos en ella previstos en el de preclusividad, por lo que una resolución no recurrida en su momento deviene necesariamente firme salvo disposición expresa en contra, lo que no es sino expresión de un principio básico de derecho procesal que responde a exigencias de la seguridad jurídica. Es, en efecto, indiscutible que resulta contrario a la seguridad jurídica que una resolución judicial cualesquiera pueda ser modificada sin más en cualquier momento. La inseguridad generada a quienes resulten afectados por una resolución que en ningún caso adquiere firmeza es todavía más condenable cuando afecta a derechos fundamentales sustantivos, como sucede con las resoluciones de los jueces de Vigilancia Penitenciaria relativas a la redención de penas por el trabajo. En efecto, dicho beneficio afecta directamente a la libertad personal, derecho fundamental del que se encuentra transito-

riamente privado un penado en aplicación de la ley penal, ya que el período de privación depende en definitiva de diversos factores, entre los que está en el actual sistema español, la redención de penas por el trabajo contemplada por el artículo 100 del Código penal. Y no resulta admisible que la cuantía total del citado beneficio que concretamente corresponda a un penado, en aplicación de lo dispuesto por la ley, esté siempre pendiente de una ulterior modificación, ya sea por subsanación de presuntos errores —como en el caso presente— o por variación de criterios del juez responsable.

Finalmente, tampoco el beneficio de redención de penas por el trabajo está legalmente configurado como un beneficio condicional que pueda ser revocado en determinados casos. Antes al contrario, si bien hay supuestos en los que el penado queda inhabilitado para redimir en lo sucesivo, ello no afecta a los días ya redimidos. En efecto, el artículo 100 del Código penal prevé que el quebrantamiento de condena —o el intento frustrado—, así como la mala conducta reiterada, impide la redención de penas por el trabajo. Dicha previsión es reiterada por el artículo 65.3 del Reglamento de los Servicios de Prisiones, vigente por obra de lo dispuesto en el Reglamento Penitenciario [Disposición adicional segunda a)], que especifica que incurre en la segunda causa de inhabilitación el recluso que cometa nueva falta grave sin haber obtenido la invalidación de las anteriores. De la dicción de ambos preceptos se deduce sin duda alguna que se trata de una previsión de futuro y no de una sanción de pérdida de días redimidos. Así el artículo 100 del Código penal dice que «no podrán redimir...», expresión reiterada en el artículo 65.3 del Reglamento de los Servicios de prisiones, tras señalar la pérdida del beneficio por las dos causas legalmente previstas y contemplar la posibilidad de rehabilitación en caso de que la pérdida se deba a la mala conducta, incluye un inciso final que taxativamente establece que «los días ya redimidos serán computables para reducir la pena o penas correspondientes».

(Sentencia número 174/1989, de 30 de octubre. RA 1.430/1987. «B.O.E.» de 4 de diciembre de 1989. Ponente: Francisco Tomás y Valiente).

ARTÍCULO 358

Prevaricación

En cuanto al delito de prevaricación del artículo 358 del Código penal que puede cometerse por dolo o culpa, el Juzgado rechaza la primera modalidad de manera fundada y razonable, pues dados los términos del artículo 9.^º 7 a), en relación con el apartado 5 del mismo artículo del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, y artículo 105 de las Ordenanzas Municipales, podía interpretarse que el informe favorable de la Comisión Provincial de Urbanismo, para la concesión de la licencia, se habría producido por silencio administrativo. «Desde el punto de vista del Derecho penal sustantivo —como dice el ministerio fiscal en su escrito de alegaciones— aunque esa interpretación fuera errónea, a tenor de lo dispuesto en el artículo 178.3 de la Ley del Suelo, excluía el dolo y el elemento subjetivo del injusto que requiere que se realice «a sabiendas». Más discutible podría ser el argumento que el Juzgado

utiliza para rechazar la comisión del delito en forma culposa, consistente en que no se había desconocido, ni omitido, el trámite de recabar el oportuno informe a la Comisión Provincial de Urbanismo pero, desde una perspectiva constitucional, nos parece también suficiente ya que en esta sede, que no es instancia revisora, no se debe sustituir al juez en la valoración penal de los hechos, ni en la subsunción de éstos en la norma, salvo los casos indicados más arriba». Los recurrentes, en cambio, no son del mismo parecer extendiéndose en diversas consideraciones sobre la calificación de los hechos que, por muy respetables y plausibles que fueren, no pueden ser atendidos, dado el ámbito propio de la jurisdicción constitucional, aceptando plenamente por el contrario, el razonamiento del Ministerio Fiscal al considerar suficientemente fundado el razonamiento del Auto impugnado, en lo relativo al supuesto delito de prevaricación ya que el rechazo de la querella, en este punto, no resulta por lo demás ni erróneo o antijurídico.

(Sentencia número 175/1989, de 30 de octubre. RA 1.500/1987. «B.O.E.» de 4 de diciembre de 1989. Ponente: José Luis de los Mozos y de los Mozos).

ARTÍCULO 364

Infidelidad en la custodia de documentos

Otro tanto hay que entender, aunque por diversas razones, respecto del razonamiento contenido en el Auto impugnado, en relación con el supuesto delito de infidelidad en la custodia de documentos comprendido en el artículo 364 del Código penal y que, con bastante verosimilitud, parece referirse al informe del aparejador municipal y al acuerdo de la Comisión Provisional de Urbanismo, también, a pesar de que la propia demanda de amparo es algo imprecisa. Como lo es, en cuanto a la imputación que se atribuye a los querellados indiscriminadamente cuando es evidente que, el deber de custodia no se da en todos por ellos por igual.

Sea como fuere, lo que aquí interesa es el razonamiento del Juzgado, asumido por la Audiencia. Tanto el Juzgado, como la Audiencia, entienden que es irrelevante esa prueba porque la ocultación de los documentos en el supuesto de que haya existido no ha tenido la transcendencia fáctica que los querellantes pretenden. Argumentación que se ofrece como razonable y suficientemente fundada, atendiendo, en especial, al contexto en que se produce.

Finalmente, a la adición efectuada por la Audiencia, el razonamiento del Juzgado, en el Auto desestimatorio de la apelación de que «no se había agotado la vía contencioso-administrativa para combatir la resolución municipal», no se le puede atribuir el significado descalificadorio que pretenden darle los recurrentes y al que se suma el Ministerio Fiscal, pues, naturalmente, no puede querer decir que la vía contencioso-administrativa sea previa de la criminal, ni mucho menos, por ser una cuestión que ni se plantea, ni puede plantearse. Más bien se trata, en el ámbito dialéctico en que se produce, de una confirmación de la argumentación utilizada por el Juzgado, si bien se ofrezca de manera inadecuada, por la concisión gramatical con que tiene lugar. Pero es claro que constituye una contestación, bien oportuna y concreta, a los argumentos de los recurrentes en relación

con las supuestas dificultades probatorias a través de una querella criminal, sobre todo cuando se pretende sustituir el criterio del Juzgado, que se ha atendido el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por el de los recurrentes, y sin que se pueda llegar al convencimiento de que las resoluciones impugnadas sean irrazonables e infundadas, que es lo único que corresponde juzgar a este tribunal (STC 71/1984).

(Sentencia número 175/1989, de 30 de octubre. RA 1.500/1987. «B.O.E.» de 4 de diciembre de 1989. Ponente: José Luis de los Mozos y de los Mozos.

IV. OTRAS LEYES

LEY ORGANICA GENERAL PENITENCIARIA Y REGLAMENTO PENITENCIARIO

ARTÍCULOS 26 L.O.G.P. Y 5.3, 33.1 a) y c) y 182 d) DEL REGLAMENTO

Derecho del interno a un puesto de trabajo

Ver sentencia número 172/1989, de 19 de octubre, sobre *Derecho a la reinserción social*

ARTÍCULO 76.2 c

Juez de Vigilancia Penitenciaria

Ver sentencia número 174/1989 sobre *Redención de penas por el trabajo*. Artículo 100 Código penal.

Redención de penas por el trabajo

Disposición transitoria segunda a. (artículo 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones).

Ver sentencia número 174/1989 sobre *esta misma materia*. Artículo 100 del Código penal.

**LEY ORGANICA 6/1984 REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO
DE «HABEAS CORPUS»****ARTÍCULO 2, PÁRRAFO TERCERO***Competencia. Jurisdicción militar. Guardia Civil*

El demandante, que no es miembro del Cuerpo de Policía Nacional sino de la Guardia Civil, instituto armado de naturaleza militar, ha sido sancionado en los dos expedientes por faltas graves contempladas, a juicio del Director General de la Guardia Civil, competente al respecto (artículos 10 y 21 de la L.O. 12/1985), en el artículo 9.15 de esta misma Ley Orgánica, cuyo artículo 52 establece que contra la sanción y una vez agotada la vía administrativa (artículo 50 L.O. 12/1985) «podrá interponerse, en plazo de dos meses, recurso contencioso disciplinario militar». En términos más claros y generales el artículo 17.1 de la L.O. 4/1987 de la jurisdicción militar dispone que «corresponde a la jurisdicción militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación» de la Ley Orgánica del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. Ahora bien, con la Guardia Civil ocurre, al contrario que con el Cuerpo Nacional de Policía que la naturaleza militar que le ha atribuido el legislador posconstitucional por voluntad constitucionalmente permitida aunque sin duda derogable y modificable, incluye a tal instituto armado en el ámbito castrense, y aunque ello no significa que todo ilícito cometido por un Guardia civil quede como regla general sometido a ese ámbito jurisdiccional (como ya se resolvió en la STC 76/1982 en relación con un posible delito de tortura), si obliga a afirmar que las sanciones disciplinarias impuestas a un Guardia civil, como en los casos que nos ocupan, por faltas tipificadas en el artículo 9.15 de la Ley Orgánica 12/1985 sólo son revisables por la jurisdicción militar, porque el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordenación, de un instituto armado de naturaleza militar y estructurado jerárquicamente (artículo 13 de la L.O. 2/1986) pertenece al ámbito estrictamente castrense (artículo 117.5 C.E.).

Por los mismos, el habeas corpus corresponderá a la jurisdicción militar si la detención tiene como causa una sanción revisable por la jurisdicción castrense, y tal afirmación, que en principio se desprende con naturalidad lógica de los anteriores razonamientos, es algo más que eso, pues se deriva también inequívocamente del artículo 2 párrafo tercero, de la Ley Orgánica 6/1984 reguladora del procedimiento de hábeas corpus, y del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 4/1987, que se remite al anterior, que establece que «en el ámbito de la jurisdicción militar será competente para conocer de la solicitud de hábeas corpus el juez Togado Militar». Conviene recordar que la sección cuarta de este tribunal ya lo entendió así en el Auto 165/1988 al inadmitir un recurso de amparo (el 1.512 de aquel año) interpuesto por un Guardia Civil arrestado domiciliariamente por sanción impuesta con arreglo al artículo 8.1 de la misma Ley Orgánica 12/1985, y que se quejó en amparo contra un Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Vigo que se declaró incompetente para resolverlo sobre el hábeas corpus solicitado por la esposa del sancionado en favor de éste. El Juzgado de Vigo denegó el hábeas corpus por incompetencia, el recurrente en amparo consideró que sí era competente y que su Auto había vulnerado su derecho al juez ordinario (artículo 24.2

C.E.) y este tribunal entendió que «no es acertada la premisa de que parte el actor, esto es, la atribución de la competencia al Juzgado de Instrucción», y, considerando ajustado al Derecho vigente el Auto allí impugnado, ni siquiera admitió a trámite aquel recurso de amparo por carecer manifiestamente la demanda de contenido constitucional.

A la luz de las anteriores consideraciones y de los precedentes jurisprudenciales citados estamos en condiciones de llegar a una conclusión sobre si el juez de Instrucción de Sevilla, al declarar que no había lugar a iniciar el procedimiento de habeas corpus solicitado por el recurrente, por estimarse incompetente para su tramitación, llevó a cabo o no una interpretación constitucionalmente correcta de las normas sobre régimen disciplinario de la Guardia Civil y control jurisdiccional de las sanciones impuestas al hoy demandante de amparo, bien entendido que la falta de pronunciamiento del correspondiente órgano de la jurisdicción ordinaria (en este caso el Juzgado de Instrucción número 6 de Sevilla) sobre una causa por entenderla atribuida a la jurisdicción militar, pero que implique una interpretación extensiva y por tanto indebida de la definición que de ésta hace el artículo 117.5 de la Constitución, comportaría no sólo una quiebra de los límites constitucionales de la jurisdicción castrense, sino también y en ipso una lesión del derecho del recurrente al juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24.2 C.E.), según ha entendido este tribunal en diversas y concordantes resoluciones (STC 75/1982 fundamento jurídico 1.º; STC 111/1984, fundamento jurídico 3.º; STC 55/1986, fundamento jurídico 3.º).

En el auto del Juez de Instrucción número 6 de Sevilla de 25 de septiembre de 1987 (reproducido, como sabemos, en el 8 de marzo de 1988) se funda la decisión, en primer lugar, en la aplicabilidad a la Guardia Civil del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, con cita expresa y correcta de las normas legales aquí también analizadas (artículos 5.19, 21 y 22 de la Ley Orgánica 12/1985). En segundo término el Auto impugnado considera que la revisión jurisdiccional militar», y más en particular a los artículos 9 y 13 de la misma Ley Orgánica, por lo que «vista la naturaleza militar de la Guardia Civil y estimando que la sanción disciplinaria está dentro del ámbito de la jurisdicción militar...», el Juez se niega a iniciar el hábeas corpus por considerarse incompetente. Y es esta última y precisa afirmación, que entendemos referida a la sanción disciplinaria impuesta al recurrente con base en el artículo 9.15 de la Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, la que nos obliga a concluir que el control jurisdiccional de una sanción correspondiente a una falta por acciones contrarias a la disciplina, que en la Guardia Civil es la disciplina militar, está incluido en el ámbito estrictamente castrense. Sentado lo cual, el juego del artículo 2.º, párrafo final, de la Ley Orgánica 6/1984 y del 17 de la Ley Orgánica 4/1987, conduce inequívocamente a la conclusión de que la decisión del Juzgado de Instrucción de Sevilla fue correcta y no lesionó los derechos fundamentales del recurrente (artículo 17.4 y artículo 24.2 C.E.).

(Sentencia número 194/1989, de 16 de noviembre. RA 1340/1987. «B.O.E.» de 5 de diciembre de 1989. Ponente: Francisco Tomás y Valiente).

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

ARTÍCULO 271

Actos de comunicación

Ver sentencia número 142/1989, de 18 de septiembre, sobre *indefensión*. Artículo 24.1 C.E.

ARTÍCULO 410

Antejuicio a Jueces y Magistrados

Ver sentencia número 156/1989, de 5 de octubre, sobre *Antejuicio a jueces y magistrados*. Artículo 575 y sgs. L.E.Cr.

Disposición Adicional Quinta

Recursos contra las resoluciones de los jueces de Vigilancia Penitenciaria

Ver sentencia número 174/1989 sobre *Redención de penas por el trabajo*. Artículo 100 Código penal.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Profesor Titular de Universidad.
Abogado del Estado

ARTICULO 4. PROPOSICION PARA DELINQUIR DESISTIMIENTO. ROBO

(STS de 24 de octubre de 1989. Pte. Sr. Mazanares Samaniego)

Primero. Rechaza el proceso Jaime Araujo García en el primer motivo de su recurso que los hechos probados merezcan la consideración de una tentativa de robo con violencia o intimidación, pues, en su opinión, no pasarían de ser actos preparatorios impunes, e incluso admitiendo por vía hipótesis la existencia de un conocimiento de ejecución, el desistimiento hubiera impedido dicha calificación de tentativa. De ahí que el presente deba contraerse inicialmente a la existencia o no de actos incluibles ya en la realización del tipo penal, cuestión ésta que merece una supuesta negativa, puesto que la parquedad del relato fáctico —sea por criticable redacción, sea por atenerse fielmente a lo acreditado— no incluye acción alguna perteneciente a los verbos rectores de la figura criminal aplicada: los procesados «se desplazaron a la Caja de Ahorros de Guillarey, en un coche de Jaime, y con una moto del mismo, con intención de asaltarla, pero, al ver que los empleados llamaban por teléfono, y suponer que lo hacían a la policía, desistieron de su propósito, marchando en el coche». No consta siquiera si llegaron a entrar en el local, ni si al menos lo intentaron, al igual que nada aparece sobre el uso o exhibición coactiva de las armas que llevaban (un revolver antiguo y una escopeta de cañones recortados). No cabe hablar, pues, ni de un comienzo de apoderamiento ni de un principio de aquella violencia o intimidación que completan el subtipo agravado de robo.

Segundo. La adopción de una argumentación no significa, sin embargo, la absolución por este delito, y ello porque, con el mayor respeto a la homogeneidad y, en definitiva, al principio acusatorio, la conducta descrita en el relato fáctico continúa siendo punible como conspiración para cometer esa misma infracción criminal. La conspiración, recogida en el párrafo primero del artículo 4 del Código Penal, pertenece a una fase del «iter criminis» anterior a la ejecución, por lo que tiene —hasta cierto punto— naturaleza de acto preparatorio, y se ubica entre la ideación impune y las formas imperfectas de ejecución (Sentencias de 7 de mayo de 1975, 19 de marzo de 1978 y 22 de abril de 1983), como una

especie de coautoría anticipada que determinados autores desplazan hacia el área de la incriminación excepcional de algunas resoluciones manifestadas, pero que en todo caso —y «de lege data»— se caracteriza por la conjunción del «*pactum scaeleris*» o concierto previo, y la «*reolutio firme*» o decisión seria de ejecución (Sentencias de 11 de marzo de 1948, 19 de abril de 1965 y 17 de enero de 1986), requisitos ambos cuya concurrencia ha quedado aquí plenamente acreditada por la propia conducta externa, aunque ésta no tenga aún valor ejecutivo en sentido estricto. Puede parecer un contrasentido «*prima facie*» que se castiguen aquellos acuerdos —incluso sin el acompañamiento de una mínima proyección fáctica— cuando queda impune la conducta de uno solo individuo que, pese a encaminarse hacia la comisión última de un delito, no llega a constituir todavía forma imperfecta del mismo, pero la explicación viene dada precisamente por la mayor entidad y peligrosidad de esa ideación plurisubjetiva que bien tolera dicha denominación de coautoría anticipada.

Tercero. Rechazada en el primer fundamento jurídico de esta resolución la calificación de tentativa de robo, pero afirmada en su segundo la existencia de los requisitos básicos para la de conspiración por ese mismo delito, resulta oportuno considerar la posibilidad de aplicar a éste —en abstracto y en concreto— el *desestimiento* que el artículo 3 del Código Penal valora sólo en relación con la tentativa. Por lo que atañe al terreno de los principios, la sentencia de 21 de octubre de 1987 abunda en la línea favorable a la equiparación, y recuerda que el silencio del Código penal sobre la posibilidad del desestimiento en el conspireación no implica necesariamente su rechazo, habiéndose posicionado los comentaristas en el sentido de que la conspiración constituye a estos efectos una verdadera tentativa de participación, por lo que el desistimiento de los conspiradores los coloca en idéntica situación a la prevista en el párrafo tercero del artículo 3 del Código Penal, si no se desea tratarles pero que a quienes realizan o participan en un delito ya en vías de ejecución; todo ello de acuerdo también con la jurisprudencia mayoritaria, pues, si bien en alguna vieja resolución (así la de 5 de junio de 1948) se afirma que la coincidencia de voluntades en el propósito criminal supondría la «consumación» de la conspiración, y conllevaría la irrelevancia de ulterior desistimiento en la tentativa y en la conspiración ha sido aceptada en repetidas ocasiones (Sentencias de 5 de julio de 1948, 19 de abril de 1965 y 19 de marzo de 1978, amén de en la propia sentencia de 21 de octubre de 1978).

Cuarto. En el caso concreto de autos donde el desistimiento no puede ser estimado, ya que su voluntariedad se halla en contradicción con el relato fáctico: los tres procesados llegan a la sucursal de la Caja de Ahorros, con intención de asaltarla y provistos de armas para ello, «pero, al ver que los empleados llamaban por teléfono y suponer que lo hacían a la policía, desisten de su propósito, marchando en el coche, siendo localizados por la Guardia Civil». Dicho de otra forma, su propósito criminal quiebra únicamente por razones relativas a la aparición de obstáculos para la realización del hecho conforme a lo planeado, y en esas condiciones no cabe apreciar el indicado presupuesto legal que priva de tipicidad a la tentativa (o a la conspiración), tanto más cuanto que la jurisprudencia se ha negado a reconocer la distinción que algún sector doctrinal traza entre los impedimentos absolutos y los relativos, negando así la eficacia del desistimiento en el primer caso y afirmándola en el segundo. El rechazo del desisti-

miento ha sido una constante de esta Sala también cuando los obstáculos con que inesperadamente tropiezan los autores sólo comportan mayores dificultades de ejecución o mayor riesgo de descubrimiento (Sentencias de 11 de octubre de 1988, 4 de mayo de 1929, 14 de octubre de 1957, 22 de mayo de 1965, 13 de octubre de 1970, 21 de diciembre de 1988, resolución esta última recaída en supuesto no muy lejano al que ahora nos ocupa).

ARTICULO 8.12.^a OBEDIENCIA DEBIDA. DOCTRINA GENERAL

(STS de 20 de noviembre de 1989. Pte. Sr. Delgado García)

Cuarto. Para la exención de responsabilidad penal por *obediencia debida* a que se refiere el n.^o 12 del artículo 8.^o del Código penal ha de existir necesariamente, como requisito objetivo, una orden dada en el ámbito de una relación jerárquica que el subordinado debe obedecer porque, al menos en apariencia, es lícita, ya que se refiere a materia propia de la competencia del superior y cumple las formalidades habituales en esa clase de mandatos. Cuando el superior en el cometido de las funciones propias del cargo dicta una orden con las formalidades propias del caso, el inferior debe cumplirla, pues en caso contrario puede incurrir en el delito de desobediencia del artículo 369 de dicho Código. Sin embargo, dice el párrafo II de este último artículo, no existirá tal responsabilidad por desobediencia cuando el funcionario público subordinado no dé cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley. Normalmente, cuando la orden sea constitutiva de delito, existe esa infracción patente en la ley, no habrá deber de obedecer y, por tanto, no podrá operar esta eximente. Pero puede ocurrir en ciertos delitos que no exista esa claridad en cuanto a la ilicitud del mandato. Puede suceder que al respecto de la cuestión sea dudosa y en ese caso el funcionario subordinado no tenga que examinar el posible contenido delictivo de la orden recibida precisamente por la relación de jerarquía existente.

Este es el campo de actuación de la obediencia debida del n.^o 12 del artículo 8 del Código penal como causa de exclusión de la responsabilidad criminal. Cuando la orden recibida, cuyo cumplimiento origina la comisión de una infracción penal, no es clara y manifiestamente ilícita, y el subordinado, que la ha recibido en el ámbito y con las formalidades propias de una relación funcional, cree que es legal y en tal creencia la cumple, queda exento de responsabilidad criminal por haber obrado en virtud de obediencia debida, siempre que este error pueda ser calificado de invencible según las circunstancias del caso.

Junto a ese requisito objetivo, antes indicado, consistente en la realidad del mandato dado en el ámbito de una relación jerárquica y con las formalidades propias del caso, ha de concurrir este otro de carácter subjetivo, el haber obrado con el error invencible de que la orden recibida era lícita.

ARTICULO 9.1.^º y 8.1.^º. EXIMENTE INCOMPLETA. DEBILIDAD MENTAL

(STS de 4 de diciembre 1989. Pte. Sr. García Ancos)

Segundo. Partiendo de ese planteamiento, y también del dato concretado en la narración fáctica de que la procesada y ahora recurrente estaba afectada de una *debilidad mental* con disminución de su coeficiente intelectivo en una proporción de 67 que «disminuye su imputabilidad, pero no la anula», hemos de llegar a la conclusión de que el tribunal «*a quo*» hizo una acertada calificación jurídica al entender que en el área de la imputación es de apreciar la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, consistente en una *eximente incompleta* del número 1.^º del artículo 9 y no considerar que sea adecuado, como se pretende, la completa exención de la responsabilidad criminal que regula el artículo 8.1.^º del mismo Código penal. Y es que, además de que, como indica el Tribunal de Instancia, esa debilidad mental que sufre la acusada, no tiene entidad suficiente para anular por completo sus capacidades volitivas e intelectuales, hay que tener en cuenta que esta Sala ha venido proclamando en diversas sentencias y, en concreto, en las de 22 de enero, 27 de abril y 3 de octubre de 1987, que en la *oligofrenia* (que es la enfermedad examinada en este caso) *hay que distinguir diversos grados* cual son, en esencia, los siguientes: la «idiocia», en la que la edad mental del sujeto es inferior a los cuatro años y sólo representa, como máximo, el 25 % de la normalidad; la «imbecilidad», cuyo coeficiente intelectual fluctúa entre ese 25 % y el 50 %, y cuya edad intelectual puede situarse entre los cuatro y ocho años; la simple «debilidad o retraso mental» que ha de comprenderse entre los ocho y once años y coeficiente entre el 50 % y el 70 %; y por encima de los anteriores, sin llegar a la total normalidad, la llamada «torpeza mental». Ante esa división de grados, que tales sentencias hacen, basándose en estudios científicos, la Jurisprudencia llega a la conclusión de que la eximente completa del número 1.^º del artículo 8 sólo puede aplicarse a los dos primeros supuestos («idiotas» e «imbeciles»), considerando parcialmente imputables a los que sufren de simple retraso mental (como es el caso que nos ocupa) y totalmente imputables a los que solamente padecen una torpeza mental. Pero es más, y para finalizar esta breve exposición, aunque pudiera entenderse que esa graduación tan tajante hecha hasta ahora por la Jurisprudencia ha quedado un tanto desfasada en relación con las calificaciones de la Organización Mundial de la Salud, también hemos de entender que el déficit intelectual de la ahora enjuiciada no puede conducirnos a una exención total de su culpabilidad, tanto si nos fijamos en el origen genético de su estado psíquico (enfermedad en sí), como en la influencia que otros agentes externos y sobrevenidos hayan podido tener influencia en su producción o agravación.

ARTICULO 22. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. IMPRUDENCIA EN EL TRAFICO RODADO. RELACION PATERNOFILIAL

(STS de 20 de diciembre 1989. Pte. Sr. Soto Nieto)

Segundo. En el tercero de los motivos, encauzado a través del número 1.^º del artículo 849 de la L.E.Cr., se alega la infracción del artículo 22 del Código

penal; no hay actividad probatoria —se dice— para afirmar el acuerdo entre padre e hijo en la dinámica de conducir, a través de la que se cometió el ilícito penal. La improsperabilidad del primer motivo, y en la consiguiente intangibilidad y subsistencia del relato fáctico, impide sin más la estimación del presente. Más, aunque así no fuese, es lo cierto que la única constancia existente en los autos es que el automóvil era propiedad de Mariano Martín Cano y conducido por su hijo autorizadamente, es una cesión de uso que no aparece fuera genérica e ilimitada, sino antes del bien ocasional (folios 17, 124 y 130); el procesado se hallaba prestando el servicio militar, al igual que sus acompañantes (f. 23). El artículo 22 del Código penal ha sido modernamente objeto por parte de los tribunales de una interpretación distendida y amplia, sintonizando con la prescripción del artículo 3.1 del Código civil y sensibilizándose con la realidad social de nuestro tiempo, ante la proliferación de siniestros dimanantes de la circulación automovilística. El infractor y el presunto responsable civil subsidiario han de hallarse ligados por una relación jurídica o de hecho, originadora de un vínculo entre ambos, traducido, cuando menos, en la posibilidad de una potencial intervención del último en la actuación del culpable directo. Para la jurisprudencia quedan efectos a dicha responsabilidad civil subsidiaria los dueños o propietarios de vehículos de motor que los dejan o ceden en régimen de utilización transitoria a familiares, amigos o conocidos, por un tiempo mayor o menor, para su uso o disfrute; si el «dominus» mostró su beneplácito o aquiescencia a la actividad o función del agente, estando en sus manos no sólo la permisiva iniciación de la misma sino su perduración o cese, es lógico que se vincule patrimonialmente al mismo con las consecuencias dañosas que el riesgo desatado por un negligente proceder provoque (Cfr.: sentencias de 28 de octubre de 1982, 10 de abril de 1983 y 22 de mayo de 1989, entre otras). La responsabilidad civil subsidiaria reconocida en la sentencia ha de considerarse correcta y el motivo ha de ser desestimado.

ARTICULO 22. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO. IMPRUDENCIA DE UN SOLDADO

(STS de 20 de noviembre 1989. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Segundo. Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se alega infracción del artículo 22 del Código penal estimando que el refuerzo de los principios de legalidad y seguridad jurídica hacen preciso un planteamiento riguroso de la responsabilidad subsidiaria de los Entes Públicos.

Ciertamente, que tratándose de una responsabilidad, consecuencia de la creación de un riesgo por parte del responsable civil subsidiario, hay que proceder con el respeto debido a los principios generales y especiales que gobiernan esta materia, pero tampoco hay duda de que el Estado cuando se trata de una persona que actúa para él dentro de una determinada relación de servicio, caracterizada inequívocamente por la nota de dependencia, aunque sea especial como en este caso y en tantos otros que viene reconociendo la jurisprudencia, debe responder.

Todos los principios del Derecho suelen ofrecer una proyección pluridimensional y, también por supuesto, el de seguridad jurídica que se invoca por el recurrente, precisamente el ensanchamiento, con criterio progresista, y de amplio e indiscutible

sentido social, que ha caracterizado a la jurisprudencia de ésta respecto a la interpretación del artículo 22 del Código penal ha tenido como una de sus finalidades otorgar a las víctimas en todos los casos en que ésta ha sufrido un daño o a los perjudicados, cuando la muerte se trata, de un «status» de seguridad, respetando siempre los principios informadores del Derecho, que permita (al perjudicado, entendida la expresión en sentido general) el adecuado resarcimiento sin perjuicio del juego de las correspondientes acciones entre el causante del daño y el responsable civil subsidiario, recuperadoras del equilibrio económico sufrido por quien paga en sustitución del responsable penal.

En explicación más pormenorizada de la conclusión a la que esta sala llega respecto al tema debatido, hay que señalar que es doctrina constante y reiterada de la misma que los organismos, establecimientos o corporaciones de cualquier naturaleza que operen como empresa, entendida la expresión en sentido muy amplio, pueden ser responsables civilmente, conforme el artículo 22 del Código penal. No sólo esto, también es doctrina incontrovertible que el Estado, las Comunidades Autónomas y demás Entes públicos pueden ser responsables civiles cuando actúan, en general y sin más, como personas jurídicas.

La razón de la progresiva acentuación de este tipo de responsabilidad hacia la objetividad, superando fundamentos hoy inservibles, en muchos casos, como los de la culpa «in eligendo» o «in vigilando», no es otra que el abandono de viejas concepciones y el establecimiento de nuevas soluciones para dar una respuesta válida y eficaz a problemas muy graves y dramáticos derivados de la insolencia de quienes fueron autores de un hecho penal realizado en el ejercicio de una actividad pública o privada, o con ocasión de ella e incluso en los supuestos en los que se acredita, —aquí si se exige un elemento adicional culpabilístico— un defectuoso funcionamiento de los servicios del Estado en cuanto anomalía originadora o favorecedora del hecho delictivo como en determinados supuestos de muerte o lesiones producidas por un recluso a otro en un establecimiento penitenciario.

De esta manera muchas de las nociones clásicas en el Derecho, incluido el Derecho Civil, a través de la caracterización de los llamados daños colectivos o difusos, de la crisis del concepto tradicional de culpa en sede de responsabilidad civil, de la misma idea de responsabilidad penal de las personas jurídicas, hoy tan de boga, protagonizan unos profundos cambios. Todo ello pone de relieve que la sociedad exige en la actualidad y legítimamente unos resarcimientos rápidos y auténticamente reparadores cuando la víctima es ajena al hecho causante producido con motivo u ocasión del ejercicio de una actividad o servicio para otro, sin perjuicio, como es obvio, de las acciones que con posterioridad y como ya se ha dicho, se puedan ejercitar entre quien pago la indemnización como responsable civil subsidiario y quien fue autor del daño favorable económicamente.

La Administración del Estado está sometida en cuanto a la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código penal, sin ningún tipo de excepcionalidad, a los principios generales informadores de nuestro Ordenamiento que en la actualidad nacen de manera inmediata y directa de la Constitución (V. artículo 106). La circunstancia de que el Estado aparezca expresamente citado en el artículo 1.093 del Código civil y no en el 22 del Código penal no puede conducir a una interpretación que excluya dicha responsabilidad, en todo caso, del Estado cuando de acto penal se trate. No hay ninguna razón para ello porque entre uno y otro

supuesto existe un denominador común indiscutible y seguir tal orientación conduciría a una contradicción interna del propio sistema, dado que en materia de responsabilidad civil, aunque sea dentro del ámbito penal, es utilizable, con plena ortodoxia, la aplicación analógica, coherente y armónica del sistema contemplado en su conjunto (V. artículo 4.1 del Código civil).

Ciertamente que *entre el soldado que presta el servicio militar en las Fuerzas Armadas y el Estado o la Administración Pública no se da una relación inscribible en el artículo 22, de acuerdo con su texto literal, pero en tal precepto se trata de una descripción exemplificada y no exhaustiva.* También es indudable que el Estado no persigue, en estos casos, lucro, pero tampoco éste es dato indispensable para que nazca la responsabilidad civil subsidiaria del artículo citado, teniendo en cuenta que la circunstancia decisiva en este orden de cosas viene representada por la prestación de un servicio por cuenta de otro produzca o no lucro en el sentido estricto de la expresión y cuyo cumplimiento o con ocasión del mismo se produce un delito.

La realidad social a la que el artículo 3.1 del Código civil llama como elemento decisivo, entre otros, a la hora de interpretar las normas y el principio de economía procesal conducen al entendimiento del artículo cuestionado de acuerdo con la doctrina de esta Sala, ya recordada. La solución que consistiera en actuar la pretensión indemnizadora en vía civil o contenciosa, después de resuelto el problema jurídico-penal, cuando el hecho base está acreditado, sería atentar al principio acabado de recordar, de economía procesal, que si con su aplicación no se contradicen las ideas de justicia, tiene plena vigencia, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y ha de ser elemento coadyugante en la tarea de entender el verdadero e histórico sentido de las leyes, como sucede en este caso.

Procede, por consiguiente, con la desestimación del motivo la del recurso.

ARTICULO 66. INDIVIDUALIZACION PENAL. EXEGESIS

(STS de 12 de julio de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Tercero. Fuera ya de la estricta línea casacional, conviene aludir a la observación del Ministerio Fiscal en sentido de que en dos de los robos sancionados, —el primero y el tercero— se habrían impuesto penas superiores a las debidas conforme al **artículo 66 del Código penal** en relación con la regla 4.^a del artículo 61 (dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, correspondientes al grado máximo —y no al mínimo o al medio— de la pena obtenida rebajando la previa para el subtipo de robo violento o intimidatorio del número 5.^º y párrafo final del artículo 501 del repetido texto legal). Ciento es que tal individualización pecaría de excesiva —al menos por un día— conforme a la jurisprudencia, quizá todavía mayoritaria, que acude al mencionado artículo 61 para la fijación última de la pena degradada previamente en uno o dos escalones, pero dicho criterio tropieza con la triple objeción del tenor literario del artículo 66, de sus antecedentes históricos y, en numerosos supuestos, de la natural repulsa a los espacios vacíos o individualización «per sltum» (Sentencias de 25 de mayo de 1973, 15 de octubre de 1975, 1 de julio de 1980, 19 de diciembre de 1981, 17 de junio, 10 de julio y 21 de noviembre de 1986, 8 de noviembre de 1987 y 23 de marzo de 1988, entre otras).

ARTICULO 69, BIS. DELITOS CONTINUADOS. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

(*STS de 23 de septiembre de 1989. Pte. Sr. García Pérez*)

Quinto. La conjunción de las calificaciones ataque a la moral sexual individual y ataque a la libertad personal globalmente considerada permite seleccionar dos grupos delictivos en que el carácter eminentemente personal de los bienes jurídicos ofendidos alcanza la máxima cota: las violaciones comprendidas en el artículo 429 del Código penal y los abusos deshonestos —ahora «agresiones sexuales»— contemplados en el artículo 430.

Sexto. Los delitos comprendidos en esos «preceptos» quedan, por lo expuesto, excluidos del instituto de la continuidad: salvo, excepcionalmente y como viene definiendo cierta línea jurisprudencial de esta Sala —véase sentencias de 13 de diciembre de 1988, 6 de octubre de 1988 y 27 de mayo de 1988—, cuando las características del «hecho» determinado permitan lo contrario: casos de repetición de la acción sexual entre los mismos sujetos y sin solución de continuidad en el tiempo, en el lugar y en la ocasión física o psíquicamente agresora.

ARTICULOS 69. BIS., 429 y 430. ABUSOS DESHONESTOS. MUJER MENOR DE DOCE AÑOS. DELITO CONTINUADO

(*STS de 23 de diciembre de 1989. Pte. Sr. Moyna Márquez*)

Segundo. La jurisprudencia de esta Sala —no sin excepciones— ha sido renuente en la aplicación de la comisión continuada al delito de abusos deshonestos (*vid.*, por todas la reciente sentencia de 23 de septiembre pasado); sin un criterio uniforme se ha hecho referencia, para explicar la exclusión de esta figura, a la consumación de la ofensa en cada ocasión, a la falta de unidad de propósito como elemento subjetivo común de las acciones, a la necesaria unidad del sujeto pasivo en el caso de afectar a una pluralidad de sujetos, y se ha acudido, finalmente, al bien jurídico protegido que es personalísimo en estas infracciones penales.

La primera afirmación no tiene apoyo convincente por ser característica básica del delito continuado la pluralidad de acciones que podrían ser objeto de una unitaria consideración penal; la falta de unidad de dolo o de resolución tampoco es argumento onstativo, porque la jurisprudencia más próxima a la Ley de 1983 ya se refería al aprovechamiento de idéntica ocasión —dolo homogéneo y renovado—, y el texto del artículo 69 bis. comprende esta hipótesis junto a los supuestos de dolo global o conjunto que abarca desde el primer momento la totalidad del resultado. Mención más detenida merecen la unidad del sujeto pasivo y la exigencia de un bien jurídico no personalísimo, porque —respecto del primer punto— la doctrina parecía estar de acuerdo en exigir dicha unidad, siempre que los bienes lesionados o puestos en peligro fuesen personalísimos; sin embargo, *el texto legal vigente*, ratificando los últimos criterios jurisprudenciales, no pone obstáculos a la admisión de la figura del delito continuado en la hipótesis de sujeto pasivo plural, y acepta la posibilidad de extenderla a la ofensa de bienes eminentemente personales como la libertad «sexual» (expresiva substitución de la palabra «honesti-

dad» en la Ley del 3 de enero de 1989), atendida a la naturaleza del hecho y del precepto infringido, punto este último donde se centra la más seria controversia.

El artículo 430 del Código penal, que se remite al artículo 429 del mismo texto, no recoge un sólo tipo de abusos deshonestos, de la misma manera que no hay un sólo tipo de violación: junto a los abusos sexuales propios y genuinos en los que se utiliza fuerza e intimidación, se penalizan abusos de prevalimiento en los números 2.^º y 3.^º del artículo citado; y así como en el primer caso el bien jurídico protegido es la libertad sexual, en los dos supuestos siguientes se ha hablado de violencia presunta y de la intangibilidad o indemnidad sexual de la persona, porque la idea de libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo del agravio sexual, y los menores y los privados de razón o sentido carecen de capacidad de comprender el significado y transcendencia de los actos sexuales y, consecuentemente, de autodeterminarse; sin embargo, el derecho de estas personas a estar exentas o libres de cualquier daño de orden sexual ha inspirado ese *concepto de intangibilidad o de indemnidad* que ha tomado cuerpo en el Anteproyecto de 1983 al titular de la rúbrica «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual», comprendiendo en estos términos la modalidad violenta y las de abuso sexual, y distinguiendo en la penalidad uno y otro supuestos.

Sugiere esta breve disgrésion la diferencia cualitativa entre la violación y los abusos deshonestos del número 1.^º del artículo 429, y los previstos en los dos números siguientes, porque esta diferencia en el «precepto infringido», junto a la naturaleza de los hechos, aconsejan levantar la proscripción de la continuidad delictiva en los supuestos últimamente expresados, manteniéndola para las agresiones sexuales violentas o intimidatorias, con las salvedades introducidas por la doctrina de esta Sala (iteración inmediata del acto sexual con el mismo sujeto pasivo en el marco intimidatorio creado —sentencias de 31 de enero de 1986, 7 de marzo y 13 de diciembre de 1988—, y concurrencia de violación con abusos deshonestos posteriores —sentencia 5 de mayo de 1989).

En definitiva, debe admitirse la continuidad delictiva en unas acciones de abuso sexual del profesor con unas alumnas de su clase menores de doce años, aprovechando ocasiones idénticas —con motivo de la corrección de exámenes—, todas ellas en conexión espacial y temporal, y con identidad de precepto legal violado; y, por ende, incurre la sentencia recurrida en la infracción por aplicación indebida del artículo 69 bis, del Código penal, debiendo ser estimado el motivo tercero del recurso.

ARTICULO 204. BIS. DELITO DE TORTURA. ALEVOSIA

(STS de 20 de diciembre de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)

El artículo 204 bis. del Código penal, y que sanciona en su párrafo primero, a la autoridad o funcionario público que en el curso de una investigación policial o judicial, y con el fin de conseguir una declaración o testimonio, cometiese alguno de los delitos previstos en los capítulos I y IV del Título VIII y capítulo VI del Título XII del referido texto legal, como dijo la Sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 1985, no constituye más que un tipo cualificado y agravado del delito, en el caso enjuiciado, de un delito de lesiones menos graves, producidas en el curso de una investigación policial por los funcionarios que las realizan,

por lo cual, en el puro campo dogmático, no habría obstáculo para la aplicación de la agravante cuestionada. Ahora bien, es muy discutida en la doctrina científica, si la alevosía debe ser una nota constitutiva del tipo de *tortura*, pues por su propia naturaleza, aquella, *implica indefensión para la víctima*, al encontrarse ésta prácticamente al arbitrio o voluntad del sujeto activo, y esto constituye el fundamento de la gravedad específica de las penas con que se sanciona aquella infracción. Así lo declaró la sentencia de esta Sala de 5 de julio de 1985, «pues la acción realizada de esta forma en relación con el delito apreciado, y con los que son objeto de las acusaciones van inherentes a la tipicidad de los mismos».

ARTICULO 237. DESOBEDIENCIA GRAVE. DOCTRINA GENERAL

(STS de 5 de julio de 1989. Pte. Sr. Vivas Marzal)

Primero. El delito de *desobediencia grave*, regulado en el artículo 237 del Código penal, es una infracción contra la seguridad interior del Estado, cuya réplica contravencional se halla en el número 5.^º de dicho cuerpo legal. Desobedecer equivale al incumplimiento de una orden o mandato emanado de la Autoridad, o de sus agentes, mandato que, para ser legítimo, deberá revestir las formalidades legales y hallarse dentro de la competencia quien lo da. Dicha orden debe tener naturaleza concreta, y no abstracta, y dirigirse o hallarse especialmente destinada al sujeto que debe obedecerla, engendrando, su legitimidad, el deber correlativo de acatamiento, deber que no surgirá si el que ordena no es competente o el mandato no reviste las formalidades legales —TS SS 4 junio de 1910 y 22 de mayo de 1935—. La naturaleza de la acción de desobedecer depende de que el mandato implique un hacer o no hacer, por lo cual, en el primer caso, se tratará de una omisión, y, en el segundo, de una acción propiamente dicha o en sentido estricto. Aunque no toda la doctrina está de acuerdo en la necesidad de dolo específico de burlar y escarnecer el principio de Autoridad, este Tribunal, en SS 12 de julio de 1901, 6 de marzo de 1915, 5 de enero de 1933, 16 de noviembre de 1942, 12 de diciembre de 1950 y 20 de octubre de 1965, entre otras muchas, ha exigido voluntad, en el infractor, o actos de oposición al cumplimiento de la orden o del mandato, persistente y reiterados. Finalmente, la línea divisoria, tenue y sutil, entre el delito y la falta, la hallan las TS SS 22 de junio de 1920, 20 y 30 de mayo de 1922, 24 de marzo de 1942, 10 de junio de 1963 y 23 de junio de 1965, entre otras, en la reiterada y manifiesta oposición, grave actitud de rebeldía, persistencia en la negativa, en el cumplimiento firme y voluntario de la orden, y, en fin, en lo contumaz y recalcitrante de la negativa a cumplir la orden o mandato.

ARTICULO 237. RESISTENCIA GRAVE. DOCTRINA GENERAL

(STS de 14 de septiembre de 1989. Pte. Sr. García Miguel)

Primero. Como a la «resistencia» constitutiva del delito se alude por igual en los artículos 231 y 237 del Código penal sin que normativamente venga claramen-

te establecida la diferencia entre ambas modalidades la Doctrina y la Jurisprudencia se han visto obligadas a determinar cual fuese el criterio diferenciador procedente para la debida distinción entre ambas figuras delictivas y, al efecto, han coincidido en señalar que nota distintiva entre la resistencia grave que constituye el delito de atentado y la no grave que constituye el delito de resistencia radica en el carácter activo de la primera y en el pasivo de la segunda, o sea, que deberá reputarse grave cuando vaya acompañada de acometimiento o el empleo de fuerza o intimidación y no grave cuando sea meramente pasiva o inerte, aunque aún en este caso es necesario, que sea manifiesta y tenaz como ha declarado esta Sala, entre otras, en sentencias de 28 de octubre de 1975 y 28 de enero de 1982.

ARTICULOS 302.4.^º y 303. FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO. AMBITO DE LA FE PUBLICA NOTARIAL

(STS de 15 de julio de 1989. Pte. Sr. Moyna Méndez)

No todas las manifestaciones inveraces de los particulares ante Notario merecen la calificación de falsedad en documento público; solamente tienen dicha trascendencia las que inciden en la fe probatoria del documento o en extremos esenciales que el fedatario garantiza; aquellas otras, de las que el autorizante es mero transcriptor, aunque insinceras, no crean el tipo de falsedad documental ideológica del número 4.^º del artículo 302 del Código penal al que hace expresa remisión el artículo 303. Fluye esta consecuencia de la consideración del bien jurídico protegido —decisivo siempre para depurar el ámbito de lo punible—, porque la fe pública, como valor funcional de primer orden en las interrelaciones sociales, no puede quedar comprometida por los particulares cuando sus manifestaciones inveraces no afectan a los aspectos del documento cubiertos por la fe pública notarial, sin perjuicio de que las mismas, atípicas en relación con el número 4.^º del artículo 302, pueden motivar la existencia del engaño propio de los delitos de estafa, si son utilizadas por el sujeto con un fin fraudulatorio. Las sentencias de esta sala de 19 de septiembre de 1959, 24 de marzo de 1961, 6 de marzo de 1971, 22 de junio de 1973 y 8 de octubre de 1974 son precedentes que inspiran y avalan la doctrina expuesta.

Trasladadas estas consideraciones al caso «sub indice», es incuestionable que la *declaración de libertad de cargas de los inmuebles hipotecados vertidas por el acusado en la escritura notarial*, no es una falta de veracidad que tilde de falsedad el documento de reconocimiento de deuda con fundamento en el número 4.^º del artículo 302 del Código que cita como infringido el primer motivo del recurso, por cuanto dicha afirmación —que para uno de los inmuebles gravados ha sido simple omisión— *no queda cubierta por la fe pública que protege el Texto penal*. Ciertamente, la susodicha declaración puede sugerir la existencia de la infracción prevista en el artículo 551 del Código —párrafo segundo— en el caso de concurrir o cumplirse las exigencias típicas, pero este delito no está asistido de pretensión acusatoria, y aunque suscita dicha tesis el acusado en un segundo motivo de su recurso —con indiscutible acierto— debe entenderse que lo fue como simple hipótesis discursiva, y en todo caso con explícito carácter

subsidiario respecto del primer motivo de impugnación que, por los fundamentos expresados, debe ser desestimado.

ARTICULO 325 BIS. DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

(STS de 4 de octubre de 1989. Pte. Sr. García Miguel)

El primero de los motivos que se interpone al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la infracción de lo dispuesto en el artículo 325 del Código penal deber ser estimado por las razones siguientes: 1.º) El Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencia de 21 de junio de 1987, de plena conformidad con lo que ha sido la doctrina comunmente aceptada por los tratadistas de Derecho penal y la Jurisprudencia de la Sala, ha declarado, que el principio de legalidad es esencialmente, una concrección de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del derecho estatal sancionador que implica por lo menos estas tres exigencias: la existencia de una ley escrita (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*); y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que supone un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos y penas, o sea, que se halla prohibida toda interpretación analógica o extensiva mediante la cual se haga viable incriminar conducta o comportamientos que no se hallen expresa, clara y previamente comprendidos en la descripción típica sean cuales fueren las afinidades, analogías o parecidos con los comprendidos en el tipo. 2.º) Entre los sujetos sobre los que puede recaer la acción típica en el primero de las dos figuras delictivas comprendidas en el artículo 325 bis. del Código penal, o sea, la del párrafo primero, se encuentran aquellos que ostenten la condición de «denunciante o parte» en un proceso, de donde resulta, que por aplicación de la doctrina expuesta bajo el apartado anterior, no pueden entenderse comprendidos quienes no hubieren adquirido tal condición aunque potencialmente puedan llegar a serla con posterioridad, de suerte, que la violencia o intimidación ejercida sobre ellos para que no denuncien podrá constituir uno de los delitos contra la libertad, como son los de coacción o amenazas, pero lo que no puede ser incriminada con base de lo dispuesto en el párrafo primero del mencionado artículo 325 del Código penal, por impedirlo el acatamiento al principio de legalidad en cuanto que no se hallan expresa y claramente comprendidos en la descripción típica.

ARTICULO 344. (Y PRIMERO, UNO, PRIMERO DE LA LEY ORGANICA 7/1982). TRAFICO DE DROGAS. CONSUMICION. TERRITORIALIDAD Y JUSTICIA MUNDIAL. CONTRABANDO. TERRITORIO ADUANERO.

(STS de 4 de diciembre de 1989. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Primero. El primer motivo del recurso se ampara —como los restantes en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y denuncia la vulneración del párrafo segundo del artículo 1 del Código penal en cuanto a la exigencia de dolo o culpa, entendiendo que el procesado «no pretendía entrar

en territorio español, sino que fue obligado a hacerlo por exigencias de tipo aduanero». En realidad, la impugnación incurre en la previsión 3.^a del artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, valorable ahora como causa de desestimación, puesto que se aparta de los hechos probados, en tanto, se argumenta con las propias declaraciones obrantes en la causa. Sigue, sin embargo, que tal defecto merece en este caso cierta tolerancia, pues su posible origen se encuentra en las notorias deficiencias de la Sentencia recurrida, lamentables siempre, pero más cuando una persona resulta condenada a dos severas penas, una de siete años de prisión mayor y otra de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor (por no hablar de las sanciones pecuniarias). El relato fáctico —de trece líneas y media— recoge que el procesado «el día 18 de abril de 1987 llegó al aeropuerto de Barajas —Madrid— procedente de Malabo en vuelo de Iberia 858 y sobre las 16'30 horas fue requerido por los Guardias Civiles del Servicio de Información para el reconocimiento del equipaje, encontrándose en una bolsa de la que no se desprendió en ningún momento y en la que se encontraron en un doble fondo 436,8 gramos de heroína y con la (sic) la pensaba traficar, como transportista», narración ésta, excesivamente parca y gramaticalmente defectuosa, que se complementa a continuación con unas consideraciones jurídicas impropias de este lugar: «consumándose este delito por la posesión del estupefaciente así como el de contrabando aunque la finalidad no fuera su distribución (sic) en el Territorio Español». Ni consta la razón de la presencia del procesado en el aeropuerto, ni la zona del mismo en que se encontraba, ni si pasó por la oficina de aduana, ni si se proponía abandonar pronto el territorio español, siguiendo viaje en otro vuelo. Sólo acudiendo al, igualmente brevísimo, fundamento jurídico primero de la resolución impugnada parece encontrarse alguna luz, pues éste afirma —confundiendo de nuevo la ubicación de los razonamientos de hecho y de derecho, e insistiendo en muy incorrecta redacción— que «se ha demostrado en el acto del juicio oral la cantidad y riqueza de la sustancia altamente nociva para la salud que por necesidad del itinerario ésta permanecía en Madrid horas». Sobre base fáctica tan incompleta, resulta obligado resolver a favor del reo las dudas que de aquélla se derivan: todo apunta a que el ahora recurrente se encontraba sólo en situación de tránsito y no consta siquiera que en esa espera superara la frontera aduanera o, al menos, pretendiera hacerlo. Obviamente, estas consideraciones repercutirán en todos los motivos del recurso. Por lo demás, y volviendo a la alegada infracción del párrafo segundo del artículo 1 del Código penal, este reproche aislado, pero concerniente por igual al delito de contrabando y al tráfico de drogas, peca de superfluo, pues el dolo habrá de ser examinado al hilo de los restantes motivos referidos por separado a cada una de dichas infracciones criminales.

Segundo. El segundo motivo, atinente ya en exclusiva al tráfico de drogas, estima infringido el artículo 344 del Código penal en lo relativo al principio de territorialidad, según se desprendería de los artículos 8.1 del Código civil y 33 de la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial, pero es crítica que no puede prosperar por las siguientes razones: A) Porque la normativa sobre jurisdicción y competencia no tiene carácter estrictamente sustantivo, de modo que se incurre en la causa de inadmisión —ahora de desestimación— del número 1.^º de su artículo 849. B) Porque el principio de territorialidad ha sido reafirmado con carácter general en el número 1 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, vigente cuando ocurrieron los hechos enjuiciados, y, por

si ello fuera poco, en lo que atañe al tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas o estupefacientes, el número 4 de ese mismo artículo acoge el principio de justicia mundial, de manera que hubiese podido ser conocido y castigado por la justicia española incluso cuando se hubiera cometido en el extranjero. Y C) Porque a mayor abundamiento el delito cuestionado es de peligro abstracto y consumación anticipada, por lo que la perfección se alcanzó por la simple tenencia de droga con ánimo de tráfico, intención ésta fácilmente deducible a partir de su cuantía (463,8 gramos de heroína), y así, a la vez que se constata la concurrencia del dolo específico de esta figura delictiva, queda patente su consumación en territorio nacional, con independencia de que se hubiera traspasado o no la aduana y al margen del lugar previsto para el aportamiento.

Tercero. Mayores dificultades ofrece y mejor acogida merece el tercer motivo del recurso, en el que se combate —de nuevo con el telón de fondo de la territorialidad— la aplicación del artículo primero, número primero de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, por cuanto no concurrían los requisitos exigidos en dicho delito de contrabando. Tiene razón el recurrente, y, si bien cabrá razonar directamente la inexistencia de la repetida infracción criminal, conviene adelantar el examen a la naturaleza del delito, puesto que la doctrina y la juresprudencia polemizan —no entre sí, sino en sus respectivas corrientes internas— tanto acerca de lo que sea importación (en relación con el concepto de territorio español), como en lo que atañe a la posibilidad de acoger formas imperfectas.

Cuarto. El Diccionario de la Real Academia de Lengua define el vocablo «importar» —en la acepción que ahora interesa— como «introducir en un país extranjero géneros, artículos, costumbres o juegos extranjeros», siendo claro que sólo la referencia a los dos primeros grupos de objetos tiene valor en el área del contrabando. El problema surge, sin embargo, cuando se trata de precisar el concepto de país o territorio en relación concreta con el uso que del verbo «importar» hace la Ley Orgánica 7/1982 en su artículo primero, uno, cuestión ésta que admite en principio tres interpretaciones, según se acuda a la noción geográfica (dependiente de la ubicación de las fronteras relativas a las soberanías), o a la aduanera (atendiendo al área afectada por las disposiciones fiscales). Toda elección puede presentar inconvenientes, pero las referencias continuas a las Aduanas —perfectamente acordes como el bien jurídico protegido— aconsejan decantarse por la tercera opción en el sentido de que el delito descansa fundamentalmente en el paso de los géneros a través de la oficina aduanera sin las oportunas declaración y autorización, bien entendido que a tal conducta equivale la introducción de aquellos por otra vía, siempre que así, se eludan dichas barreras y trámites, colocándolos ya en el territorio defendido aduaneramente, pues, en definitiva, se ha conseguido burlar los límites fiscales al igual que si se hubiera logrado la introducción irregular por una de aquellas oficinas. Con este criterio cobra sentido el contrabando entre las zonas francas españolas —Ceuta, Melilla y Canarias— y el espacio peninsular (incompatible con el concepto geográfico), a la vez que concuerda con la tipificación —ahora como exportación— de quién, con los objetos en cuestión, cruza la Aduana española para tomar un avión también español (incriminación poco acorde con el concepto jurídico del territorio, al margen de que, si fuera descubierto el delito estando aún el interesado en ese espacio jurídico, pudiera incluso ser desembarcado para su enjuiciamiento en nuestro país).

Quinto. La posición arriba definida cuenta además con el apoyo indirecto

de la propia Ley Orgánica 7/1982, en cuyo artículo primero, uno, séptimo y octavo se recogen las previsiones especiales para determinados comportamientos en aguas jurisdiccionales españolas, seguramente innecesarias si se aceptaran los conceptos geográfico o jurídico, tal y como reconoce, paladinamente, la Sentencia de 20 de noviembre de 1987, con cita de la de 11 de noviembre de 1987 y advirtiendo que de esa manera se ha llegado a «la creación de subtipos penales referido al trámite por vía marítima, acudiendo al expediente de sancionar como delitos continuados los que en hechura penal no pasan de ser preparativos o constitutivos de tentativa». De otro lado, también el artículo primero del Real Decreto 971/1983, de 16 de febrero, por el que se desarrolla el Título Segundo de la mencionada Ley Orgánica 7/1982, contribuye a la repetida exégesis. Aunque concerniente a las infracciones administrativas de contrabando, no sería coherente operar con criterios distintos según el carácter de la infracción —sobre todo, empeorando la situación del sometido al Derecho penal—, de manera que cabe generalizar las conclusiones a que lleva su número 1.1. Este, después de referirse a quienes importaren o exportaren determinados géneros «sin presentarlos para su despacho en las Oficinas de Aduanas», añade que «la ocultación o sustracción dolosa de cualquier clase de géneros— sean estancados, prohibidos o de lícito comercio— dentro del recinto aduanero, a la acción de la Documentación de Aduanas, se entenderá como no presentación para su despacho y constituirá, por tanto, infracción de contrabando», lo que implica el reconocimiento de que, en otro caso, y pese a hallarse ya el género en territorio geográfico y jurídico español no habría aún infracción alguna, al menos en grado de consumación.

Sexto. Ciertamente, no faltan sentencias de esta Sala favorables al «adelantamiento» conforme al criterio del espacio geográfico —por lo general, incluso, sin plantearse el problema de las formas imperfectas—, y así ocurre con las de 13 de mayo de 1987, y 26 de enero y 16 de junio de 1988, para las que «territorio nacional era ya la oficina aduanera en que se verificó la aprehensión», señalando, además, la primera que incluso una eventual ubicación de la oficina en territorio geográfico extranjero sería inane, «ya que territorio es el espacio sobre el que se extiende la soberanía estatal, y ningún acto de tal carácter puede ostentar más significado relieve que el de privar de libertad en él a una o varias personas»; sin olvidar las de 26 de marzo y 2 de noviembre de 1988, que estiman la consumación de quienes fueron sorprendidos con el alijo en nuestras aguas jurisdiccionales, y la de 23 de diciembre de 1988, a cuyo tenor el delito «se perfecciona y consuma tan pronto, dichos géneros, sin autorización, se introducen en territorio español, sea éste terrestre, marítimo o aéreo, procedentes de país extranjero», y el descubrimiento en el recinto aduanero revelaría esa introducción en territorio español «aéreo, primero y terrestre después». Sin embargo, otras resoluciones son menos terminantes, pudiendo servir de ejemplo la de 16 de septiembre de 1988 que, pese a reiterar que la oficina aduanera es ya territorio nacional, y que el hallazgo de la cocaína «al pasar el trámite de examen de equipajes en el aeropuerto» lleva al delito en grado de consumación, afirma que ésta «se realiza desde el momento del desembargo de las mercancías en cualquier lugar del territorio nacional» (lo que parece excluir el espacio aéreo), pero a condición de aquél «denote la finalidad de eludir el control aduanero con unas mínimas posibilidades de disposición», o la de 2 de marzo de 1988, con su afirmación de que «la consumación se realiza desde el momento del desembargo de las mercancías en cualquier lugar del territorio

que denote la finalidad de eludir el control aduanero con unas mínimas posibilidades de disposición», posición ésta que coincide sustancialmente con lo dicho en el fundamento jurídico cuarto sobre el concepto fiscal del territorio y el soslayo de las oficinas aduaneras como conductas equivalentes al paso subrepticio por las mismas. También las sentencia de 4 de noviembre de 1988 se refiere al «transpaso del territorio geográfico español con una cierta mínima disponibilidad de la mercancía introducida», aunque estime que ello puede darse ya «antes de llegar al despacho de aduanas». Ahora bien, las sentencias condenatorias sobre importación al espacio peninsular desde zonas aduaneras francas —así las de 29 de octubre y 3 de noviembre de 1988, y 3 de octubre de 1989— operan de contrapunto decisivo a favor del concepto aduanero o fiscal como determinante para el delito de contrabando por importación.

Séptimo. Desechada consecuentemente la consumación de un delito de contrabando por quien ni atraviesa ni piensa atravesar la barrera aduanera española, dado que se halla en el aeropuerto por escala intermedia y para seguir viaje con la mercancía que porta, procede examinar la posibilidad de apreciar formas imperfectas en el repetido delito. A este respecto hay que responder afirmativamente en abstracto, pero negativamente en cuanto, según se verá: En cuanto al primer punto, porque, si bien algunas sentencias sostienen que tales infracciones son de mera actividad, o inactividad, de modo que no admitirían aquella graduación ejecutoria —por ejemplo, la de 16 de junio y 16 de septiembre—, otras se inclinan por la aceptación —como sucede con las de 26 de enero y 2 de marzo de 1988, y, muy particular y razonablemente, con la de 1 de diciembre de ese mismo año—, pues, según se admite en esta última, de acuerdo, además, con la doctrina científica más solvente, las conductas del tipo tienen un doble carácter activo, en cuanto se transgrede el límite del espacio aduanero, y pasivo, porque se elude la presentación en la oficina correspondiente, pudiendo incluso defenderse que la exportación misma constituye el resultado (como expresamente declara la citada sentencia de 1 de diciembre de 1983). Por el contrario, en el plano de lo concreto, y con relación al hecho enjuiciado, la falta de toda intención de traspasar la aduana española, o eludirla de alguna manera, impide radicalmente acudir a unas formas imperfectas cuyo componente subjetivo ha de ser el mismo que corresponde al delito consumado. No hubo siquiera actos preparatorios (impunes), puesto que nada llegó a prepararse con vista a una importación ilegal en España. El tercer motivo del recurso ha de ser acogido.

Octavo. Por último, y por lo que hace al cuarto motivo circunscrito ya al delito de tráfico de drogas, el recurrente parece confundir la antijuridicidad material y al principio de legalidad. En su momento se examinó y aprobó la calificación conforme al artículo 344 del Código penal, de manera que esa misma aplicación revela cómo aquel principio no fue conculado. De otra parte, y según se dijo igualmente, se trata de un tipo de peligro abstracto en el que la salud pública opera realmente como motivación de unas figuras que adelantan la protección penal. El reproche debe ser desestimado.

ARTICULO 338. BIS. OMISION DEL DEBER DE IMPEDIR DETERMINADOS DELITOS. DOCTRINA GENERAL*(STS de 28 de septiembre de 1989. Pte. Sr. Moyna Méndez)*

Segundo. El artículo 338 bis, citado, introducido en el Código penal por la Ley de 17 de julio de 1951, la misma que incluyó también la omisión del deber de socorro, y guardando ambos delitos patente de afinidad, centra la estructura objetiva del tipo en la obstención de impedir —mediante una intervención inmediata— un delito de los que señala el precepto que esá cometiéndose o que va a cometerse, es decir —precisando más este segundo término— el deber de intervenir nace cuando la resolución delictiva se haya manifestado objetivamente y se tenga la certeza o creencia seria de que el delito va a ejecutarse; y el dolo exige —en orden al tipo subjetivo— el conocimiento de que el sujeto está siendo objeto o lo va a ser de uno de los delitos a que se refiere la ley, unido a la conciencia de la propia posibilidad de impedirlo mediante una intervención inmedia- ta que no reporte riesgo alguno para su persona.

Esta breve disgración sobre los elementos del tipo penal es suficiente para rechazar la existencia del delito imputado al discurrir sobre los hechos relatados. La información de que disponía el acusado, a través de su intervención profesional y de las relaciones con el menor y su madre que el hecho probado expresa, se limitaban a unas lesiones —quemaduras— en antebrazo y manos causadas por el amante de aquélla los días 26 y 30 de diciembre, pero no existe en el «factum» elemento o dato objetivo alguno para deducir que el acusado hubiera llegado la certeza o creencia de que aquellas lesiones podrían ser expresión indicaria del propósito homicida que se manifestó dos días después; consiguientemente no pudo tener conciencia del deber de intervenir, y su abstención carece de relieve penal.

ARTICULO 394. MALVERSACION. CONCEPTO DE CAUDALES PUBLICOS*(STS de 18 de octubre de 1989. Pte. Sr. García Pérez)*

Cuarto. Ahora bien, la puesta en relación de los artículos 175 del Texto refundido y 92 de la Ley de Bases no excluye terminantemente que el Oficial de Servicios Especiales pueda participar, aunque sea de manera necesariamente subordinada, en alguna faceta del cobro de tasas, que es cometido integrado en la pública función recaudatoria; por lo que se desvanece el obstáculo aducido para comprender el acusado en el artículo 119 del Código penal. Y la doctrina de esta Sala —Véase la Sentencia de 29 de febrero de 1988 y anteriores que cita— viene manteniendo, respecto al delito de malversación, el no ser imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia que las disposiciones atribuyan al cuerpo administrativo a que pertenezcan o al servicio al que nominalmente figura adscrito, sino que basta con que los caudales públicos hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público.

ARTICULO 407. HOMICIDIO FRUSTRADO. EXTERIORIZACION DEL ANIMO DE MATAR

(STS de 19 de diciembre de 1989. Pte. Sr. Soto Nieto)

El delito de homicidio exige en el agente conciencia del alcance de sus actos, voluntariedad en su acción dirigida hacia la propuesta meta de segar la vida ajena, «animos necandi», que por escapar a una pura aprehensión intelectual, por pertenecer a la esfera íntima del sujeto y hallarse en los arcanos de sus sentimiento, sólo puede inferirse atendiendo a los elementos del mundo sensible, circundante a la realización del hecho, no sólo a los actos coetáneos que acompañaron a la acción, sino también a los precedentes y subsiguientes, como valiosas referencias capaces de reconducir al estado anímico del sujeto, permitiendo pasar de la apreciación del haz de datos objetivos y externos, desentrañando su verdadera y oculta significación, al conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad alumbradora e impulsora de sus actos, debiendo considerarse factores tales como la actitud del agente, medios o instrumentos empleados en la agresión, región del cuerpo hacia donde fue dirigida la agresión y, en general, todos los matices del comportamiento del agente en cuanto se manifiesten como reveladores de una específica voluntad (Cfr.: sentencias de 3 de julio de 1984, 15 marzo de 1985, 26 de junio de 1986, 19 y 21 de febrero de 1987).

La atribución al procesado de un «animus necandi» en su actuación aparece fundada y en adecuada correlación con el presunto fáctico, atendiendo al arma empleada —pistola con cinco cartuchos—, el lugar o zona del cuerpo hacia donde dirigió el disparo, región abdominal, con orificio de entrada en el hipocondrio izquierdo, ocasionando perforación gástrica, esplénica, de páncreas, hepática y rotura de colon, «lesiones de tanta gravedad que le hubieran producido la muerte de no haber sido intervenido quirúrgicamente con urgencia, practicándole la paratomía media» quedando una serie de secuelas, entre ellas pérdida del brazo e incapacidad para ejercer su trabajo habitual de labrador; se constata que fue la mujer del procesado, con su intervención, la que impidió que siguiera disparando. Todo ello es revelador del propósito homicida que animó al encausado, por lo que el motivo ha de desestimarse.

ARTICULO 407 y 565. HOMICIDIO DOLOSO. ANIMO DE MATAR

(STS de 7 de diciembre de 1989. Pte. Sr. Cotta y Márquez de Prado)

1. El único motivo que queda por examinar en este trámite del presente recurso, carece notoriamente de la necesaria suficiente suavidad para su desestimación en derecho, pues denunciándose en él, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la falta de aplicación a la conducta de l recurrido de las disposiciones contenidas en el artículo 407 del Código penal, a esta petición se opone al propia declaración probada de la sentencia combatida cuando expresa que el procesado dejó de conversar con el encargado de la barra del bar, «y volviéndose hacia un lado apartó, empujándole con el puño derecho, a Manuel Pedro García Bouzamayor, que presentaba un estado de alcoholismo

crónico, dándole en el pecho, bajo el mentón y, haciéndole perder el equilibrio, cayó de espaldas al suelo, golpeándose en el occipital» y produciéndose las consecuencias que la resolución impugnada detalla, ya que de tan escuetas declaraciones no se evidencia, al menos con el rigor que es preciso, no ya el *animus necandi* o voluntad de matar, que ha de constar de una manera inequívoca, sino ni siquiera el *animus vulnerandi* o propósito de lesionar que se requiere para desencadenar el proceso causal, en su doble vertiente natural y jurídica, que hace exigible la responsabilidad propia del homicidio doloso o quasi-doloso o eventual, por lo que, ausente la malicia o intención de dañar, en el recurrido, el acto realizado por él no puede encajarse más que en la culpa sancionada en el artículo 565 del Código penal al haber obrado sin prestar la atención y cuidado debidos en el desafortunado lance concreto en que se materializó su actuación, y como esto fue lo que hizo con acierto la Audiencia sentenciadora, no queda otra alternativa que la de confirmar el fallo de contradicho previa desestimación íntegra del recurso que lo combate.

ARTICULO 434. ESTUPRO. PREVALIMIENTO

(*STS de 7 de julio de 1989. Pte. Sr. Puerta Luis*)

Cuarto. El cuarto motivo, también por el cauce del número 1.^º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia igualmente la infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 434 del Código penal, «pues a resultas de los hechos que se declaran probados no puede entenderse el “prevalimiento” de su superioridad originada por cualquier relación o situación». Según la parte recurrente, «se echa en falta, en la sentencia recurrida, una concreta descripción del supuesto “prevalimiento de superioridad”».

Una vez más, es necesario recordar que el cauce procesal elegido exige el escrupuloso respeto de los hechos declarados probados en la sentencia citada por el Tribunal «a quo», (artículo 884.3.^º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

El artículo 434 del Código penal habla de tener acceso carnal «prevaliéndose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación.». La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el prevalimiento va implícito cuando existe ascendiente sobre la víctima, coacción moral, diferencia de edad, relaciones de superioridad psíquica o moral, regalos y obsequios, etc. (*vid. sentencias de 23 de marzo de 1985, 22 de diciembre de 1986, 11 de marzo, 28 de mayo, 28 de octubre y 2* de noviembre de 1987, entre otras*).

En el presente caso, el relato de hechos probados de la sentencia precisa que Josefa T. tenía dieciséis años de edad y que padece una oligofrenia en grado medio, con un cociente intelectual aproximado al 0,60, lo que perturba sus facultades intelectivas y volitivas, aunque sin llegar a la anulación. No sabe leer ni escribir, pero conoce el significado y consecuencias de la actividad sexual. En suma, la citada joven se halla en el límite entre la denominada oligofrenia en grado medio y la debilidad mental. El procesado, por su parte, tenía 28 años de edad y estaba casado.

La diferencia de edad física, la condición de casado del procesado —en alguna medida, dadas las circunstancias concretas del caso—, y esencialmente, la condición psíquica de la joven, que además, desconocía que Agustín fuera casado, habiendo

salido de paseo con él en varias ocasiones, montando incluso voluntariamente en su vehículo, constituyen un conjunto de circunstancias que describe nítidamente unas situación de superioridad por parte del procesado, que lógicamente se prevalió de ella al realizar la conducta enjuiciada. El motivo, por tanto debe de ser desestimado.

ARTICULO 453. CALUMNIA. ANIMO DE INJURIAR

(STS de 22 de septiembre de 1989. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Segundo. Como declaran la sentencia de esta Sala, de 26 de noviembre de 1976, si bien el núcleo de los tipos de calumnia e injuria inclina estructurar la primera de las bases objetivas y la segunda sobre bases subjetivas y finalistas, en los últimos tiempos se ha producido una aproximación de ambos delitos, por el camino de la culpabilidad, en el sentido de exigir para la existencia de un delito de calumnia el elemento subjetivo, esto es, la captación de un ánimo tendencial caracterizado por la intención difamatoria del agente activo —Cfr. sentencias 23 de agosto de 1983 y 3 de febrero de 1984.

ARTICULO 457. INJURIAS GRAVES. LIBERTAD DE EXPRESION. ACTIVIDAD PERIODISTICA

(STS de 23 de noviembre de 1989. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Único Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción del artículo 457 del Código penal por entender que al no hacerse imputación alguna en la frase tenida por injuriosa, se valora el resultado objetivo de la opinión crítica como menoscenso del Centro de Enseñanza y su íntima relación con él, en el segundo motivo, con igual y correcto apoyo procesal, se alega la infracción del artículo 20 de la Constitución dado, se dice, que fue un *profesional del periodismo* quién actuó utilizando un medio de comunicación, como lo es la radio, que sirve precisamente para formar la opinión pública lo que otorga al derecho a la información de un carácter fundamental y prevalente.

El tema, viejo y nuevo, de las fronteras entre la libertad de expresión y fundamentalmente de la de información por parte y el derecho al honor por otra, ofrecen unos contornos cada vez más diáfanos y precisos conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala, distinguiendo a su vez, el derecho referido a las personas individualmente consideradas y el que afecta a los Entes o personas jurídicas en los que más bien debe hablarse de dignidad, prestigio, etc. con un nivel más débil de protección. A pesar de todo se mantiene constantemente viva la polémica y es difícil, al menos por ahora, el establecimiento de unos criterios indelebles, fijos, inalterables y bien determinados que sirvan para todos o la mayor parte de los supuestos. Es por ello imprescindible considerar en cada caso el peso específico de los restantes derechos, ninguno de ellos absolutos e ilimitados, y fijar la correspondiente solución judicial que poco a poco, por la vía del análisis pormenorizado de los supuestos resueltos, podría ir conformando

un amplio cuerpo de doctrina —hoy todavía en formación sin perjuicio de lo indicado también y sin perjuicio de que el dinamismo de la propia vida comunitaria— léase realidad social conforme al artículo 3 del Código civil— imponga las correspondientes alteraciones en función de los cambios sociales.

En este caso hay que destacar lo siguiente: 1) Que *las expresiones no son objetivamente injuriosas, sino críticas*, aspecto muy distinto, al funcionamiento de un Centro de enseñanza lo que cualquiera que sea la naturaleza jurídica del mismo, público o privado, no se da pues, la situación de lo que parte de la doctrina llama «injurias cubiertas». 2) Que se hicieran dichas manifestaciones en un programa radiofónico, dirigido por un profesional de la información y dirigido a la opinión pública, facilitándose la posibilidad de contestar al Director o responsable del Centro. 3) Que de *ninguna manera consta probada la intención de injuriar o menospreciar que*, como inferencia de un hecho psicológico ha de ser obtenida del conjunto de la practicada, en este caso de los mismos hechos declarados probables.

Así las cosas hay que recordar que la jurisprudencia constitucional viene afirmando que las libertades del artículo 20.1 de la Constitución Española no son sólo derechos de la persona, sino también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre; estando estas libertades dotadas por ello de una eficacia que transciende a la común propia de los demás derechos fundamentales incluido el del honor, así esta situación de valor superior de la libertad de expresión obliga a considerar en el enjuiciamiento penal de conductas, en el ejercicio de esas libertades, si el ejercicio de los mismos constitucionalmente protegidos como derechos fundamentales, actúan como causa excluyente de la antijuridicidad (Véase sentencia del Tribunal Constitucional 121, de 3 de julio de 1989, con cita de otras varias).

Ello conduce a estimar que no se ha producido en el caso de enjuiciamiento el delito objeto de condena en la sentencia impugnada porque, vistas las circunstancias concurrentes, falta el dato objetivo de la injuria y falta especialmente el ánimo de injuriar, esencia en este tipo de infracciones, prevaleciendo en cambio el ejercicio del derecho/deber que los profesionales del periodismo tienen de informar a la opinión pública, siempre que no extravasen los límites razonables que la propia información exige: de seriedad, de búsqueda también razonable de la realidad de los hechos denunciados, de no utilización de expresiones innecesarias en las que se incorpore un insulto o fórmula inequívocamente despectiva.

ARTICULO 499. BIS. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO

(STS de 3 de julio de 1989. Pte. Sr. Delgado García)

El artículo 499 bis, que introdujo en nuestro Código penal los llamados delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo, en su penúltimo párrafo se refiere a los supuestos de crisis de la empresa en a que maliciosamente se hubieran hecho ineficaces los derechos de los trabajadores, con remisión expresa al artículo 519 del mismo Código. Tal remisión ha sido reiteradamente interpretada por esta Sala (Sentencia de 15 de octubre de 1982, 29 de junio de 1987 y 21 de octubre de este mismo año, entre otras muchas) en el sentido de estimar que para que exista este especial tipo de delito han de concurrir todos y cada uno

de los elementos del alzamiento de bienes definido en dicho artículo 519, y entre ellos tiene singular importancia, por lo que al caso presente se refiere, la exigencia de que el deudor tenga que actuar con la finalidad específica de defraudar a sus acreedores por medio de la colocación fuera de su alcance de todo o parte de su patrimonio, elemento subjetivo del injusto que recoge el artículo 519 con su expresión «en perjuicio de sus acreedores», y repite el referido penúltimo párrafo del 499 bis. al utilizar el término «maliciosamente».

ARTICULO 501. PARRAFO ULTIMO Y 506.1.^º. USO Y PORTE DE ARMAS. RELACIONES

(STS de 3 de octubre de 1989. Pte. Sr. García de Miguel)

Tercero. El tercero de los motivos se ampara en el mismo precepto procesal que el anterior y denuncia la infracción de lo dispuesto en el párrafo último del artículo 501 por aplicación indebida y del número 1.^º del artículo 506 por falta de aplicación, aduciendo el recurrente en apoyo de su tesis que entre ambos preceptos se produce un conflicto de normas para cuya decisión habrá que acudir a los principios de especialidad y valoración de los bienes jurídicos protegidos y que como el «uso» del arma implica una actuación mayor que el mero «porte» éste debe entenderse absorbido por aquél que es el que debe prevalecer y, a su vez, que el párrafo último del artículo 501 protege, fundamentalmente bienes personales, —la vida, la integridad física, etc.— los cuales son puestos en unas situación de peligro inmediato mientras que el número 1.^º del artículo 506 parece que se inclina a una mayor protección de los bienes jurídicos patrimoniales, por lo que, en definitiva, procede aplicar el último párrafo del artículo 501 y no el número 1.^º del artículo 506 del Código penal, lo que hace imposible el uso de los dispuesto en el párrafo último de éste artículo, pero al razonar así se hierra en cuanto «la ratio essendi» de los dos preceptos es la misma, o sea, el peligro abstracto que implican tanto el uso como el porte de armas y que si bien es cierto que el uso presupone el porte y no al revés, es lo cierto, que al haber usado el arma desmuestra que quedó plenamente cumplida la exigencia típica del número 1.^º del artículo 506 a los efectos de poder aplicar lo dispuesto en su último párrafo, pues de no entenderlo así se podría frustrar la reforma introducida en 1983 en el artículo 501-5 al remitir a efectos de imposición de la pena a lo dispuesto en los artículos 505 y 506 del propio Código con el fin de recoger las críticas que doctrina y jurisprudencia habían hecho a la redacción del precepto con anterioridad a la reforma y que hacía posible que un delito con violencia o intimidación en las personas pudiese ser penado con pena inferior a un delito con fuerza en las cosas, de ahí, que frente a lo que alega el recurrente deba aplicarse el número 1.^º del artículo 506 y no el último párrafo del artículo 501, por lo que el motivo debe ser desestimado.

ARTICULO 506. 8.º Y 9.º ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. AGRAVACIONES

(STS de 22 de septiembre de 1989. Pte. Sr. Bacigalupo Zapateur)

El recurrente no ha tenido en cuenta que el fundamento de agravante contenido en el artículo 508.8.º del Código penal no está condicionada por los efectos de la acción en relación a la situación patrimonial de la víctima, sino sólo por la especial reprochabilidad del ánimo de lucro exteriorizada por el autor del delito. En otras palabras, que el procesado no ha sido condenado con aplicación del número 9.º del artículo 506 del Código penal. En el caso del número 8.º de este artículo, por el contrario, la agravación no está condicionada por la situación causada a la víctima, si no simplemente por el desvalor de la acción exteriorizado en la ejecución del hecho. El legislador ha querido, de esta manera, alcanzar mediante estas dos disposiciones dos supuestos bien diversos de especial reprochabilidad del ánimo de lucro: la que se deriva de la apetencia patrimonial ilícita (artículo 506.8.º) y que es la consecuencia del menosprecio o insensibilidad mostrados por el autor hacia la situación de la víctima (artículo 506.9.º). En el primer supuesto importa en primera línea el valor de lo sustraído, mientras que en el segundo sólo interesan las consecuencias que el robo tuvo sobre la situación del sujeto pasivo, cualquiera que haya sido el valor de lo sustraído.

ARTICULO 519. ALZAMIENTO DE BIENES. DOCTRINA GENERAL.

(STS de 8 de noviembre de 1989. Pte. Sr. Díaz Palos)

1. El frondoso título que encabeza la Sección 1.^a del capítulo IV (de las defraudaciones), título XIII, libro 2.^º del Código penal, obra más bien del acarreo histórico que de una rigurosa sistemática, ha sido recomposto por la moderna exégesis en el sentido de considerar que la *insolvencia punible* carece de propia sustantividad penal, y constituye más bien el género del que son especies contrapuestas la quiebra (fraudulenta o culpable) propia de los comerciantes, y el concurso (con iguales modalidades) para los que no lo son, de cuyas dos especies se ha destacado, a su vez, una tercera: el *alzamiento de bienes*, con viejo abolengo en el deudor *furgitivus*, extensivo luego a la ocultación total o parcial de sus bienes en perjuicio de los acreedores, lo que explica, como modalidad más grave y primitiva de la quiebra fraudulenta que figure en cabeza de la misma (artículo 890.1.^º del Código de comercio) y que, por lo mismo, se haya estimado conveniente dotarle de autonomía punitiva, lo que permite su persecución sin esperar a la declaración de quiebra (o concurso) que actúa en las demás especies concursales como verdadera condición objetiva de punibilidad o, al menos, de perseguitabilidad y antes, por tanto, de que se concrete y cuantifique el perjuicio sufrido por la masa de acreedores como consecuencia de las diversas conductas típicas del quebrado o concursado.

2. La anterior reflexión conviene de modo especial a la naturaleza jurídica del delito de *alzamiento de bienes* que, al emanciparse de la persecución colectiva de los acreedores derivada de los procedimientos de quiebra o concurso hasta

constituir una figura adelantada, posible incluso en la suspensión de pagos y aún ajena al derecho concursal, viene a concebirse como un delito *tendencial*, como lo demuestra la locución finalista *en perjuicio* de los acreedores, o mejor aún como un delito de los que la moderna dogmática califica de *resultado cortado* porque aquel elemento subjetivo del injusto inserto en el tipo, dotando a la conducta de inequívoca antijuricidad, anticipa el resultado que ya no es tanto *el efectivo perjuicio* a los acreedores, como el peligro de causarlo, de suerte que bien puede asignarse a esta figura delictiva la categoría de mera *actividad* o *de riesgo* que, aún encuadrada entre las patrimoniales, no exige la causación del daño al derecho de los acreedores que, de producirse, *agotaría* el delito ya *consumado* jurídicamente con aquella puesta en peligro de la conducta del deudor representa para la efectividad de los créditos.

3. La fijada naturaleza jurídica del delito de alzamiento explica, de una parte, la cambiante morfología del *elemento objetivo* o acción de alzamiento que ya no se identifica con su más grave manifestación histórica del deudor fugitivo (explicable, dado que en aquel entonces el *droit de suite* del acreedor alcanzaba a la persona del deudor), sino con cualquier otra actividad que tienda a menoscabar fraudulentamente su *patrimonio*, según dijo ya de manera paradigmática la antigua Sentencia de 13 de mayo de 1882 hasta constituir ya un *topoi* en la posterior jurisprudencia, todo ello de acuerdo con la traslación operada por el moderno derecho liberal y progresista, eximiendo de la acción del acreedor a la persona del deudor (de ahí también la abolición de la prisión por deudas) y centrándola con exclusividad en el patrimonio, como garantía real y universal de las obligaciones, así proclamada en el artículo 1911 del Código civil.

4. De otra parte, aquel predominio del *elemento subjetivo* o *animus nocendi*, lleva a distinguir la *insolvencia*, buscada por el deudor con su peculiar conducta, del final *perjuicio* a los acreedores, por mas que, de ordinario una y otro se confundan dada la conexión entre ambos conceptos, pero que, por lo mismo permite computar con igualdad de efectos la insolvencia real o aparente, total o parcial (sentencias 16 de abril de 1958, 2 de mayo de 1959, 2 de marzo de 1960, 28 de enero, 31 de mayo y 4 de diciembre de 1961, 20 de mayo y 8 de junio de 1964, 12 de junio de 1969, 18 de febrero de 1970, 8 de febrero de 1971, 23 de mayo y 30 de junio de 1975, 10 de febrero de 1976, 2 de marzo de 1977, 15 de abril de 1978, 28 de mayo de 1979, 9 de mayo de 1981, 16 de diciembre de 1982, 16 de diciembre de 1983, 29 de mayo de 1985, 7 de marzo de 1986, 22 de abril de 1987, 27 de octubre de 1988, 20 de enero de 1989 y otras), no estando de más, recordar al respecto, que la vieja insolvencia punible recogida por el Código Penal de 1848 y hoy sin contenido, era una suerte de alzamiento de menor entidad, que se nutría de ocultamientos parciales, en tanto, que el propio delito de alzamiento de bienes implicaba una ocultación universal de los mismos. Y esta dualidad que pasó del citado artículo 890.1.^º del Código de comercio, hoy ha quedado refundida en el Código penal bajo el único *nomen iuris* de alzamiento de bienes.

5. La mentada *consumación* anticipada del delito en consonancia con su naturaleza jurídica, lleva aparejadas otras consecuencias como el rechazo de la tentativa y la inocuidad del posterior pago de las deudas una vez que el deudor se ha colocado en situación de insolvencia buscada para eludir el pago de aquellas (Sentencias 28 de marzo de 1905, 31 de mayo de 1961). A lo sumo tal pago posterior

podrá fundamentar la aplicación del atenuante de arrepentimiento (Sentencia de 19 de junio de 1942) siempre que concurran, lógicamente, los requisitos de tal circunstancia modificativa de la responsabilidad penal.

6. El único motivo subsistente del recurso, con sede en el artículo 849.1.^º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, postula la infracción del artículo 519 del Código penal, por indebida aplicación, con el argumento de que la empresa PRE-FINSA, de la que era único administrador el procesado José Alberich Barbará, pagó en definitiva, su deuda dentro del procedimiento ejecutivo seguido contra dicha empresa por el Colegio de Arquitectos de Cataluña, de un modo que no puede decirse que fuera burlada la efectividad del crédito que ostentaba dicho acreedor y por ende no se dió la intención de defraudar, tal como puso de relieve la sentencia de 16 de febrero de 1983 en caso análogo.

El argumento desconecta la declaración del *factum* hecha *in fine* de que, en efecto, fue satisfecho el crédito a la ejecutante el día 17 de octubre de 1985 «dentro del mencionado procedimiento ejecutivo», del resto de la narración. De ella se desprende que el juicio ejecutivo en cuestión se inició en 12 de junio de 1984, que se trtó embargo el 23 de julio del mismo año sobre la finca de la demandada y al día siguiente, día 24 de julio, la susodicha finca, de un valor aproximado a los doce millones de pesetas, fue vendida mediante escritura pública por el mencionado procesado a su hijo y también procesado José María Alberich Llaveria por precio que consta y presentada al Registro para su inscripción en el mismo día, de suerte que cuando el 22 de septiembre de dicho año se instó la anotación preventiva del embargo sobre la finca, no pudo practicarse por figurar mencionado bien raíz inscrito a favor de la persona distinta a la demandada, declarándose seguidamente por el relato probatorio que no consta la existencia de otros bienes en el activo de la mencionada entidad deudora.

Apreciando en su conjunto el relato de hechos probados se desprende con claridad que la enajenación del bien embargado, único que figuraba en el activo de la empresa demandada en el juicio ejecutivo, colocó a esta en la insolencia total, por obra de la confabulación entre el único administrador de la entidad y su hijo, al proceder al día siguiente de practicarse el embargo de la finca a dicha enajenación. Si más de un año después, abierto ya el juicio oral, la demandante ha sido reintegrada en su crédito, es claro que tan tardío pago, es posterior a la consumación del delito imputado, la que tuvo lugar tan pronto como se realizó la enajenación de fraude del acreedor, de acuerdo con la doctrina antes expresada, sin que represente excepción a la misma la Sentencia de 16 de febrero de 1983, citada en su favor por los recurrentes, pues en el caso contemplado por dicha resolución, se absolió del delito no tanto por los pagos realizados por los procesados tras la venta de la finca que garantizaba un préstamo hipotecario, que cuanto de la conducta de dichos no se desprendía el peculiar ánimo tendencial de defraudar al acreedor esencial al delito de que se trata; lo que está muy lejos de ocurrir en el caso *sub judice* en que aparece meridianamente claro el propósito defraudatorio que guiaba a padre e hijo (*consolium fraudis*) al vender el primero en favor del segundo sin constancia de precio, el único bien que figuraba en el activo de la empresa que regentaba en exclusiva el vendedor, operación ficticia realizada tan pronto recayó el embargo sobre la finca e inscrita en el Registro de la Propiedad con igual premura para paralizar, como se consignó, la anotación preventiva del embargo.

ARTICULO 528. ESTAFA. CHEQUE FALSO. SUJETO PASIVO

(STS de 3 de julio de 1989. Pte. Sr. Montero Fernández Cid)

Las sentencias de 6 de abril de 1954, 14 de mayo de 1963 y 24 de febrero de 1968 han declarado que en la operación mercantil bancaria de crédito pasiva, denominada depósito irregular de cuenta corriente, el particular entrega al Banco dinero propio en suma individualizada que le transfiere para que disponga de él, a la vez que en trueque recibe el oportuno servicio de caja para nuevos ingresos y pagos, efectuados estos a medio de cheques y el derecho a que le sea restituido, parcial o totalmente, en cualquier momento, otro tanto de la misma especie y calidad, por lo que en este contrato complejo, y a diferencia de lo que en el depósito normal, el depositario adquiere la propiedad del dinero, pudiendo consumirlo disponiendo de las sumas, mientras que correlativamente al depositante se le concede un simple derecho de crédito, al transferir su dominio, que sólo le autoriza a que el banco tenga a su disposición igual suma que la recibida; y si esta es la naturaleza y esencia de dicho negocio, el problema que constituye la determinación del sujeto pasivo en el delito de estafa cometido con la expedición de cheques falsos contra la cuenta corriente debida a depósito irregular, en relación con la exclusiva absolución, que es el banco, sin que su culpa pueda trascender al cuentacorrentista, poseedor de un simple derecho de crédito no ejercitado, ya que el único propietario y perjudicado por la estafa es el banco, porque a su costa se lucró el agente y no a la de aquél, teniendo que soportar las consecuencias dañosas patrimoniales sin poder cargar a su cliente el importe que descuidadamente satisfizo. Doctrina aún más aplicable en el presente caso, ya que conforme al relato el procesado no sólo falsificó los talones, sino incluso el impreso de solicitud del talonario, que obtuvo de la entidad bancaria.

ARTICULO 528. ESTAFA. NEGOCIO CIVIL CRIMINALIZADO

(STS de 20 de septiembre de 1989. Pte. Sr. Sierra y Gil de la Cuesta)

Primero. El primer y único motivo alegado por la parte recurrente lo es por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por violación de los artículos 528.1 en relación al artículo 529.5, 7 y 8, ambos del Código penal. Es doctrina consolidada y pacífica de esta Sala, que para el *negocio civil* pueda ser estimado como *criminalizado*, es preciso que el mismo surja como señuelo o medio engañoso utilizado para producir error en la otra persona con la que se contrata, induciéndole a realizar un desprendimiento patrimonial del que se beneficia la otra parte contratante, en relación de causa a efecto. En otras palabras; que sólo el *dolo subsequens hubiera podido situar el comportamiento en el plano puramente civil*. En el presente caso y partiendo de la base del factum, se ve que el acusado vende en documentos privados a cada uno de los perjudicados una vivienda con plaza de garaje, a sabiendas que nunca podría cumplir la entrega del objeto de la contraventa, puesto que el local destinado para las plazas de garaje no reunía los requisitos para ello y en todo caso sólo serviría para once plazas y no para las dieciseis que era el número

de compradores y pisos vendidos. Pero es más, dicha plasmación contractual llega hasta la forma de escritura pública, y en ella, ya ni siquiera se especifica la adquisición de una plaza de garaje sino la de una dieciseisava parte del local sito en la plaza semisótano. O sea que en el presente caso se da de una manera paladina todos los elementos que configuran el delito de estafa a través de la figura jurisprudencial del negocio civil criminalizado. O sea: 1.º Una utilización como vendedor de un negocio civil de compraventa de inmuebles para producir error en los compradores. 2.º Un perjuicio patrimonial económicamente de una manera clara y concreta. 3.º Un ánimo de lucro en el sujeto activo. 4.º Una relación causal entre el negocio civil criminalizado y el perjuicio patrimonial ocasionado. Por último no se puede desplazar como hace la sentencia recurrida, la anulación del dolo o engaño, a la actitud confiada de los perjudicados; pues ello supondría el transmitir a los perjudicados la existencia o no de una acción criminosa reprochable. Por todo lo anterior hay que manifestar paladinamente la estimación total del recurso planteado.

ARTICULO 534. INFRACCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. DOCTRINA GENERAL

(STS de 8 de noviembre de 1989. Pte. Sr. Puerta Luis)

El artículo 534 del Código penal castiga con las correspondientes penas a los que intencionadamente infringieron los *derechos de propiedad industrial*. Se trata, pues, de una típica norma penal en blanco que remite a la legislación especial, contenida en la Ley de 1986. Constituye el bien jurídico protegido por el referido precepto penal el derecho de propiedad industrial, entendido como derecho de uso exclusivo derivado del Registro.

La propiedad industrial abarca tanto la protección de las invenciones como el respeto de los signos distintivos de la industria y del comercio.

El artículo 134 de la Ley de 16 de mayo de 1902, sobre la propiedad industrial, dice —en su párrafo tercero— que «son usurpadores de las marcas, dibujos o modelos de fábrica, los que para perjudicar los derechos o intereses de su legítimo poseedor, usen, fabriquen o ejecuten dichas marcas, modelos o dibujos registrados u otras que con ella se confundan». Por su parte, el artículo 138 de la misma ley castiga a «los que usen una marca, dibujo o modelo, en términos que el consumidor pueda incurrir en equivocación o error, confundiéndose con los verdaderos y legítimos...».

La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que, para la existencia de esta figura jurídica son precisos los siguientes requisitos: a) en cuanto a la acción, una infracción de alguno de los tipos delictivos comprendidos en los artículos 133 a 145 de la Ley de 1902 sobre propiedad industrial; b) en cuanto a la culpabilidad, una acción dolosa, consciente y voluntaria, con un dolo defraudatorio, como elemento subjetivo del injusto; y c) respecto de la antijuridicidad que la infracción del derecho de propiedad industrial, debiendo la titularidad del mismo estar inscrita registralmente, y sentirse la repulsa social para captar la existencia del atentado defraudatorio (*vid. sentencias de 3 de junio y 13 de octubre de 1988, entre otras*).

En el presente caso, el «factum» de la sentencia recurrida pone de manifiesto claramente que el procesado —que había ejercido el cargo de director de la Revista Lib—, a partir del mes de abril de mil novecientos ochenta y cinco, dirigió la revista titulada Lib-Libélula, utilizando en la confección de su título un logotipo en el que variaba la fruta mordida del que —desde antes— tenía inscrita a su favor en el Registro de la Propiedad Industrial la Editorial Cumbre, S. A. —hoy denominada Imán, S. A.—. Un examen de los autos —llevado a cabo para la mejor comprensión de los hechos relatados en la sentencia, conforme autoriza el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— ha permitido a la Sala comparar los logotipos de los documentos 5 y 10 de los presentados con la querella (folios 99 y 295) y comprobar «de visu» su gran similitud, y, por ende, su actitud para inducir a error o equivocación al consumidor. De ahí que, al no poder existir dudas acerca de la actuación consciente y dolosa así como del consiguiente ánimo defraudatorio del procesado, debe apreciarse la comisión del delito contra la propiedad industrial de que el mismo fue acusado en la instancia. En consecuencia, procede la estimación de este motivo, con absoluta independencia del juicio ético que particularmente puedan hacer los ciudadanos sobre este tipo de publicaciones, por cuanto ello constituye una cuestión totalmente ajena al motivo examinado.

ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. RETENCION DE CUOTAS PARA LA SEGURIDAD SOCIAL

(STS de 29 de septiembre de 1989. Pte. Sr. Montero Fernández)

Quinto. Una reiterada doctrina de esta Sala, condenada en las sentencias, entre muchas, de 21 de diciembre de 1978, 22 de enero de 1979, 23 de junio de 1980, 25 de marzo de 1981, 28 de abril de 1983, 7 de junio de 1984, 20 de diciembre de 1985, 24 de febrero de 1986 y 11 de noviembre de 1988, viene instalando la conducta de no ingresar en la Tesorería de la Seguridad Social de la cuota correspondiente al trabajador dentro del tipo penal de apropiación indebida del artículo 535 del Código penal, partiendo para tal residenciación en la descripción de este tipo penal en la figura jurídico-civil del tradicional «constitutum possessorium», al estimar que el empresario tenía los remanentes de dinero en concepto de simple depositario hasta la entrega a su destinatario conforme al destino legal; construcción posiblemente objetable y que la doctrina de esta Sala cuidó de «cubrir» en su sentencia de 7 de octubre de 1986 al indicar que «tales supuestos el reproche de sustituir la exigencia de recepción real por un simple dato contable, pierde valor cuando la continuidad de la relación laboral revuelta la efectiva disponibilidad de las cuotas, cuya retención equivale efectivamente a la doble operación de entrega al asalariado e inmediata devolución de éste al empresario para su traslado a la Seguridad Social; de modo que el proceder impuesto por la legislación laboral viene a coincidir con la recepción requerida en el delito de apropiación indebida, es decir, como verdadero desplazamiento de las cuotas desde un patrimonio a otro».

BIBLIOGRAFIA

Revista de Libros

GARCIA VALDES, Carlos: «Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)»; Secretaría General Técnica (Centro de Publicaciones) del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

Acaba de aparecer un nuevo libro del profesor Carlos García Valdés. Es sabido que la obra penitenciaria, extensa y madura, producida, hasta ahora, por el insigne Catedrático, se caracteriza por abordar las instituciones penitenciarias y sus problemas con gran sentido de la realidad y, por lo mismo, con gran ponderación. Que el insigne tratadista se manifiesta, en torno a estas cuestiones, tan lejos de la nostalgia como de la utopía. Obras tan importantes, dentro del saber penitenciario en nuestro país, como, por ejemplo, «Régimen penitenciario de España (Investigación histórica y sistemática)», «La nueva Penología», «Comentarios a la legislación penitenciaria», lo ponen de manifiesto.

Pues bien. En esta misma línea de innovación constructiva, se mueve la pluralidad de estudios recogidos en el libro que comentamos: **«Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)».**

Integrada por nueve apartados, esta última obra ofrece análisis de carácter científico-disciplinar sobre el concepto y el contenido del Derecho penitenciario, al que concibe como rama jurídica autónoma, por poseer un objeto (instituciones jurídicas) y una metodología propia.

Ofrece, con perspectiva histórica, el examen de institutos como la prisión. Estimada por el autor como mal necesario, como exigencia amarga, pero imprescindible. E insinúa cuál debe ser, hoy por hoy, la vía a seguir en este tema, si se pretende construir y no arrasar: «La historia de la cárcel no es la de su progresiva abolición, sino la de su reforma». Reforma en clave humanista. Las voces de «abolición ya», sin alternativa alguna, «es impracticable poniendo los pies en el suelo». Y como la utopía se aviene mal con los esquemas humanos de convivencia (la utopía suele ser intolerante), por eso, tal opción carece de acogida en cualquier clase de país o de sistema político.

Esta misma orientación, reformadora y profundamente humanizante, la hace suya el ilustre penitenciarista, en otro estudio, que sigue al anterior, y en el que pone de relieve los principios inspiradores de la acción penitenciaria de Victoria Kent, seguidora de «los ideales humanistas de Concepción Arenal o Dorado Montero...».

Importantes son, asimismo, los dos estudios de «Derecho comparado», incluidos en el apartado tercero de esta obra.

Es clara y precisa su visión en torno al acontecimiento de reforma penitenciaria, producido en la década de los setenta en los principales países democráticos de Europa, entre los que el autor hace especial referencia a España.

Acontecimiento basado en los principios derivados de las previas proclamaciones sobre derechos humanos y sobre trato y tratamiento de los reclusos, de ámbito supranacional, propició, en tales naciones, la inspiración de su política penitenciaria en torno a tres postulados: El cumplimiento de la pena privativa de libertad sin aditamentos punitivos complementarios; finalidad reeducativa y socialmente reinsertora de la misma y acción penitenciaria, en general, respetuosa siempre con la dignidad personal y derechos fundamentales del interno.

Interesante es, también, su estudio (asomándose al mundo ibero-americano) en torno al diagnóstico y evaluación del sistema penitenciario colombiano, entrado en crisis por sus disfunciones de corte «tradicional» y su deseo de acceso pleno a los sistemas de nuevo cuño. El autor ofrece algunas propuestas concretas (hasta 24) para la integración de aquél a las tendencias penitenciarias más recientes.

Quizá la aportación más novedosa del profesor García Valdés, en este libro, esté en el apartado IV de éste, donde aborda el tema del «Derecho penitenciario militar» en dos estudios diferentes: «Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica» y «Hacia una Ley penitenciaria militar».

Sobre todo, el primero de los trabajadores mencionados supone una extraordinaria aportación al conocimiento sistemático de dicho Derecho. No olvidemos que, en este campo, son muy escasos los trabajos científicos publicados, hasta ahora, en nuestra patria. El presente, sin embargo, nos ofrece una visión amplia y rigurosa de dicho Ordenamiento, a través de una metodología expositivo-sistemática adecuada, aplicada a las fuentes jurídicas, relativas a la materia. Su propósito indagativo (que consigue plenamente) está reflejado en uno de sus párrafos iniciales: «Por simples razones metodológicas, estimo que antes de proceder a analizar los hitos sobre los que he tratado de construir el Derecho penitenciario militar español, conviene meditar sobre los orígenes de ambos Derechos penitenciarios, el civil y el militar, a fin de conocer cuál ha sido el camino transitado acompañado, el punto de separación y el recorrido en solitario, para así, con la perspectiva de la historia, abordar la tarea con mayor fijeza y ambición científica».

La conclusión práctica fundamental, tras su clara, ordenada y documentada exposición, es que así como el Derecho militar penitenciario español, desde una vertiente histórica, fue modelo a imitar, en el momento actual, sin embargo, adolece de desfase y anquilosamiento. Y es, por ello, la legislación penitenciaria castrense la que debe imitar a la civil, configurándose en congruencia con los preceptos constitucionales. El punto de partida ha de ser (como el autor señala en el segundo de los estudios referidos) el ir hacia una Ley penitenciaria militar, porque «Al Derecho penitenciario castrense le sucede ahora lo que no hace mucho tiempo le ocurría al Derecho penitenciario civil: necesita un asiento jurídico propio, ya que, ni el anterior Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, ni el recientemente promulgado Código Penal Militar, de 9 de diciembre de 1985, son lugar adecuado para una regulación de las penas y medidas privativas de libertad, en tanto que el Reglamento de 22 de diciembre de 1978 carece de la suficiente fijeza que demandan los derechos y deberes de los recluidos en estos establecimientos».

En el apartado V del presente libro, el autor habla del «régimen cerrado» a la luz del artículo 10 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, tal como fue entendido, en su día, por el debate parlamentario y del modo práctico de llevarlo a efecto, a raíz de su promulgación, bajo la fórmula legal de «superior control y vigilancia sobre los internos», penados calificados de peligrosidad extrema.

Cuestiones de gran trascendencia, de continuada y palpitante actualidad, tratadas ya por el autor en otros trabajos suyos, y que, ahora, profundiza y actualiza, son las incluidas en los apartados VI, VII y IX de la obra, donde se reflexiona, respectivamente, sobre «Política penitenciaria y terrorismo», «Relación del interno con la vida exterior y beneficios penitenciarios» y «Alternativas a la prisión».

Con respecto al primero de estos títulos, se afirma que la política penitenciaria, con relación al terrorismo, ha de tener como marco jurídico básico la Ley Orgánica 1/1979. Esta, en su artículo 10, prevé cuál ha de ser el régimen y establecimiento aplicables a internos caracterizados por ser personas condenadas por «actos de extrema violencia o grave intimidación y que, llevados a cabo con un fin subversivo, persiguen destruir el sistema político democrático, empleando medios selectivos o catastróficos».

Al no poseer, por lo demás, disposiciones sobre regímenes específicos de «concentración» o de «dispersión», la Administración está capacitada para obrar, discrecionalmente, de una u otra forma, en la distribución de estos internos por los diversos establecimientos penitenciarios. La aplicación de una u otra política dependerá de lo que, según las circunstancias, demande el interés común.

En cuanto a su privación, o no, de forma general, de los beneficios penitenciarios, con respecto a estos reclusos, el autor, que califica el tema de cuestión «de una gran delicadeza» (y después de asegurar que la puesta en práctica de esta privación supondría una modificación de la legislación vigente) se inclina por resolver el problema de forma ambivalente. A los internos, con pruebas de arrepentimiento activo, y teniendo en cuenta la finalidad esencial de las penas privativas de libertad asumida por nuestra Constitución (la reincisión social de los delincuentes), no debería negárseles, de forma alguna, ese disfrute.

También, finalmente, se incluye en el libro (apartado VIII) una reflexión en torno a los diez años de andadura normativizante de la «Reforma penitenciaria». Se trata, precisamente, de una «Recopilación» debidamente comentada e iluminada por el protagonista unas veces y, por el técnico, otras.

Estamos, en definitiva, ante un magnífico libro, que aborda cuestiones muy importantes para la sociedad. Cuestiones que tratan de resolverse desde el Derecho penitenciario. Pero de un Derecho penitenciario expuesto de forma rigurosa y brillante y entendido desde el equilibrio. Desde el equilibrio basado en la necesidad de la supervivencia y convivencia sociales y en el respeto escrupuloso a la dignidad y derechos fundamentales del interno.

Sirva, para recalcar, una vez más, este mensaje de moderación y de buen sentido, que la obra rezuma, y con cuya llamada de atención quiero terminar esta breve reseña, la afirmación del autor de la obra, recogida en el estudio con que la comienza, y que sintetiza perfectamente toda su filosofía: «La prisión se concibe en nuestro ordenamiento como un mal necesario, y el legislador conoce que la misma pena privativa de libertad lleva en su esencia contradicciones insolubles. Soy consciente de las opiniones contrarias que la prisión suscita en un sector del mundo doctrinario actual, pero no veo solución al problema, desde una óptica

realista que, desde luego, no es «resocializar a la sociedad». Precisamente por conocer bien las críticas que el encarcelamiento merece, en su aspecto tradicional, creo que los principios de su progresiva humanización y liberalización interior son la vía de su permanente reforma, camino intermedio entre el conservadurismo y la convulsión abolicionista.

CÉSAR HERRERO HERRERO
Doctor en Derecho
y Graduado Superior en Criminología

SCHNEIDER, Hans Joachim: «Kriminologie» (Criminología). Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, 969 páginas.

Es realmente muy grato para mí tener la oportunidad de presentar al lector español esta monumental *obra* del Profesor H. J. Schneider, que constituye, sin duda, una aportación de extraordinario valor al patrimonio científico criminológico.

Permitánseme dos palabras sobre su *autor*, el prestigioso colega alemán H. J. Schneider. Nacido en 1928, cursó el Profesor H. J. Schneider los estudios de *Derecho* en las Universidades de Marburg, Frankfurt y Kóln, doctorándose por esta última (1957). Diplomado en *Psicología* (Freiburg, 1967), posee y ha acreditado, además, una preparación psicológica, sociológica y pedagógica imprescindible para quien pretenda cultivar una ciencia «interdisciplinaria» como es la Criminología; imprescindible, desde luego, pero, por desgracia, poco frecuente en la era de los «especialistas» como la nuestra. Pocos criminólogos hacen gala, como el Profesor Schneider, de un saber «integrado» e «interdisciplinario» que va más allá del mero saber «especializado» y sectorial.

Profesor ayudante del Profesor Sievert en la Universidad de Hamburg, hasta 1971, dirige desde entonces el *Instituto de Ciencias Criminológicas de la Universidad de Münster*. Viajero infatigable, conversador y contertulio ameno, cordial; comunicador nato, agil y brillante polemista; maestro en el arte de la discusión y la persuasión, son notas significativas de la personalidad del Profesor Schneider; una personalidad dinámica y atractiva, señera ya en la Criminología contemporánea, aunque en muchos ámbitos, sea verdaderamente pionera.

Quien pretenda obtener una información científica actualizada sobre el problema criminal, encontrará, sin duda, en la *Criminología de H. J. Schneider* la fuente más propicia, tanto si el lector procede^o del mundo del Derecho, como del área de las ciencias biológicas, psicológicas o sociológicas. Pues se trata de una obra *moderna, completa y exhaustiva, equilibrada, clara y pedagógica, extraordinariamente documentada*, con una excelente edición que cuida hasta el último detalle en aras de su fácil consulta.

Es una Criminología *moderna*, porque se ocupa de los problemas actuales y acuciantes del delito, y por el rigor científico con que lo hace. *Exhaustiva, minuciosa, en la información que aporta, siempre respaldada por un sólido apoyo bibliográfico*. Pero es, ante todo, una obra *armónica y equilibrada*. El autor concede gran importancia al estudio de la víctima y al control social, sin limitarse al de la persona del infractor o a un enfoque fenomenológico menos exigente.

Delito, delincuente, víctima y control social, son objeto de un análisis realista y totalizador. Lo mismo puede afirmarse de la *metodología interdisciplinaria* de Schneider, que sabe conciliar con acierto las aportaciones sectoriales del Derecho, la Biología, la Psicología y la Sociología: las aportaciones, las limitaciones y la interacción de los respectivos modelos. La propia autocomprensión de la Criminología —y sus funciones— ratifica el ponderado punto de vista de H. J. Schneider, preocupado no solo por la tradicional perspectiva *etiológica*, causal-explicativa, del delito, sino también por otras dos metas: la *prevencionista* y la *recuperadora* o resocializadora. Por qué se produce el crimen, como podemos evitarlo y como intervenir positivamente en la persona del infractor —y en la de la víctima, también necesitada de «resocialización»—, son ámbitos en la temática de su obra que reciben, por igual, la atención requerida.

La *Criminología*, de H. J. Schneider consta de ocho extensos capítulos.

El *primero* (págs. 1 a 65), introductorio, resalta el cientifismo del saber criminológico y las características de la Criminología como ciencia de la «realidad». Confiere especial énfasis a las investigaciones sobre la víctima del delito, por la relevancia que ésta tiene en la génesis de la propia criminalidad, en su prevención y en el tratamiento resocializador del infractor (pág. 28). El método comparado (pág. 31), las características singulares de determinadas parcelas de la criminalidad (pág. 42), y la teoría del control social se analizan, también, en este capítulo.

El *segundo* («La Criminología como ciencia del hombre y como ciencia social») —págs. 66 a 158—, contiene una serie de precisiones conceptuales (concepto criminológico de «delito»: diversas acepciones, págs. 67 y ss., etc.), objeto de la Criminología (delito, delincuente, víctima y control social: págs. 88 y ss.); una síntesis histórica de las escuelas criminológicas hasta la primera mitad del presente siglo (págs. 90 a 137); y una noticia panorámica de la organización e institucionalización de la Criminología contemporánea (págs. 141 a 153).

El *tercer* capítulo («La criminalidad: su medición, volumen, estructura, génesis y distribución geográfica») —págs. 159 a 358—, se ocupa, en primer lugar, de la estadística criminal y de los principales problemas, metodológicos e instrumentales, que suscita la medición de la criminalidad, objeto —esta última— inseparable de la propia reacción social, del control social (pág. 163). Cifra negra, proceso de atracción y técnicas alternativas para la estimación de la criminalidad oculta (informes de autodenuncia, encuestas de victimización, etc.), son algunas de las materias sobre las que Schneider suministra una documentada información (págs. 163 a 177). La segunda parte de este capítulo aborda, con un sólido aparato bibliográfico, el problema de la estructura, volumen y dinámica de la criminalidad en los diversos países, atendiendo a las más variadas coordenadas sociales, económicas y políticas (momento histórico, guerra, crisis económica, etc.: págs. 221 a 308), para terminar el mismo con un análisis dinámico (movimiento de la criminalidad) y ecológico, atento a la distribución geográfico-espacial del delito y a la relevancia del medio físico, del territorio, del diseño arquitectónico y urbanístico (págs. 341 y ss.) en orden a la génesis y a la propia prevención de aquél.

El *cuarto* capítulo («Direcciones fundamentales de la Criminología»), extenso y documentado (págs. 359 a 559), contempla los diversos modelos teóricos explicativos de la conducta criminal, procedentes del ámbito de las ciencias biológicas, psicológicas y sociológicas; como puede comprobarse fácilmente el autor concilia el rigor expositivo —la objetividad— y el análisis crítico; esto es, la función *in-*

formativa que corresponde a una obra de esta naturaleza con el enfoque valorativo, *crítico*, exigible de quien domina el panorama criminológico contemporáneo y acredita una encomiable capacidad de síntesis en su exposición.

El *quinto* capítulo («Criminalidad, sexo y edad»), versa sobre las variables de la criminalidad: «sexo y edad». Tiene tres partes diferenciadas, que tratan, respectivamente, de: mujer y criminalidad (págs. 561 a 603), niños, jóvenes y criminalidad (págs. 603 a 699) y vejez y criminalidad (págs. 699 a 711). El lector podrá constatar hasta qué punto un enfoque profundo e interdisciplinario del problema desmitifica viejos tópicos e incluso fáciles «asociaciones estadísticas». Con buen criterio, además, Schneider amplía la perspectiva convencional, ocupándose no sólo de los delitos que *padece*, por ejemplo, la mujer, el joven o el anciano, sino también de los que éstos *cometen*; y completa el usual análisis *etiológico*, con una fructífera pretensión ulterior bidireccional: *prevenir* estos hechos y *reparar* el daño que ocasionan a sus respectivas víctimas.

El *sexto* capítulo («Causación y controles sociales de la criminalidad»), más breve que los anteriores (págs. 715 a 788), gira en torno a dos temas muy queridos para el autor: los *medios de comunicación* (págs. 715 a 750) y la *victima del delito* (págs. 751 a 788). Qué efectos producen los medios de comunicación de masas —especialmente, la televisión— en el cuerpo social (en qué medida y por qué puede tratarse de un efecto «criminógeno»); cómo presentan el comportamiento criminal (imágenes y estereotipos) tales medios; qué es el miedo al delito, como y por qué se genera, cuales son sus principales variables, qué impacto ocasiona en la comunidad y qué cabe hacer contra el mismo, son algunos de los temas abordados en la primera parte de este capítulo (págs. 715 a 741). La segunda, se dedica a la problemática de la víctima y en ella aporta Schneider una valiosa información sobre sus aspectos más controvertidos: fundamentos y funciones de la victimología, el proceso de victimización, el miedo a convertirse en víctima del delito, perjuicios que experimenta la víctima del delito, programas de apoyo, compensación y tratamiento de la víctima, etc. (págs. 751 a 767).

El *séptimo* capítulo («Reacción formal contra la criminalidad») se ocupa de la legislación penal (págs. 789 a 802) y de la aplicación de ésta —especialmente de la ejecución de la pena (págs. 803 a 861)— como momentos o fases de intervención del denominado control social formal. Particular interés tiene el estudio que dedica Schneider a la «ejecución penal»: sus principales modelos teóricos y técnicas de intervención, proceso de prisonización, sustitutivos de las penas privativas de libertad, etc.

Finalmente, el capítulo *octavo* (págs. 862 a 911), versa sobre dos manifestaciones concretas de la genéricamente denominada criminalidad «política»: la delincuencia «terrorista» y la «genocida». A propósito de la primera (págs. 873 a 885), Schneider analiza sus interrogantes fundamentales: delimitación del propio concepto de terrorismo, formas de manifestación del mismo, presupuestos ideológicos y estrategias terroristas, causas del terrorismo, lucha contra el mismo, la víctima del terrorismo, etc. En cuanto a la criminalidad genocida, Schneider se ocupa de las claves ideológicas y legales que preparan su aparición, del proceso de aniquilamiento, como se gesta y manifiesta, de la personalidad del autor, del rol que corresponde a la víctima y estrategias de ésta para sobrevivir, etc. (págs. 886 a 910).

Apuntaba al comienzo de este comentario que la Criminología del Profesor

Schneider es, desde un punto de vista *formal*, una obra *pedagógicamente* clara, de fácil lectura y muy cuidada. En efecto, a pesar del rigor teórico conceptual de aquélla y de su abrumador aparato bibliográfico —de su erudición— el lector de alemán no tendrá dificultades para seguir un ágil discurso expositivo, diáfano e incluso ameno. En cuanto a su impecable y esmerada terminación, basten los siguientes datos: junto a pormenorizados registros de voces paginados, índices de materias (págs. 931 a 969) y de autores (págs. XXXII a CXLVIII), la obra contiene cuarenta y dos gráficos, nueve tablas y treinta cuadros sobre temas monográficos muy escogidos; una relación selecta de cuarenta y ocho pioneros de la Criminología, con sus datos biográficos y obras más conocidas; un apéndice de materiales e instrumentos de trabajo especialmente útiles para el estudio de la Criminología, e incluso un anexo con los términos foráneos y expresiones criminológicas utilizadas en la obra, cuya significación no se especifica en los respectivos lugares.

En resumen, pues, la Criminología del Profesor Schneider, es una obra trascendental, que bien mereciera ser traducida —y pronto— a nuestro idioma.

ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA
Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Complutense
de Madrid

NOTICIARIO

JORNADAS SOBRE «JUSTICIA PENAL EN EL SISTEMA JURIDICO EUROPEO» EN HAARLEM (HOLANDA)

Las Jornadas están organizadas por el Grupo Europeo de Estudio de la Desviación y Control Social y por la Coornhert Liga —Liga holandesa de reforma penal— y tendrán lugar en Haarlem (Holanda) durante los días 4, 5, 6 y 7 de septiembre.

Además de Conferencias se realizarán grupos de trabajo y seminarios. El idioma utilizado será el inglés, sin embargo se prevé la posibilidad de usar otras lenguas.

Cada día será dedicado a un área específica.

1. Reforma de cárceles en Europa: cuestiones jurídicas y sociales.
2. Migración: las nuevas fronteras de una Europa «abierta».
3. Grupos de presión para reforma penal.

El comité organizador anima a todos los participantes a presentar contribuciones en cada una de estas áreas. Un resumen de estas ponencias debe ser enviado cuanto antes, y en todo caso antes del 30 de junio.

Aquellos/as interesados/as en inscribirse en las Jornadas o en obtener una mayor información, dirigirse a:

Congress European Group-Coornhert Liga.
Vakgroep Strafrecht & Criminologie.
Erasmus Universiteit U31.
Postbus 1738.
3000 DR Rotterdam.
Países Bajos.
Teléfono + 31-10-408 15 35.
Fax + 31-10-452 97 33.

También puede obtenerse información a través de la miembro española en el Comité Ejecutivo de Grupo: Luz Muñoz, Departamento de Derecho Público, Área de Derecho Penal. 20009 San Sebastián.

INDICE DEL TOMO I DE 1990

Págs.

SECCION DOCTRIAL

<i>Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, por Emilio Octavio de Toledo y Ubieto</i>	5
<i>Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra, por Juan Bustos Ramírez</i>	29
<i>El nuevo delito de participación con medios peligrosos en una riña confusa y tumultuaria, por Susana Huerta Tocido</i>	63
<i>Tabla genealógico-científica de los profesores españoles de Derecho penal en el siglo XX, por Antonio Cuerda Riezú</i>	99
<i>Significación y trascendencia actual del sistema romano de la "portio mulieris" en el aborto consentido, por Ruperto Núñez Barbero</i>	117
<i>La doctrina penal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estudio de casos, por Avelina Alonso de Escamilla</i>	175
<i>Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad, por Fernando Rodríguez Marín</i>	197

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Consideraciones sobre la víctima del delito, por W. Hassemer</i>	241
---	-----

SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i>	261
----------------------------	-----

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

<i>El artículo 194 del Código penal: derechos que protege y sujetos activos</i>	311
<i>El Ministerio ante los acuerdos de suspensión de los turnos de oficio adoptados por algunos Colegios de Abogados</i>	325

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sección dirigida por Santiago Mir Puig.—Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente, por Elena Farré Trepaut</i>	337
<i>Jurisprudencia constitucional, por Antonio González-Cuéllar García</i>	357
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por José Luis Manzanares Samaniego</i>	379

BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i>	407
--------------------------------	-----

NOTICIARIO

<i>Jornadas sobre "Justicia Penal en el sistema jurídico europeo", en Haarlem (Holanda) ..</i>	415
--	-----

INDICE

	<i>Pags.</i>
SECCION DOCTRINAL	
<i>Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos</i> , por Emilio Octavio de Toledo y Ubieto	5
<i>Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra</i> , por Juan Bustos Ramírez	29
<i>El nuevo delito de participación con medios peligrosos en una riña confusa y tumultuaria</i> , por Susana Huerta Tocillo	63
<i>Tabla genealógico-científica de los profesores españoles de Derecho penal en el siglo XX</i> , por Antonio Cuerda Riezu	99
<i>Significación y trascendencia actual del sistema romano de la «portio mulieris» en el aborto consentido</i> , por Ruperto Núñez Barbero	117
<i>La doctrina penal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estudio de casos</i> , por Avelina Alonso de Escamilla	175
<i>Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad</i> , por Fernando Rodríguez Marín	197
CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>Consideraciones sobre la víctima del delito</i> , por W. Hassemer	241
SECCION LEGISLATIVA	
<i>Disposiciones</i>	261
CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO	
<i>El artículo 194 del Código penal: derechos que protege y sujetos activos</i>	311
<i>El Ministerio ante los acuerdos de suspensión de los turnos de oficio adoptados por algunos Colegios de Abogados</i>	325
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , sección dirigida por Santiago Mir Puig.— <i>Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente</i> , por Elena Farré Trepat	337
<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González-Cuellar García	357
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares Samaniego	379
BIBLIOGRAFIA	
<i>Revista de libros</i>	407
NOTICIARIO	
<i>Jornadas sobre «Justicia Penal en el sistema jurídico europeo</i> , en Haarlem (Holanda)	415

