

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLIII
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
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.^a del
Tribunal Supremo

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Zaragoza

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FERNANDO DIAZ PALOS

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

MANUEL GARCIA MIGUEL

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

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ

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

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Sevilla

HORACIO OLIVA GARCIA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Presidente de la Sala Segunda
del Tribunal Supremo

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

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

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

TOMAS SALVADOR VIVES ANTON

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica
CENTRO DE PUBLICACIONES

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción: España, 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 II



MAYO-AGOSTO
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.

Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial
sobre los delitos contra la vida
(dolo eventual, relación parricidio-asesinato)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Complutense de Madrid

*Para mis hijas Eva y Elena,
que quieren que les dedique un artículo*

I. EL DOLO EVENTUAL EN LOS DELITOS CONTRA LA VIDA

1. Introducción

Prescindiendo de los distintos matices y eclecticismos, las teorías que tratan de aprehender el contenido del dolo eventual pueden reducirse a dos: la teoría del consentimiento y la de la probabilidad. La del consentimiento, de una manera o de otra, *enfrenta al autor con el resultado*: si aquél consiente en éste, lo aprueba, lo acepta, si se conforma o se resigna con el resultado, entonces hay dolo eventual, y en otro caso, no lo hay; la teoría de la probabilidad, en cambio, se caracteriza por que renuncia a enlazar voluntativamente el autor con el resultado: para afirmar la existencia de dolo (eventual) basta con que al sujeto le parezca sumamente probable, considere sería la posibilidad de producción del resultado, cuente con éste (1).

El Tribunal Supremo fue siempre partidario de la teoría del consentimiento; y hasta nuestros días —con algunas excepciones que no hacen sino confirmar la regla— ha seguido manteniendo esa posición. Para muestra basten tres botones. Primer botón: «Dolo eventual en que el sujeto, representándose un resultado dañoso de muy probable

(1) Para más detalles sobre estas teorías y sobre la problemática del dolo eventual en general, cfr. GIMBERNAT. *Acerca del dolo eventual*, «Estudios de Derecho penal», Madrid, Tecnos, 3.ª ed. (1990), pp. 240-265.

originación, no directamente perseguido, le presta su aprobación, contando con su posibilidad y asumiéndolo en sus efectos, sin refrenar sus impulsos criminales, aún surgidos al hilo de las circunstancias coexistentes» (TS 16 de octubre de 1986, A. 5.624). Segundo botón: «Ya que de las tres concepciones sobre el dolo eventual es la del consentimiento la que mejor se armoniza con un Derecho penal —como el nuestro— basado en la culpabilidad ...La cuestión a resolver para afirmar el dolo eventual es otra: ¿habría actuado el procesado de la misma forma si se hubiera representado el resultado mortal como seguro? Tan sólo si se responde positivamente a esta pregunta, se puede afirmar que Luis Alberto C. cometió el parricidio con la concurrencia de dolo eventual. En otro caso no» (TS 16 de noviembre de 1987, A. 8.511). Tercer botón: «El dolo eventual, concepto doctrinal y jurisprudencial, no legal, no pretende extender el ámbito del dolo a esferas reservadas antes a la imprudencia, sino iluminar y delimitar el campo del dolo frente a la culpa. En su apreciación se ha de ser particularmente prudente, para no ampliar el ámbito de su aplicación a otros que no son suyos. De las numerosas concepciones imperantes esta Sala acoge la más restrictiva. La que se conoce con el nombre del consentimiento. En este sentido se expresó, por ejemplo, la sentencia de 19 de diciembre de 1987, que afirmó la existencia de homicidio con dolo eventual porque los autores aceptaron la muerte para el supuesto de que se produjera. Y que su representación no les hizo desistir de llevar a cabo su propósito. En la sentencia de 18 de abril de 1988 se sostiene igualmente que en el concepto de dolo del texto penal sustantivo ha de entenderse comprendido no sólo el resultado directamente querido o necesariamente unido a él, sino también el representado como probable y, sin embargo, consentido» (TS 9 de junio de 1989, A. 5.066).

No obstante y a pesar de todas esas declaraciones de principio, lo cierto es que sobre la base de la teoría del consentimiento sería imposible de entender la doctrina jurisprudencial sobre el dolo eventual en los delitos contra la vida, lo cierto es, pues, que, *en realidad y de hecho*, la teoría que aplican nuestros Tribunales es la de la probabilidad.

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1986 (A. 7.841) (2)

El día 9 de mayo de 1977, el procesado, Carlos Sastre, en unión de otras personas ya juzgadas y condenadas por esos hechos, todos

(2) Por no figurar en el repertorio de Jurisprudencia Aranzadi los antecedentes de hecho de esta sentencia, he manejado: Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. 1986. Cuarto Trimestre. Todos los subrayados que figuran en las citas de la sentencia son añadidos.

ellos miembros del llamado Ejército Popular Catalán, penetraron en una vivienda de Barcelona donde se encontraba «don José María Bultó, de 77 años, viudo y conocido industrial, al que, tras colocarle contra su voluntad un aparato explosivo en la zona torácica de su cuerpo, le advirtieron que haría explosión si intentaba despegarlo del cuerpo antes de su desactivación previa, y después de poner en funcionamiento el dispositivo eléctrico de dicho aparato, le dan al señor Bultó, por escrito, las instrucciones y precauciones que debía adoptar hasta que les hiciera entrega de los quinientos millones de pesetas que le exigían para su organización, dándole un plazo de veinticinco días..., advirtiéndole... que sólo retirarían sin riesgo para él el artefacto que le habían adherido al cuerpo si cumplía la exigencia de dinero que le había solicitado... Poco después, el señor Bultó, con el artefacto adherido a su cuerpo, abandonó el piso que ocupaba y marchó en su automóvil a su domicilio de la calle Casa Mora, número 1, torre, de Barcelona, donde, tras preguntar por su hijo, subió al piso superior, y por causas que se desconocen, cuando se encontraba en el cuarto de baño, se produjo la explosión de aquel artefacto, causándole tan gravísimas lesiones y mutilaciones, que falleció en el acto».

El procesado recurrió en casación alegando, entre otros motivos, que en ningún momento había actuado con ánimo de matar, motivo que el Tribunal Supremo desestima con la siguiente argumentación: «La figura del asesinato del artículo 406, número 3, surge en la plenitud de sus exigencias y requisitos, constante la intervención dolosa de todos los actuantes, bien por presencia de un dolo de consecuencias necesarias, bien, al menos, de un dolo eventual, detectable cuando el sujeto, representándose un resultado dañoso de muy probable originación, aunque no fuere directamente perseguido, *le presta su aprobación*, contando con su posibilidad y asumiéndolo en sus efectos, sin refrenar sus impulsos criminales. La intensidad criminal propia de esta especie de dolo eventual que le deslinda y separa de la culpa consciente o con previsión, estriba en la asunción o toma a su cargo por el agente del evento dañoso emanante de su comportamiento, *proceso real de volición* frente a un determinado acaecer. De ahí que en el concepto de dolo a que se refiere el artículo 1 del Código penal haya de entenderse comprendido no sólo el resultado directamente querido o necesariamente unido a él, sino también el representado como probable *y, sin embargo, consentido*... La consideración del artefacto explosivo adherido al cuerpo del señor Bultó, de extrema e inusitada peligrosidad, plenamente consciente de ello los infractores, llevando hasta su término empresa tan minuciosamente urdida y aceptando sus posibles consecuencias, bien permite concluir la índole dolosa de su proceder, alejado y distanciado del mero culposo o imprudente».

De la argumentación de esta sentencia del Tribunal Supremo de

28 de noviembre de 1986 lo único correcto es que el «resultado dañoso» que finalmente se causó era de «muy probable originación», y que el artefacto explosivo que adhirieron al cuerpo de la víctima era «de extrema e inusitada peligrosidad», siendo los autores «plenamente conscientes de ello». Pero cuando el Tribunal Supremo continúa razonando que los procesados «prestaron su aprobación a», que «consintieron en» la muerte de Bultó, para el caso eventual de que ésta —como de hecho sucedió— se produjera, entonces está formulando una afirmación que, a la vista de lo que consta en los antecedentes de hecho, no sólo es arbitraria e indemostrada, sino absurda. Porque ¿qué ganaban los autores con la muerte de Bultó? Que se quedaban sin los quinientos millones de pesetas que era la única finalidad de su acción —un Bultó difunto no les podía pagar— y que se hacían responsables de un asesinato que, en lugar del beneficio económico, les reportó treinta años de reclusión. ¡Menudo negocio!

Los terroristas pusieron en práctica un plan para obtener quinientos millones de pesetas, conscientes del gravísimo riesgo al que sometían a su víctima; pero si eso que les parecía muy probable —la muerte de Bultó— lo hubieran tenido por seguro —Bultó moriría en cualquier caso antes de haberles pagado—, entonces obviamente no habrían actuado, porque nadie ejecuta un plan si tiene la total seguridad (y con la total seguridad del resultado es precisamente con lo que confronta la teoría del consentimiento al autor) de que va a fracasar estrepitosamente. Por consiguiente y resumiendo: la teoría del consentimiento, aplicada al caso Bultó, habría llevado a calificar los hechos, no de asesinato, sino de homicidio imprudente; si el Tribunal Supremo mantiene, no obstante, la condena por asesinato es porque —por mucho que la quiera encubrir con esa teoría del consentimiento— la que en realidad está aplicando es la de la probabilidad.

3. La sentencia 49/89, de 14 de octubre de 1989, de la Sección Primera de la Audiencia Nacional (no publicada) (3)

Los acusados, miembros de la organización terrorista ETA, cargaron en un automóvil un artefacto que contenía 30 kilos de amonal, 100 litros de gasolina y una cantidad indeterminada de escamas de jabón y de pegamento adhesivo, conectando un temporizador para que hiciera explosión a las cuatro de la tarde, dentro de las horas de comercio. A las dos de la tarde del día 19 de junio de 1987 los

(3) Todos los subrayados añadidos. De algunos aspectos de esta sentencia —también y de pasada del problema del dolo eventual— me he ocupado en mi artículo: «Consideraciones sobre la sentencia de Hipercor», *Estudios*, 3.^a ed. (1990), pp. 39-42.

autores dejaron el coche-bomba en el aparcamiento del supermercado Hipercor, de Barcelona; a las tres, uno de los etarras llamó por teléfono a la Guardia Urbana de Barcelona, a Hipercor y al diario «Avui», comunicando que entre las 3:30 y las 3:40 se produciría una explosión en el local. La policía y el servicio de seguridad de Hipercor no consideraron conveniente o factible la evacuación del edificio, y, por otra parte, no tuvieron éxito los trabajos de búsqueda del explosivo, estallando éste a las 4:10 de la tarde. La explosión e ignición del artefacto en el segundo sótano del aparcamiento donde se hallaba el vehículo «se propaga también al primer sótano en el que estaba situada la planta de alimentación y una bola de fuego abrasó a las personas que encontró a su paso, a la vez que produjo una ingente cantidad de gases tóxicos que ocasionó la asfixia de las personas que se encontraban en su radio de acción». El atentado de Hipercor causó la muerte de 21 personas y numerosas lesiones graves a otras víctimas.

Frente a la alegación de los acusados de que no quisieron la muerte ni las lesiones de los ciudadanos que se encontraban en Hipercor, argumentando que precisamente porque no querían esos resultados efectuaron tres llamadas telefónicas para que se evacuara el local, evacuación que ni la Policía ni el servicio de seguridad de Hipercor llevaron a cabo, la Audiencia Nacional condena por delitos dolosos de asesinato y de lesiones con la siguiente fundamentación: «Con respecto al primero, la conducta en cuanto al asesinato resulta claramente dolosa, aún cuando es admisible el dolo eventual. En el campo penal, el dolo contempla la previsión efectiva del resultado *y su aceptación intelectual*, dejando al margen cuestiones emocionales de cualquier tipo y en este sentido la previsión de las muertes era perfectamente clara, habida cuenta del medio empleado absolutamente apto para producir este resultado. Todo ello coincide con criterios lógicos, perfectamente asumidos por la opinión general, consistente en que si no se hubiera querido el resultado letal, no se hubiera utilizado el explosivo y los autores del crimen no pueden excluir su responsabilidad con una pretendida voluntad de no desear que las muertes se hubieran producido. En segundo lugar, en la cadena causal el explosivo fue causa directa del resultado típico y solamente se objeta por los acusados que ésta podría haber sido rota por el desalojo del local, sin embargo, el resultado se produjo y *se había aceptado* por los acusados subsidiariamente para el supuesto, por otra parte nada excepcional, de la no evacuación».

De nuevo se argumenta aquí —esta vez por la Audiencia Nacional— con la teoría del consentimiento, pero, en realidad, la que se está aplicando, para afirmar la existencia de dolo eventual, es la de la probabilidad. Como los autores, mediante diversas llamadas telefónicas a instancias que tenían capacidad para hacerlo, trataron de conseguir un desalojo que en este caso, ciertamente, no se llevó a cabo, pero que en otros supuestos semejantes sí que ha llegado a producir-

se (4), y como ETA, con posterioridad al salvaje atentado y a la vista de la indignación popular, emitió un comunicado lamentando las muertes y lesiones producidas, atribuyendo la masacre a la falta de diligencia de la Guardia Urbana de Barcelona y de la dirección de Hipercor, *no puede descartarse* que, en el caso de que los autores hubieran considerado como seguro lo que era muy probable —el no desalojo y, con ello, las muertes y las lesiones—, *tal vez* no habrían actuado y no habrían colocado el coche-bomba en el aparcamiento de Hipercor. Esta incertidumbre sobre lo que habrían hecho los acusados si se hubieran representado el resultado como seguro, debería llevar a estimar —sobre la base del principio *in dubio pro reo*— lo más favorable para ellos, esto es: a suponer que entonces no habrían actuado, con lo que —siempre según la teoría del consentimiento— las muertes y las lesiones sólo se les podrían imputar a título de imprudencia. Si no es ésta la consecuencia a la que llega la Audiencia Nacional es porque, enmascarándola con la del consentimiento, lo que en realidad está aplicando es la teoría de la probabilidad: según ésta, la existencia de dolo eventual en el caso de Hipercor está fuera de discusión; pues la colocación de un artefacto explosivo en un aparcamiento de un concurrido supermercado supone un gravísimo riesgo para la vida y la integridad física de los seres humanos que en esos momentos se encuentran en el establecimiento.

4. *Animus laedendi-animus necandi*

Cuando una persona resulta gravemente herida a consecuencia de la agresión de un tercero, la cuestión de si esa agresión integra un delito de lesiones consumadas —porque sólo se ha actuado con ánimo de lesionar— o el más grave de homicidio (o de asesinato o de parricidio) frustrados o intentados —porque ha concurrido ánimo de matar— se ha convertido en uno de los problemas clásicos de nuestra jurisprudencia. La solución que da el Tribunal Supremo es tan conocida y homogénea que, para exponerla, no hace falta acudir a una larga cita de resoluciones judiciales (5): la existencia de dolo de matar

(4) Esta actitud de los autores fundamentaría ya, para Armin Kaufmann, la exclusión del dolo eventual y la entrada en juego de la imprudencia, pues para Kaufmann no existe dolo eventual cuando concurre una «voluntad de evitación» y «se han colocado realmente contrafactores para la evitación de las consecuencias accesorias» (*Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, 1982, p. 68 [este artículo de KAUFMANN, publicado por primera vez en 1958, ha sido traducido al castellano por SUÁREZ MONTES, y publicado en «ADPCP», 1960, pp. 185-206]).

(5) Cfr., por ejemplo, entre las más recientes, las sentencias, todas ellas de 1989 y que califican la acción de un delito contra la vida en grado de frustración, de 21 de febrero (con numerosas referencias jurisprudenciales), A. 1.631; 18 de abril, A. 3.410 («el procesado... sacó del bolsillo una navaja de diez centímetros de hoja y

hay que deducirla de datos externos y, muy especialmente, del arma empleada y del lugar del cuerpo de la víctima a donde fue dirigida.

En lo esencial, esta tesis del Tribunal Supremo es correcta en sus resultados; pero no lo es, como paso a exponer en lo que sigue, en su fundamentación.

En primer lugar, si cuando el Tribunal Supremo alude a las dificultades de prueba para demostrar la verdadera intención del autor (6), se está refiriendo con ello a toda clase de delitos, entonces esa afirmación jurisprudencial simplemente no es cierta. Si un hombre, utilizando violencia, introduce el pene por vía vaginal a una mujer, si un sujeto falsifica en un cheque la firma del titular de la cuenta corriente y, posteriormente y contra la presentación del documento falso, retira del Banco una determinada cantidad en perjuicio del cuentacorrentista, si un ladrón, después de fracturar la ventanilla de un coche, se apodera del radiocassette que se encontraba en el interior, la elemental conclusión de que en esos casos estamos ante violaciones, falsedades, estafas y robos *intencionales* no plantea ni ha planteado nunca problema alguno de prueba.

Pero ni siquiera en referencia a los delitos contra la vida puede afirmarse, con carácter general, que la prueba de la intención presente siempre dificultades. La mujer que con un hacha corta la cabeza de su marido mientras éste duerme, el sujeto que, después de dejarle sin sentido, arroja a su víctima al mar atándole al cuello con una sogu una pesada piedra, están matando intencionadamente a sus víctimas, y que ello es así no tiene vuelta de hoja.

La diferencia entre, por una parte, todos estos casos a los que nos acabamos de referir, y, por otra, las agresiones físicas peligrosas en donde surge el problema «animus necandi-animus laedendi», no reside en que en los primeros la existencia de intención no presente problemas de prueba, y en las segundas esa intención resulte difícil de demostrar: la diferencia reside en que en los primeros el sujeto *realmente* ha querido violar, falsificar, estafar y matar, y en las segundas, en cambio, el autor *no siempre ha actuado realmente con intención*: unas veces habrá querido matar y otras no; por consiguiente, si dolo equivaliese a intención —como, en definitiva, mantiene la teo-

con ella le propinó varias puñaladas, causándole lesiones en la mano izquierda, axila izquierda, flanco derecho del abdomen y erosión superficial del hígado, de las que la víctima curó a los treinta días sin secuelas»; y 22 de diciembre, A. 9.750 («...el acusado, al volver a encontrarse con la víctima, con una navaja de dimensiones medias que llevaba en la mano, le asestó dos navajazos, poco más encima de la cintura, alcanzando uno el epigastrio y el segundo el flanco izquierdo, heridas que le hubieran producido la muerte, si no se le hubiera prestado inmediata asistencia facultativa»).

(6) «...no existe otro medio al alcance de los Tribunales que el de analizar y valorar el conjunto de circunstancias objetivas concurrentes en la conducta enjuiciada del que pueda inferirse (vid., art. 1.253 del Código civil) la verdadera intención del agente, dado que ésta, por afectar a la esfera íntima de la persona, no es constatable directamente por los demás» (Tribunal Supremo 18 de abril de 1989, A. 3.410).

ría del consentimiento—, y a la vista de la incertidumbre sobre el verdadero propósito del agente en esas agresiones físicas, habría que condenar *siempre* por lesiones consumadas y *nunca* por un delito contra la vida en grado de tentativa o de frustración, si es que el principio «in dubio pro reo» y su consagración en la presunción constitucional de inocencia han de tener un sentido que no sea el simplemente declamatorio.

Hasta aquí nuestro rechazo al dato de la gravedad de las heridas y del arma empleada como criterio para presumir, en contra del reo, la existencia de una indemostrable —y en muchos casos inexistente— intención de matar. Cuando el Tribunal Supremo acude, además, como criterio complementario para averiguar el ánimo del sujeto, a sus antecedentes, tal como hace, por citar un ejemplo entre los innumerables, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1989 («El procesado, con anterioridad al hecho aquí enjuiciado, había sido condenado ejecutoriamente, en 1981, por un delito de homicidio, a la pena de seis años y un día de prisión mayor, y, en 1983, por un delito de lesiones a la pena de dos meses de arresto mayor. Ello, sin duda, puede ser indicio de que se trata de una persona agresiva o violenta»), hay que objetar contra todo ello que no porque una persona haya matado con anterioridad va a querer matar cada vez que empuña un arma, que lo decisivo, y lo que hay que demostrar, no es la intención con la que se obró en el pasado, sino aquella con la que se actúa en el presente, es decir: en el caso concreto que se enjuicia, y que, en definitiva, lo que hace el Tribunal Supremo cuando argumenta con la previa «conducción por la vida» del sujeto es abandonar un Derecho penal de hecho para entrar de lleno en uno de autor incompatible con los más elementales principios del Estado de Derecho.

5. Consideraciones finales sobre el dolo eventual

En mi opinión, y de acuerdo en los resultados con la jurisprudencia, tanto en el caso Bultó como en el de Hipercor concurren asesinatos consumados; y en los supuestos de agresiones a partes vitales del cuerpo con armas blancas o de fuego estamos ante delitos contra la vida en grados de frustración o de tentativa. Pero, como creo haber demostrado, estos resultados no se pueden fundamentar, tal como hace la jurisprudencia, con el aparato conceptual de la teoría del consentimiento, sino sólo con la de la probabilidad —teoría que defendí por primera vez hace 21 años, y que sigo defendiendo— (7), y para la cual existe dolo eventual cuando se somete al bien jurídico protegi-

(7) Cfr., GIMBERNAT, *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed. (1990), pp. 249 y ss.

do a un gravísimo riesgo de lesión, siendo irrelevante que para el caso hipotético de producción segura del resultado el autor hubiera obrado igualmente o se hubiera abstenido de actuar.

Como es sabido, la principal objeción que se formula contra la teoría de la probabilidad es la de que considera dolosos hechos en los cuales no ha habido intención de causar el resultado. Pero esa objeción no puede convencer por los motivos que expongo a continuación.

En primer lugar, ni el Código Penal dice expresamente en parte alguna que dolo sea lo mismo que intención, ni ello se deduce tampoco de la regulación legal. Por el contrario, existen delitos, como el del artículo 348 bis (8), que, como con razón sostiene la doctrina dominante (9), son sólo aplicables a los resultados causados con dolo directo de primer grado, esto es: con intención, quedando fuera del tipo, por consiguiente, las restantes formas de dolo, que han de ser caracterizadas, lógicamente y argumentando a contrario, por que, a pesar de ser dolosas, no son intencionales (10). Con otras palabras: Si existen tipos dolosos que, como el del artículo 348 bis, restringen su campo de aplicación a hechos exclusivamente intencionales, ello quiere decir que los restantes tipos dolosos están acogiendo, además y también, otras modalidades de dolo distintas de las intencionales, y que, por consiguiente, no es posible identificar dolo con intención.

En segundo lugar, y argumentando ahora desde la imprudencia, ésta consiste en un comportamiento *descuidado* que, por representar un riesgo moderado para los bienes jurídicos, pocas veces tiene como resultado la lesión de aquéllos. Que al que se dedica a colocar coches-bomba en supermercados repletos de público, al que adhiere artefactos explosivos al pecho de sus víctimas o al que apuñala a un ser humano en partes vitales de su cuerpo, se le pretenda calificar simplemente de descuidado (imprudente), supone emplear un adjetivo que es absolutamente inadecuado —es más: que constituye una burla— para definir el contenido, el alcance y la gravedad de esos comportamientos. De todo ello se sigue, argumentando negativamente: Si tales comportamientos no son imprudentes, y al mismo tiempo, por su gravedad y como está fuera de discusión, tienen que fundamentar alguna clase de responsabilidad criminal, entonces tienen que ser dolosos,

(8) «El que *maliciosamente* propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor. No obstante, los Tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare, podrán imponer la pena superior inmediata, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere delito más grave.»

(9) Cfr., por todos, SAINZ CANTERO, *El delito de propagación maliciosa de enfermedad*, «REP», 1967, pp. 57/58; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, 7.^a ed., 1988, pp. 442/443; BOIX, en: COBO y OTROS, *Derecho penal, parte especial*, 2.^a ed., 1988, pp. 380/381.

(10) Las formas dolosas no intencionales vienen constituidas por el dolo directo de segundo grado (Cfr., GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 243, 246) y por el dolo eventual.

porque, como el artículo 1 del Código penal *sólo conoce dos títulos de imputación* (dolo e imprudencia), lo que no es imprudente —ni impune— tiene que ser, necesariamente y por exclusión, doloso.

Last but not least. La consecuencia de encuadrar unos determinados hechos como dolosos (eventuales) y no como imprudentes es la de que aquéllos están amenazados con una pena superior a la de éstos. La finalidad del Derecho penal no es la de retribuir una supuesta e indemostrable culpabilidad, sino la de proteger bienes jurídicos. De ahí que cuanto mayor sea el riesgo de lesión, mayor habrá de ser también la pena a imponer para tratar de evitar, en lo posible, tales conductas. La conducta intencional es, en efecto, sumamente peligrosa para el bien jurídico, porque si el sujeto actúa con la finalidad de producir un resultado típico existen muchas posibilidades de que lo consiga. Como desde el punto de vista del peligro no existe apenas diferencia entre este comportamiento y el de quien siembra de bombas locales públicos en horas de máxima concurrencia, independientemente de que, después, avise de su colocación, por ello la pena a imponer debe ser igualmente —si es que de verdad se quieren proteger con justicia y con efectividad los bienes jurídicos— la del delito doloso. Y no la de la imprudencia, en la que sólo son subsumibles conductas descuidadas, como la muerte o lesiones (imprudentes) a consecuencia de la infracción de, por ejemplo, una regla del Código de la Circulación; pues de estas infracciones se producen al día en España decenas de miles que no desembocan casi nunca en un resultado lesivo para la vida o para la integridad corporal.

II. LA RELACION PARRICIDIO-ASESINATO

1. Introducción

Hasta la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983 el problema de si la conducta de quien mataba a uno de los posibles sujetos pasivos del parricidio (art. 405), por ejemplo: al cónyuge, concurriendo, al mismo tiempo, alguna de las circunstancias cualificativas del asesinato (art. 406), por ejemplo, la alevosía, debía calificarse como parricidio con la agravante genérica de alevosía, o como asesinato con la circunstancia mixta (y, en este caso, agravante) de parentesco, tenía un interés puramente estético; pero a efectos prácticos, y dado que ambos delitos se castigaban con la misma pena: la de reclusión mayor a muerte (11), al autor le era indiferente una u otra

(11) Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, y por aplicación directa de ésta, los delitos sancionados hasta entonces con la pena de reclusión mayor a muerte pasaron automáticamente a ser sancionados con la de reclusión mayor en toda su extensión.

calificación, pues el marco penal aplicable en cualquiera de los dos casos era idéntico: reclusión mayor (a muerte) con la concurrencia de una agravante genérica (12).

Con la reforma de 1983 el parricidio pasa a ser sancionado con una pena (reclusión mayor en toda su extensión) inferior a la del asesinato (reclusión mayor en su grado máximo) (13), y, con ello, el problema deja de ser uno estético: si el hecho se califica de parricidio con la agravante de alevosía la pena a imponer es, de acuerdo con lo previsto en el artículo 61, 2.ª (14), la de *reclusión mayor* en sus grados medio o máximo; en cambio, si se califica de asesinato con la agravante de parentesco la pena es, de acuerdo con los artículos 61, 2.ª y 62 (15), el grado medio o máximo de *reclusión mayor en su grado máximo* (16).

2. La tesis del Tribunal Supremo

a) El Tribunal Supremo se inclina en estos casos por la primera calificación de parricidio con la concurrencia de la correspondiente agravante (17), fundamentándolo en que el parricidio es especial respecto del asesinato; en que, además de ser especial, es un tipo privilegiado; y, finalmente, en que no puede aplicarse el asesinato con la

(12) Sobre cuál era el marco penal aplicable a los delitos castigados con reclusión mayor a muerte en los que concurría una agravante genérica, cfr. GIMBERNAT. *Tres problemas de reglas de aplicación de penas (dos de ellos referidos a la de reclusión mayor a muerte)*, en: «La pena de muerte. 6 respuestas», 2.ª ed., Madrid, 1978, pp. 210 y ss. Hasta la reforma del Código penal de 1983 se imponía el grado máximo de la pena correspondiente (a no ser que ésta fuera la de reclusión mayor a muerte) cuando concurría una agravante genérica; desde dicha reforma de 1983 la pena aplicable es el grado medio o máximo.

(13) La vigente diferencia de penas entre asesinato y parricidio fue producto de un error y no de una decisión consciente del legislador (cfr. COBO-CARBONELL, en: Cobo y otros, *Derecho penal, parte especial*, 2.ª ed. [1988], pp. 516/517).

(14) «En los casos en que la pena contenga tres grados, los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes: ...Cuando concurriere sólo alguna circunstancia agravante, la impondrán en su grado medio o máximo. Si concurrieren varias se impondrá en el grado máximo».

(15) El artículo 62 dispone: «En los casos en que la pena señalada por la Ley no se componga de tres grados, los Tribunales aplicarán las reglas contenidas en el artículo anterior, dividiendo en tres períodos iguales el tiempo que comprenda la pena impuesta, formando un grado de cada uno de los tres períodos».

(16) A pesar de que en ambos casos el límite máximo de la pena a aplicar es el de treinta años, el límite mínimo es más severo en la calificación asesinato + agravante que en la de parricidio + agravante; de ahí que esta última pena sea también la menos grave porque «en nuestro Derecho se determina si una pena es menos grave que otra teniendo en cuenta, no las sanciones concretamente aplicadas, sino las que se han podido aplicar» (GIMBERNAT, *La pena de muerte. 6 respuestas*, 1978, p. 216).

(17) Así se ha pronunciado en las tres sentencias en las que hasta ahora se ha ocupado de este tema: Tribunal Supremo 4 de marzo de 1986, A. 1.108 (muerte del cónyuge con alevosía); 29 de septiembre de 1986, A. 4.859 (muerte del cónyuge con veneno); 31 de octubre de 1987, A. 8.241.

agravante de parentesco «por la razón simplísima de que ello supondría *desmembrar* los elementos integrantes de una infracción delictiva autónoma, específica y hoy en día privilegiada, como es el parricidio» (18).

b) Como ha puesto de manifiesto la doctrina científica mayoritaria, ninguno de esos argumentos se tiene en pie. En primer lugar, el parricidio no es un subgénero del asesinato —y, por consiguiente, no es especial frente a él— porque es perfectamente imaginable la muerte de un ascendiente, de un descendiente o del cónyuge, sin que concurra ninguna de las circunstancias agravantes del artículo 406: no todo parricidio es —siempre y al mismo tiempo— un asesinato (19). Además: ciertamente que si se aplicase el asesinato con la agravante de parentesco, el parricidio quedaría «desmembrado», pero ante un hecho que se puede calificar tanto de parricidio como de asesinato, si se aplica aquél, como hace la jurisprudencia, entonces el que queda «desmembrado» es éste, y el Tribunal Supremo no explica, ante una disyuntiva en la que necesariamente alguno de los dos tipos ha de quedar marginado, por qué hay que preferir una «desmembración» (la del asesinato) a otra (la del parricidio) (20). Finalmente, cuando el Tribunal Supremo argumenta con que el parricidio es una infracción privilegiada, ello no pasa de ser una petición de principio: ciertamente que el parricidio tiene en el Código Penal vigente una pena inferior a la del asesinato (lo cual, como veremos infra 4 d, no quiere decir que por ello haya de ser considerado un tipo privilegiado) *en tanto en cuanto* consista única y exclusivamente en la muerte del pariente; pero si la muerte de un pariente del artículo 405 es, también y por ejemplo, alevosa, entonces ese hecho ya no es *sólo* un parricidio, sino *también* el delito más grave de asesinato; por qué cuando concurren simultáneamente parricidio y asesinato hay que dar preferencia al delito que tiene señalada pena inferior (al supuestamente privilegiado) frente al de pena superior, esa no es la solución: ese es precisamente el planteamiento del problema.

c) Con lo expuesto queda rechazada en su fundamentación la tesis defendida por el Tribunal Supremo para resolver la relación

(18) Esta argumentación de la sentencia de 4 de marzo de 1986 es recogida, literalmente, en las posteriores de 29 de septiembre de 1986 y de 31 de octubre de 1987.

(19) Así, con razón: FERNÁNDEZ ALBOR. *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, vol. 2.º, Madrid, 1985, p. 873; CARBONELL. *¿Parricidio alevoso o asesinato de parientes?* «ADPCP», 1986, p. 997; RODRÍGUEZ MOURULLO. *La relación concursal parricidio-asesinato, después de la reforma de 1983*, «Estudios Penales y Criminológicos X», Santiago de Compostela, 1987, p. 353; SANZ MORÁN. *Alternatividad de leyes penales*, «Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor», Santiago de Compostela, 1989, pp. 674-675.

(20) En el mismo sentido cfr., ya R. MOURULLO. *op. cit.*, p. 356 y MIR. *Sobre la relación entre parricidio y asesinato*, «ADPCP», 1988, p. 997 (el artículo de MIR se ha publicado también en: «Criminología y Derecho penal al servicio de la persona». Libro-homenaje al Profesor Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, pp. 823 y ss.).

parricidio-asesinato; que el resultado (la pena de reclusión mayor en sus grados medio o máximo) al que conduce tampoco es correcto, por ser incompatible con la escala de valores del Código Penal, de eso nos ocuparemos más adelante (infra 4 d) (21).

3. La tesis de Mir

a) Frente a la solución jurisprudencial de calificar a este grupo de casos de parricidio con la correspondiente agravante y frente a la solución mayoritaria en la doctrina científica de considerarlo un asesinato con la agravante de parentesco, *Mir* ha defendido recientemente la tesis de que aquí estamos, en realidad, ante un concurso ideal entre asesinato y parricidio por lo que la pena a imponer es, conforme al artículo 71 (22), la del grado máximo de reclusión mayor en su grado máximo (23).

b) Contra esta solución del concurso ideal hay que objetar que las penas del parricidio (reclusión mayor) y del asesinato (reclusión mayor en su grado máximo) figuran entre las más graves del Código Penal precisamente porque *cada uno* de esos tipos, *por sí solo*, se construye en torno al núcleo fundamental de injusto de la *muerte dolosa* de otra persona; de ahí que aplicar los dos cumulativamente, como propone *Mir*, suponga someter a un doble juicio de desvalor una única muerte voluntaria. *Mir* afirma (24), sin embargo, que su solución es inevitable en Derecho español porque, como el artículo 59 dispone que «no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyeren un delito especialmente castigado por la Ley o que ésta haya expresado al describirlo o sancionarlo», de ahí se deduce que, porque la alevosía

(21) En la doctrina propone también la aplicación del parricidio, sobre la base de una supuesta relación de especialidad frente al asesinato, BARBERO, *La reforma penal de la monarquía constitucional española*, en: «Reforma política y Derecho», Madrid, 1985, pp. 313/314, nota 36. SANZ MORÁN, *op. cit.*, pp. 674-675, operando con una distinta fundamentación —en su opinión, la relación parricidio-asesinato es de subsidiariedad—, llega al mismo resultado de prevalencia del parricidio por estimar que éste es el tipo principal frente al subsidiario del asesinato.

(22) «Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro. En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán los delitos por separado.»

(23) Esta tesis había sido mantenida ya, anteriormente, por BUSTOS, *Manual de Derecho penal, parte especial*, Barcelona, 1986, pp. 38-39. Posteriormente se ha adherido expresamente a la solución de MIR, DÍAZ Y GARCÍA, *Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público* (art. 249, 2.º Código penal), Poder Judicial 16 (diciembre 1989), pp. 212-213, nota 69.

(24) Cfr., «ADPCP», 1988, pp. 995 y ss.

constituye por sí misma un delito especialmente castigado, a saber: un asesinato, esa agravante no puede «aumentar la pena» del parricidio, y que, por los mismos motivos, tampoco la circunstancia de parentesco (al constituir en parte el delito especialmente castigado de parricidio) puede aumentar la pena del asesinato: al declarar incompatibles con el artículo 59 tanto la tesis jurisprudencial como la mayoritaria en la ciencia, *Mir* piensa que la única salida es la del concurso ideal entre parricidio y asesinato.

c) Pero esta exégesis supone una tergiversación del contenido del artículo 59 que llevaría, en una aplicación consecuente a otros supuestos, a resultados insostenibles valorativamente.

a a) Supone una tergiversación, porque lo único que quiere decir el artículo 59 es que *si se aplica* un determinado delito en cuya configuración ha entrado una agravante —por ejemplo, el asesinato del 406.1.^a cualificado por la alevosía—, ésta no puede volver a entrar en juego de nuevo como circunstancia genérica del 10.1.^a; el artículo 59 supone, por consiguiente, una plasmación del elemental principio («non bis in idem») de que un mismo dato —por ejemplo, la traición— no puede ser sometido a un doble juicio de desvalor como alevosía del 406.1.^a y como alevosía del 10.1.^a: este principio que informa nuestro Código penal (tal como se deduce del art. 59) es precisamente el que *Mir* desconoce al desvalorar dos veces (como parricidio y como asesinato) el mismo dato de una muerte dolosa. Por consiguiente: Si el *delito no se aplica* —y el Tribunal Supremo *no aplica* el asesinato cuando castiga por parricidio, *ni* la doctrina científica dominante *aplica* tampoco el parricidio cuando castiga por asesinato—, entonces —por no infringir el principio «non bis in idem», que constituye la ratio del 59— nada se opone a que la alevosía (en el parricidio) o el parentesco (en el asesinato) concurren como agravantes genéricas.

b b) Además, si como mantiene *Mir*, el artículo 59 excluye la aplicación de la agravante genérica siempre que ésta se haya incorporado a un tipo delictivo como elemento integrante del mismo, entonces, como el ensañamiento es una circunstancia cualificativa del asesinato, el infanticidio con ensañamiento, no sería calificado —y sancionado— sobre la base del artículo 410 con la agravante genérica del 10.5.^a, sino, en un desarrollo consecuente de la tesis de *Mir*, como un concurso ideal entre el asesinato del 406.5.^a y el infanticidio del 410 (25): la pena a aplicar sería entonces la del grado máximo

(25) Como he expresado en otro lugar, mi opinión es justamente la opuesta: Cfr. GIMBERNAT, *Inducción y auxilio al suicidio*, «Estudios de Derecho penal», 3.^a ed. (1990), p. 285: «Las circunstancias genéricas del Código penal español, añadidas a los tipos del Libro II, crean nuevos supuestos de hecho con elementos específicos que son decisivos para establecer relaciones de especialidad. Extraigamos de ahí sólo una de las posibles consecuencias: En el infanticidio con ensañamiento no puede prevalecer el tipo del asesinato del 406.5. Pues si lo aplicásemos no habría forma de abarcar

de reclusión mayor en su grado máximo, con lo que frente a un asesinato con ensañamiento sin más (reclusión mayor en su grado máximo) *la adición de los dos elementos de atenuación* de que la madre obra, primero, en los momentos subsiguientes al parto, y, segundo, con la finalidad de ocultar la deshonra *condicionaría la imposición de una pena más grave*. Igualmente, como la relación de ascendencia es un elemento integrante del parricidio, la muerte del padre con su consentimiento no podría considerarse —tal como definiendo yo— un homicidio-suicidio del 409, inciso segundo, con la agravante del artículo 11, sino que habría que dar paso a un concurso ideal del 405 con el 410; con ello —y siempre según *Mir*— resultaría menos castigado un parricidio sin más (reclusión mayor) que un parricidio *con la concurrencia del factor de atenuación* de que la víctima consiente en su muerte (reclusión mayor en su grado máximo).

Por consiguiente: La tesis de *Mir* de que el ensañamiento y el parentesco, por ejemplo, al haberse integrado como cualificativas en delitos independientes de asesinato y de parricidio, no pueden aplicarse ya como agravantes genéricas «sueltas» a otros delitos contra la vida; sino sólo concursando idealmente como tales delitos de asesinato o de parricidio, lleva al resultado a todas luces equivocado de castigar más gravemente un parricidio con el factor de atenuación del consentimiento de la víctima que un parricidio sin más, de castigar más gravemente el delito privilegiado de infanticidio con ensañamiento que una muerte sin más (no privilegiada) con ensañamiento.

d) Con lo expuesto queda rechazada en su fundamentación la tesis de *Mir* de que la relación parricidio-asesinato deba ser resuelta con un concurso ideal; que los resultados concretos a que conduce (imposición del grado máximo de reclusión mayor en su grado máximo), tampoco son de recibo, vamos a exponerlo en seguida (infra 4 d).

—por no figurar entre las circunstancias genéricas— el factor, al que el Código penal ha concedido relevancia en el infanticidio, de ser el sujeto pasivo un recién nacido; mientras que si calificamos por el 410 con la agravante de ensañamiento no se nos escapa ninguno de los elementos a los que la Ley penal —en el Libro I o en el Libro II— ha atribuido relevancia penal. La peculiaridad de la Ley española de las circunstancias genéricas, mediante la adición de dichas circunstancias a los hechos criminalizados en el Libro II, hace posible crear nuevos tipos específicos que son los que han de ser tenidos en cuenta para decidir los problemas de concursos de leyes. Según esto, el 409.2, con la adición de, por ejemplo, la agravante de precio prevalece frente al escueto 406.2, por existir una auténtica relación de especialidad.»

De acuerdo con lo expuesto, en el caso planteado por BARBERO, *op. cit.*, p. 313, nota 36, de la madre que para ocultar su deshonra mata al hijo recién nacido con veneno, es obvio —en el caso de que el veneno deba entrar aquí en juego como agravante, lo que rechazo— que entre el asesinato del 406.3,⁴ y el infanticidio del 410 + agravante de veneno existiría una inequívoca relación de especialidad que decidiría la prevalencia de esta última calificación sobre la primera.

4. La doctrina científica dominante

a) En mi opinión, tiene razón la doctrina científica dominante (26): la muerte de un pariente del 405 en la que concurre alguna de las circunstancias cualificativas del 406 debe ser calificada como un asesinato con la agravante genérica de parentesco.

b) La relación entre: parricidio + agravante de, por ejemplo, alevosía, por una parte, y: asesinato cualificado por la alevosía + agravante de parentesco, por otra, es una de concurso de leyes por alternatividad (27). Ya sé que últimamente la relación de alternatividad no goza —tampoco en la doctrina española— (28) de muy buena prensa; pero existe. Ello lo demuestra, entre otros y precisamente, el supuesto de hecho que nos ocupa. Pues si el concurso de leyes viene caracterizado por que un hecho es susceptible de dos calificaciones distintas, desplazando la una a la otra, entonces es evidente que, por ejemplo, la muerte alevosa del cónyuge puede ser subsumida, efectivamente, tanto en el 405 con la agravante del 10.1.^a como en el 406.1.^a con la agravante de parentesco; e igualmente obvio es que las dos calificaciones (405 + 10.1.^a-406.1.^a + 11) no pueden aplicarse cumulativamente en concurso ideal porque cada una de ellas agota exhaustivamente los tres elementos jurídicopenalmente relevantes del hecho: muerte, alevosía, cónyuge como sujeto pasivo, y, por ello, hacer entrar en juego un concurso ideal supondría someter a un doble juicio de desvalor *en todos sus extremos* un único hecho (29). Evidente es también, por último, que la relación de concurso de leyes entre las dos calificaciones, porque ambas son idénticas a la hora de abarcar el supuesto de hecho, no es la de especialidad; ni tampoco la de subsi-

(26) Es decir: FERNÁNDEZ ALBOR, *op. cit.*, p. 873; CARBONELL, «ADPCP», 1986, p. 998; COBO-CARBONELL, *op. cit.*, p. 527; QUERALT, *Derecho penal español, parte especial*, volumen I, Barcelona, 1986, p. 38; R. MOURULLO, *op. cit.*, p. 355; RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal* (Parte especial), 2.^a ed., Madrid, 1987, p. 48; MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 52-53; MAPELLI, *El dolo eventual en el asesinato*, «ADPCP», 1988, p. 431; BAJO, *Manual de Derecho penal* (Parte especial), «Delitos contra las personas», 3.^a ed., Madrid, 1989, p. 58.

(27) En este sentido: F. ALBOR, *op. cit.*, p. 873; R. MOURULLO, *op. cit.*, p. 354; BAJO, *op. cit.*, p. 58.

(28) Cfr., MIR, «ADPCP», 1988, p. 999 («De ahí que hoy suela optarse por prescindir del principio de alternatividad al exponer los criterios de solución del concurso de leyes»); SANZ MORÁN, *op. cit.*, p. 671 («no hay espacio lógico para el pretendido principio de alternatividad en la solución de los conflictos normativos»), p. 672 («...el principio de alternatividad... carece de campo propio»). En cambio, parece aceptar la alternatividad como modalidad autónoma del concurso de leyes, LUZÓN PEÑA (ex discípulo mio), *Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: Cuestiones concursales*, «Estudios penales y criminológicos», XI, Santiago de Compostela, 1988, pp. 292/293.

(29) Este concurso ideal sería más insostenible aún que el propuesto por MIR, porque este autor «sólo» desvalora dos veces uno de los datos (la muerte dolosa); pero no los tres (muerte, parentesco, alevosía), como sucedería si se aplicara aquí el concurso del artículo 71.

diariedad, porque ésta se caracteriza por que los tipos en conflicto abarcan dos aspectos *diferentes* del comportamiento, por ejemplo: inducción y complicidad (A convence a B para que asesine a X, y le entrega el cuchillo para hacerlo), siendo uno de ellos (la complicidad) subsidiario, en el sentido de que sólo entra en juego para el caso de que no concurra el principal (en este caso: la inducción) (30); ni, menos aún, la de consunción, porque esta relación hace referencia también a dos aspectos *diferentes* del hecho (por ejemplo: abusos deshonrosos violentos como tránsito hacia una posterior violación), desplazando el tipo absorbente al consumido.

Por consiguiente: Si la relación parricidio+agravante genérica-asesinato+agravante de parentesco no es de concurso ideal, sino de leyes, pero dentro de éste no es aplicable a esa relación ni la especialidad ni la subsidiariedad ni la consunción, entonces, y aunque sólo sea por exclusión (ya veremos más adelante que no sólo es por eso), parece que lo que debe entrar en juego es la alternatividad.

c) La alternatividad se distingue de las otras tres modalidades de concurso de leyes por que en ella *las dos calificaciones* en conflicto *abarcan, no aspectos diferentes* de la conducta, sino *exhaustivamente todos los datos jurídicopenalmente relevantes* (31), que es lo que sucede aquí, donde los tres elementos (muerte dolosa, parentesco y cir-

(30) SANZ MORÁN, *op. cit.*, pp. 674/675, que rechaza el criterio de la alternatividad (cfr., *supra*, nota 28), mantiene que la relación parricidio+agravante-asesinato+agravante es de subsidiariedad, siendo prevalente el parricidio, pues, en primer lugar, éste es «especial sobre el común [de asesinato], por tener un círculo más restringido de posibles destinatarios», y porque, en segundo lugar, el parricidio tiene una «fundamentación unitariamente orientada» frente al asesinato cuyas «características... [son de] ...una gran mutabilidad y contingencia».

El primer argumento de SANZ MORÁN es tendencioso, pues emplea unos conceptos («común», «especial») cuyo alcance y significado en la teoría del concurso están fuera de discusión, para, a continuación, darles un nuevo y arbitrario significado que no tiene nada que ver con el tradicional («especial» sería ahora el parricidio porque «tiene el círculo más restringido de destinatarios»); pero una vez abandonado el significado estricto de lo que es «común» y «especial», igual de legítimo sería decir que el tipo especial es el del asesinato, porque «tiene el círculo más restringido de modos de comisión», y declarar, en consecuencia, la prevalencia de éste.

Por lo que se refiere al segundo argumento, y aún admitiendo las descripciones de SANZ MORÁN, tampoco se entiende —ni SANZ MORÁN se esfuerza en argumentarlo— por qué ha de prevalecer lo que supuestamente tiene una «fundamentación unitariamente orientada» (el parricidio, el cual, por cierto, es un delito que muchas legislaciones desconocen) sobre lo que presuntamente es «mutable y contingente» (el asesinato), y no ha de suceder a la inversa.

(31) Siendo indiferente si las penas que prevén las dos calificaciones en conflicto son de distinta o de la misma gravedad. CARBONELL, «ADPCP», 1986, p. 997, sólo reconoce la existencia de alternatividad en este último caso, pero no en el primero, por lo que, después de la reforma de 1983, niega que la relación parricidio+agravante-asesinato+parentesco sea una de alternatividad; pero sin razón: el concurso de leyes es siempre un problema del *supuesto de hecho* (que es subsumible total o parcialmente en distintas calificaciones), independientemente de cuáles sean las consecuencias jurídicas (que, además y por lo general, suelen ser de distinta gravedad) vinculadas a esas calificaciones.

cunstancia cualificativa de asesinato) son tenidos igualmente en cuenta por las dos posibles calificaciones (32).

Cuando un hecho es subsumible en dos o más preceptos, y éstos figuran en un concurso de leyes distinto del de la alternatividad, una vez resuelta cuál es la modalidad concursal aplicable, está resuelto también cuál es el tipo prevalente, pues el enunciado no sólo describe la relación concursal, sino también su solución: en la especialidad, la ley especial deroga a la general; en la subsidiariedad, la principal desplaza a la subsidiaria; y en la consunción, la «*lex consumens derogat legi consumptae*». En la alternatividad, en cambio, y ahí reside su principal dificultad, el simple enunciado sólo indica que hay que aplicar uno de los tipos (alternativos) en colisión, pero no resuelve a *cuál* de ellos hay que dar preferencia. (Acudir al art. 68, y declarar prevalente, con ello, la calificación que tiene la pena más severa —en este caso, pues, la del asesinato con la agravante de parentesco—, no puede constituir el argumento decisivo y único, ya que, como es sabido y tal como sucede, por ejemplo, en la relación parricidio-infanticidio, no siempre se resuelven los concursos de leyes con una aplicación mecánica del mencionado art. 68).

Por consiguiente, una vez detectada una determinada relación de alternatividad, tal como la que concurre aquí entre: asesinato + artículo 11-parricidio + agravante genérica, y dado que la enunciación (alternatividad) no lleva consigo la solución, el paso siguiente es el de investigar qué criterios *concretos* son los que en el *concreto* concurso (alternativo) de leyes van a decidir cuál de las dos calificaciones en conflicto y excluyentes entre sí debe prevalecer. En nuestro caso esos criterios son los que paso a exponer a continuación.

d) Desde el punto de vista de su relevancia (des)valorativa en la estructuración de los delitos contra la vida, las agravantes de los artículos 10 y 11 pueden dividirse en «*leves*», como la nocturnidad o el despoblado, que *no cambian el título de imputación*, entran en juego como genéricas del homicidio del 407, y mantienen la pena de reclusión menor de aquél que se impone en su grado medio o máximo; en agravantes «*intermedias*», integradas por algunas de las relaciones de parentesco (ascendientes, descendientes, cónyuge) conte-

(32) También y por dar un ejemplo más, existe relación de alternatividad entre las dos calificaciones posibles aplicables a la muerte alevosa de otra persona, porque ese comportamiento es subsumible, al mismo tiempo, en el artículo 407 con la agravante del 10.1.^º y en el artículo 406.1.^º, abarcando las dos calificaciones todos los datos juridicopenalmente relevantes de la conducta. Esta relación de alternatividad (y no de especialidad, como afirma MIR, «ADPCP», 1988, p. 995: ¿qué elemento adicional y específico añade el 406.1.^º que no esté contenido ya en la combinación 407 + 10.1.^º?) se resuelve a favor del 406.1.^º porque la existencia de ese tipo nos indica ya que en los delitos contra la vida el legislador ha querido dar a la alevosía una significación desvalorativa superior a la que desempeña en los restantes hechos punibles, donde opera como una agravante genérica más.

nidas en el artículo 11, que cambian el título de imputación a parricidio y elevan la pena a reclusión mayor en toda su extensión; y, finalmente, en «hiperagravantes», constituidas por las previstas en el artículo 10.1.^a, 2.^a, 3.^a, 5.^a y 6.^a, que cambian asimismo el título de imputación de la muerte dolosa, transformándola en el asesinato del artículo 406 sancionado con una pena aún más grave: la de reclusión mayor en su grado máximo.

Sobre la base de estos criterios legales de valoración han de ser rechazadas, también en sus consecuencias punitivas, tanto la tesis del Tribunal Supremo como la de *Mir*.

La tesis jurisprudencial, porque si una muerte sin más con la concurrencia de una agravante «leve» (por ejemplo, la nocturnidad) se castiga menos (reclusión menor en sus grados medio o máximo) que si concurre la «intermedia» de, por ejemplo, relación de descendencia (que se sanciona, como parricidio, con reclusión mayor), entonces lo mismo tiene que regir (menor pena para la «leve» que para la «intermedia») cuando concurren en una muerte (por ejemplo, alevosa) constitutiva de asesinato. Como la única calificación y sanción posibles de un asesinato cualificado por la alevosía en el que concurre la nocturnidad es la del artículo 406.1.^a con la agravante del 10, 13 y, con ello, los grados medio o máximo de reclusión mayor en su grado máximo, de ahí que sea imposible que si en la misma muerte alevosa concurre, no una agravante «leve» como la de la nocturnidad, sino una más desvalorada, como la «intermedia» de relación de descendencia, disminuya la pena y haya que aplicar —como mantiene el Tribunal Supremo al calificar ese hecho de parricidio con la agravante de alevosía— los grados medios o máximo de reclusión mayor: no puede ser que frente a una muerte sin más el parentesco tenga más gravedad que la nocturnidad y que frente a una muerte alevosa se cambie de pronto el criterio valorativo, y, como quiere el Tribunal Supremo, entonces tenga más gravedad la nocturnidad que la relación de descendencia.

La tesis de *Mir* es igualmente incompatible con la jerarquía axiológica de las agravantes de los artículos 10 y 11. Pues si en referencia a una muerte dolosa la concurrencia de una relación de descendencia (agravante «intermedia» que integra un delito de parricidio sancionado con reclusión mayor) tiene un desvalor menor que, por ejemplo, la «hiperagravante» de premeditación (que fundamenta un asesinato y, con ello, la pena de reclusión mayor en su grado máximo), entonces no puede ser que cuando esas agravantes se conectan a una muerte alevosa cambien repentinamente los criterios de valoración y sea más grave matar alevosamente al hijo (grado máximo de reclusión mayor en su grado máximo, según *Mir*, que aplica aquí el art. 71 por estimar que existe un concurso ideal entre asesinato y parricidio) que matar a otro con las dos «hiperagravantes» de alevosía y de premeditación (asesinato alevoso con la concurrencia, como genérica, de

la premeditación e imposición, por consiguiente, de los grados medio o máximo de reclusión mayor en su grado máximo): es imposible que en relación a una muerte dolosa sin más, tenga más gravedad la premeditación que la relación de descendencia y que frente a una muerte alevosa se invierta el criterio valorativo y, como quiere *Mir*, entonces opere con mayor severidad la relación de descendencia que la premeditación (33).

5. Consideraciones finales sobre la relación parricidio-asesinato

Después de rechazar en su fundamentación tanto la tesis del Tribunal Supremo (*supra* II 2) como la del concurso ideal (*supra* II 3) hemos llegado a la conclusión de que esas dos soluciones llevan, además, a resultados incompatibles con la escala valorativa del Código Penal: la tesis del Tribunal Supremo, porque frente a la muerte alevosa la agravante «leve» de, por ejemplo, nocturnidad condiciona la aplicación de una pena más severa que la agravante «intermedia» de parentesco; la del concurso ideal, porque frente a una muerte alevosa la agravante «intermedia» de parentesco condiciona una pena más severa que la «hiperagravante» de, por ejemplo, premeditación.

La solución de la alternatividad que aquí se mantiene evita esas contradicciones valorativas: la muerte de un pariente del 405 en la que concurre una circunstancia cualificativa de asesinato ha de ser calificada sobre la base del artículo 406 con la agravante del artículo 11. Ciertamente entonces, y en referencia, por ejemplo, a una muerte alevosa, todas las circunstancias: las «leves», las «intermedias» y las «hiperagravantes», operan de igual manera en cuanto que cada una de ellas condiciona la aplicación de la *misma* pena: el grado medio o máximo de reclusión mayor en su grado máximo. Pero una cosa es que el Código Penal no pueda matizar siempre entre las dis-

(33) La inversión valorativa no sería tan escandalosa si, en contra de toda la tradición jurisprudencial y doctrinal, se pretendiera ahora calificar una muerte alevosa y premeditada, no como un asesinato del 406.1.^º con la agravante genérica del 10.2.^º, sino como un concurso ideal de un asesinato del 406.1.^º con otro asesinato del 406.2.^º, pues de esta manera *MIR* conseguiría que la «hiperagravante» del 10.2.^º operara, al menos, con la *misma* intensidad —y no con una *inferior*— que la agravante «intermedia» del artículo 11. Pero, aún prescindiendo de la objeción (*supra* II 3 b y c) de que acudir a un concurso ideal entre el 406.1.^º y el 406.2.^º supondría someter a una doble desvaloración una única muerte dolosa, esa hipotética solución seguiría sin ser viable; porque su desarrollo consecuente llevaría a apreciar —todo ello en concurso ideal— no sólo dos asesinatos cuando en una sola muerte concurren la premeditación y la alevosía, sino también tres asesinatos si, además de la existencia de alevosía y de premeditación, se ha actuado por precio, y cuatro asesinatos si la muerte premeditada, alevosa y por precio se ha ejecutado con ensañamiento, y cinco asesinatos...: francamente, un cadáver no da para tantos asesinatos consumados.

tintas agravantes según cuál sea su diferente grado (des)valorativo y que, en ocasiones, *equipare* el peso de todas ellas, y otra muy distinta entrar en el descontrol axiológico del Tribunal Supremo y de los partidarios de la tesis del concurso ideal y sancionar más severamente lo «leve» que lo «intermedio», o lo «intermedio» que lo «hiperagravado».

Los delitos culposos en la reforma penal

CARLOS MARIA ROMEO CASABONA

Catedrático de Derecho penal.
Universidad de La Laguna (Tenerife)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Modificaciones tendentes a la despenalización. 3. Aspectos técnicos de la reforma. El tipo de los delitos culposos: la imprudencia temeraria. 3.1. Aspectos generales. 3.2. La impericia o negligencia profesional. 3.3. El delito de daños por imprudencia temeraria. 3.4. La imprudencia temeraria cometida con vehículos de motor. 4. Las imprudencias simples. 4.1. Males a las personas por imprudencia simple. 4.2. Daños en las cosas por imprudencia simple. 5. Las penas de los delitos y faltas culposos. 5.1. Limitación de la pena en la imprudencia temeraria. 5.2. Limitación de la pena en la impericia o negligencia profesional. 5.3. Las penas de las imprudencias simples. 5.4. Aplicación de la pena de privación del permiso de conducir. 5.5. Pluralidad de resultados. 6. ¿Remisión condicional de la condena? 7. Condiciones de procedibilidad. Otros aspectos procesales. 7.1. Condiciones de perseguibilidad: la denuncia. 7.2. Comparecencia de terceros como parte. 7.3. El perdón y sus efectos. 7.4. Reconsideración de los llamados delitos semipúblicos o semiprivados. 7.5. Régimen transitorio. 8. Valoración de la reforma y perspectiva político-criminal.

1. INTRODUCCION

La revisión del alcance y procedimiento de incriminación de la llamada imprudencia del Código penal español ha sido una tarea largamente esperada en nuestro país. A este respecto, la reforma del Código penal por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, ha afectado de forma sensible a la regulación de las infracciones culposas hasta entonces vigente. En efecto, de acuerdo con los propósitos generales de la citada reforma mencionados en su Preámbulo, en el que se señala la orientación de la misma hacia el principio de intervención

mínima del Derecho penal (1), las infracciones culposas han experimentado una despenalización parcial en los términos que veremos más abajo. De todas formas, esta despenalización limitada no responde todavía al unánime sentir de los penalistas españoles, que han reclamado de forma reiterada que las conductas culposas deben constituir ilícito penal con carácter excepcional, esto es, tan sólo las formas más graves que atenten contra bienes jurídicos de especial importancia, dejando encomendada la tarea protectora en los demás casos a otros sectores del ordenamiento jurídico, que no comportan el recurso tan severo y frecuentemente estigmatizante de la pena. En este sentido la obra acometida en la presente ocasión por el legislador no puede ser ya de entrada completamente satisfactoria. Pero es cierto también que esta orientación político-criminal habría obligado a una técnica legislativa distinta y más laboriosa que la adoptada por el legislador de 1989, al haber tenido que implicar una revisión total de las figuras delictivas dolosas presentes en el Código penal vigente y valorar la conveniencia de incluir junto a las mismas el tipo culposo singularizado correspondiente. Ello, obviamente, hubiera ido más allá de las pretensiones menos ambiciosas que se propuso el legislador con tal reforma, como se comprueba del análisis del alcance de su conjunto, y de esta limitación es consciente también aquél cuando deja el tema abierto y se remite a un futuro nuevo y completo Código penal (2).

Sin perjuicio de las anteriores reflexiones, hay que convenir en que supone la citada reforma un paso muy significativo hacia la limitación de la intervención penal en las conductas culposas. Pero para comprender mejor los resultados obtenidos veamos a continuación los supuestos que han sido despenalizados de una forma u otra. Para ello habrá que tener presente la nueva redacción de los artículos 563, 565, 586 bis (que sucede al antiguo 586, núm. 3.º, hoy sin contenido) y el artículo 600; aunque no sólo éstos: también tienen interés otros, que se mencionarán más abajo. Pero antes de continuar conviene hacer una precisión: el intérprete de la Ley en su labor de delimitación del contenido y alcance de la nueva regulación ha de vincularse nece-

(1) Así, comienza con este tenor: «Entre los principios en que descansa el Derecho penal moderno destaca el de intervención mínima... Hace ya tiempo que existe unanimidad en la jurisprudencia y doctrina españoles en cuanto que nuestro sistema penal tiene una amplitud excesiva, siendo grande el número de las infracciones penales carentes de sentido en la actualidad, sea porque ha desaparecido su razón de ser, sea porque el Derecho privado o el Derecho administrativo están en condiciones de ofrecer soluciones suficientes, con la adicional ventaja de presentar el orden de lo delictivo en su lugar adecuado, que debe ser la cúspide de los comportamientos ilícitos».

(2) Como reconoce de forma expresa el Preámbulo de la Ley de reforma: «Este peculiarísimo sistema (el de las infracciones culposas del Código penal español), destinado a desaparecer en su día cuando un nuevo y complejo Código penal pueda establecer el sistema de *incriminación singularizada de las formas culposas de determinados delitos*, presenta diferentes defectos...».

sariamente a ese principio rector a que alude el Preámbulo, el de intervención mínima, que no ha de entenderse como mera declaración de intenciones (hayan sido o no culminadas con mayor o menor acierto) de efectos puramente estéticos, sino que constituye el marco indicador de obligada y constante referencia para la comprensión del verdadero sentido de los preceptos jurídico-penales cuando no parezca suficientemente claro en una primera aproximación hermenéutica.

2. MODIFICACIONES TENDENTES A LA DESPENALIZACION

Dejando para más adelante otros análisis y valoraciones, a partir de la reforma del Código penal de 1989, la situación es como sigue:

a) Sólo constituye delito, esto es, infracción penal grave en el sentido del artículo 6 del Código penal, la imprudencia temeraria, regulada, como antes, en el párrafo 1 del artículo 565 (3). Ha dejado de ser delito, en el expresado significado estricto del término, la imprudencia simple con infracción de reglamentos (4).

b) La imprudencia simple con infracción de reglamentos ha pasado a ser siempre falta, bien se cause un mal a las personas (art. 586 bis 1), bien se produzca un daño en las cosas (art. 600.1), y en ambos casos siempre que el hecho, cometido dolosamente, hubiera constituido delito.

c) La imprudencia simple sin infracción de reglamentos es sólo punible cuando se cause un mal a las personas que de ser doloso constituiría delito, es decir, infracción penal grave (art. 586 bis 1, 2.º inciso).

d) En cuanto a los daños culposos, considerados por la ley ahora de forma particular (para el delito, pues ya lo eran con anterioridad en relación con la falta), es preciso para que integre la infracción penal correspondiente la existencia de un límite mínimo en la cuantía del daño: que exceda la del Seguro Obligatorio, tanto cuando se trate de delito (imprudencia temeraria, art. 563.2, en relación con el art. 565), como cuando constituya falta (imprudencia simple con infracción de reglamentos, art. 600.1); los daños de valor inferior a esa cantidad no constituyen ya una infracción penal cualquiera que sea la gravedad de la imprudencia.

e) En consecuencia, y comparando lo anterior con la regulación de las infracciones culposas hasta la reforma de 1989, han dejado de ser ilícito penal en el Código penal español:

(3) Sin perjuicio de las concretas figuras de delitos culposos ubicadas junto a los delitos dolosos correspondientes: artículos 355, 360, 395 y 412.

(4) Aunque no hay que olvidar que no ha quedado excluida por completo como delito, pues los delitos de los artículos 346.3 (delito contra la salud pública) y 501, número 4 (robo con homicidio culposo) admiten las diversas modalidades de imprudencia (temeraria y simple con o sin infracción de reglamentos).

1.º La imprudencia simple con infracción de reglamentos que no cause un mal a las personas o un daño en las cosas. Por tanto, la producción de cualquier otro resultado distinto de los expresados (cuyo contenido habremos de precisar más abajo) como consecuencia de esta forma de imprudencia quedan extraños a la intervención penal. Recuérdese que esta limitación por el resultado no existía antes de la reforma, puesto que constituía delito y no contemplaba ninguna referencia excluyente sobre la naturaleza del resultado, por lo que su punición quedaba condicionada únicamente a que el hecho admitiese estructuralmente la modalidad culposa.

2.º Cualquier clase de imprudencia (por tanto, tanto la temeraria como la simple) que cause un mal a las personas y que, de mediar malicia (es decir, dolo), constituiría falta (antiguo art. 586, núm. 3, 2.º inciso) (5). Lo que significa que la comisión por imprudencia temeraria de unas lesiones corporales de las comprendidas en el Libro de las faltas del Código penal es impune (6).

3.º La imprudencia o negligencia simples sin infracción de reglamentos que cause daños en las cosas que, si mediere malicia (dolo), constituiría delito, cualquiera que fuere el importe del daño causado (antiguo art. 600).

4.º Cualquier clase de imprudencia (temeraria o simple) que cause daños en las cosas, que si mediere malicia constituiría falta (art. 600).

5.º Los daños culposos ocasionados por imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos cuya cuantía no alcance el importe del Seguro Obligatorio.

6.º Desaparece la falta culposa de pastoreo abusivo (antiguo art. 592, que queda sin contenido).

7.º Ya no es aplicable la agravación de la impericia o negligencia profesional a la imprudencia simple con infracción de reglamentos, pues aunque tal agravación se mantiene (pasando del párr. 5.º al párr. 2.º del art. 565), a partir de la reforma sólo opera en relación con la imprudencia temeraria, pues es sabido que antes de ella se extendía también a la imprudencia simple antirreglamentaria.

8.º Por los mismos motivos tampoco procede ya la imposición de la privación obligatoria del permiso de conducir (por tiempo de tres meses y un día a diez años) a la imprudencia simple antirreglamentaria cometida con vehículos de motor, sino que será facultativa,

(5) Por ello hay que tachar de incorrecta la alusión que efectúa el Preámbulo a este respecto («antes al contrario, incluso para la falta debe requerirse tal infracción reglamentaria, aun admitiendo la posibilidad de un tipo mínimo de falta en el que no concurra ese elemento o bien en el que el resultado acontecido *no sea el propio de un delito*»), puesto que no figuraba ya en el Anteproyecto ni ha experimentado modificación en el curso de debate parlamentario.

(6) V., en este sentido, Mercedes GARCÍA ARÁN, en FRANCISCO MUÑOZ CONDE (coord.), IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y Mercedes GARCÍA ARÁN, *La Reforma penal de 1989*, «Tecnos», Madrid, 1989, pp. 135 y s.

a tenor de lo previsto en los artículos 586 bis 2 y 600.2, y con el límite máximo de tres meses.

9.º Aunque no significa una despenalización en sentido estricto, sí que comporta una innegable atenuación el haber rebajado a falta la imprudencia simple con infracción de reglamentos, que hasta 1989 constituía delito (antiguo párr. 2.º del art. 565), lo que se comprueba comparando la pena anterior (arresto mayor) con la actualmente establecida (arresto menor y multa de 50.000 a 100.000 ptas.).

f) El legislador de 1989 ha previsto otros mecanismos jurídicos no existentes con anterioridad para las infracciones culposas que, si bien en sentido estricto no suponen una despenalización, se permite a través de ellos sustraer del ámbito penal supuestos no especialmente graves, con la consiguiente economía procesal y descarga del órgano jurisdiccional penal. Se trata de que en el delito de daños culposos por imprudencia temeraria (art. 563.2, últimos incisos) y en las faltas que subsisten (arts. 586, bis 3, 600.3 y 602) es precisa la denuncia previa del sujeto pasivo u otras personas que determina la propia Ley. Como decía, al ser necesaria la previa denuncia en estas infracciones penales ya no se ventilarán obligatoriamente en todos los casos por la vía ordinaria penal. De este modo se orienta la reforma en la línea ya existente en la práctica de favorecer el acuerdo privado entre las partes en lo relativo a las indemnizaciones oportunas, que es lo que suele interesar obtener a la víctima en estos casos antes que una condena penal del autor del hecho.

A continuación vamos a proceder a un sucinto examen de algunos aspectos técnicos que afectan a la estructura dogmática de las infracciones culposas, a ciertas particularidades de las penas establecidas, a determinadas condiciones de perseguibilidad y a otras particularidades procesales que contempla la reforma.

3. ASPECTOS TÉCNICOS DE LA REFORMA. EL TIPO DE LOS DELITOS CULPOSOS: LA IMPRUDENCIA TEMERARIA.

3.1. Aspectos generales

En cuanto a la imprudencia temeraria, que se mantiene como antes en el párrafo 1 del artículo 565, podemos decir que permanece inalterada (7) y permite sostener todavía las construcciones dogmáticas que se han elaborado a partir de ella (8). En concreto, a modo

(7) Sin perjuicio de la limitación por el resultado que ha introducido el artículo 563 en relación con los daños.

(8) V., extensamente sobre los elementos del tipo de las infracciones culposas, por todos, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, I, 3.ª ed., «Tecnos», Madrid, 1985, pp. 380 y ss.

de recordatorio de lo que he defendido en otro lugar (9), los elementos que configuran el tipo de lo injusto de los delitos culposos son los siguientes: a) conducta que supone una inobservancia del deber de cuidado, entendido objetivamente; b) producción de un resultado de lesión (o de peligro concreto) del bien jurídico; c) relación de causalidad entre acción y resultado; y, d) relación de antijuricidad, consistente en que el resultado se haya producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, y, además, que la norma infringida por la acción contraria al deber de cuidado persiguiera precisamente la evitación del resultado acaecido en el caso concreto.

La discutida alternativa de que se configure como *crimina culposa* (concepción dominante en la doctrina) o como *crimen culpae* (como ha venido sosteniendo tradicionalmente la jurisprudencia) se analizará más abajo, pues la reforma ha destapado nuevos aspectos en esta debatida cuestión que adquieren una trascendencia práctica.

La reforma ha incluido una ligera modificación del texto del citado párrafo referido a la imprudencia temeraria, pues ha sustituido la palabra malicia por la de «dolo»: «El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare *dolo*, constituiría delito...». Aparentemente el objetivo de esta modificación parece de pura pretensión estilística. En efecto, puesto que el artículo 1.1 del Código penal define desde la reforma por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, los delitos y faltas como «las acciones y omisiones *dolosos o culposos* penadas por la Ley», parecía correcta y oportuna una uniformización del lenguaje: ir reemplazando las expresiones equivalentes a dolo que se encuentran desperdigadas por el Código por esta última terminología (10).

Sin embargo, no debe olvidarse la polémica que suscitó en un sector de la doctrina la interpretación de la suprimida palabra «malicia» del artículo 565, que dio pie a sostener que en este artículo se incluía la llamada culpa jurídica, al entender algún autor que dolo y malicia son diferentes en el Código penal y que la última comprende tanto la intención —el dolo— como la conciencia de la antijuricidad (11). Aunque esta posición quedó ya debilitada en 1983 por la

(9) V., al respecto, Carlos M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I. La actividad curativa*, «Bosch», Barcelona, 1981, pp. 211 y ss.; el mismo, *El médico ante el Derecho (La responsabilidad penal y civil del médico)*, «Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo», Madrid, 1981, pp. 64 y ss.

(10) Así lo entienden Tomás S. VIVES ANTÓN, en Javier BOIX REIG, Enrique ORTS BERENGUER y Tomás S. VIVES ANTÓN, *La Reforma penal de 1989*, «Tirant lo Blanch», Valencia, 1989, p. 35; Antonio GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima. El problema del accidente de tráfico. La punición de los delitos imprudentes*, en «Poder Judicial», número especial XII, 231 y ss (1990).

(11) Juan CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, «Ariel», Barcelona, 1962, pp. 69 y ss.

propia definición de delito del artículo 1 y la regulación expresa del error de prohibición en el artículo 6 bis a, e, incluso, por otros sólidos argumentos aportados con anterioridad a esa fecha (12), se ha mantenido (13) todavía con posterioridad de la referida reforma que la palabra malicia sigue implicando la conciencia de la antijuricidad del hecho («dolus malus») y que por ello el artículo 565 admite ser concebido como una figura de culpa jurídica, lo que permitiría interpretar la regulación del error de prohibición conforme a la teoría del dolo y no de acuerdo con la teoría de la culpabilidad (14). Por consiguiente, la reforma actual, con la eliminación de la palabra «malicia» y su sustitución por la de «dolo», supone un paso más de cierre de toda interpretación del artículo 565 como culpa jurídica, siendo su único significado el de culpa de hecho y reduce aún más si cabe la viabilidad de la teoría del dolo en el Código penal español.

Alguno de los primeros comentaristas de este punto de la reforma ha deplorado que se haya dejado pasar la ocasión para solucionar una, a su juicio, incoherencia en la redacción del artículo 565, al continuar diciendo «el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho, que si mediare dolo, *constituiría delito...*», lo que podría hacer pensar que la infracción imprudente no constituye delito, conclusión, se reconoce, absurda (15). Con independencia de cuál fuera el origen histórico y motivación de esta redacción no cabe duda que su interpretación objetiva debe efectuarse del mismo modo que se ha venido

(12) Así, José CEREZO MIR, en *Notas a el nuevo sistema del Derecho Penal*, de Hans Welzel, «Ariel», Barcelona, 1964, nota 66, pp. 66 y s.

(13) Así, José Antonio SAINZ CANTERO, *Reflexión de urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código penal*, en «Estudios penales y criminológicos», vol. VII, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1984, pp. 443 y ss.; Santiago MIR PUIG, *Hauptprobleme des dogmatischen Teils der spanischen Strafrechtsreform*, en «Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium 1986» (H.-J. Hirsch, ed.), Nomos Verlag, Baden-Baden, 1987, pp. 37 y ss. (41). V., criterios favorables y contrarios a esta interpretación, sustentados en dicho Coloquio respectivamente por Polaino Navarrete y por Cerezo Mir, en José CEREZO MIR, *Synthese aus spanischer Sicht*, en «Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium 1986», *cit.*, pp. 274 y ss.; y este último, más reciente y extensamente, *Die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen Strafgesetzbuch*, en «Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann», Carl Heymanns Verlag, Köln, 1989, pp. 480 y s.

(14) Sobre la polémica en torno a si la regulación del error de prohibición en el Código penal español se vincula a la teoría del dolo o de la culpabilidad (postura esta última hoy mayoritaria entre los penalistas españoles que se han pronunciado desde 1983 sobre la cuestión), no puedo extenderme aquí. V., las distintas posturas actuales al respecto, por todos, José CEREZO MIR, *Die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen Strafgesetzbuch*, *cit.*, pp. 479 y ss.; Carlos María ROMEO CASABONA, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», pp. 739 y ss. (1981).

(15) GARCIA ARAN, *La Reforma penal de 1989*, *cit.*, pp. 129 y ss.; y ya antes de la presente Reforma, Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, Parte general*, «Civitas», Madrid, 1977, p. 107. Sin perjuicio de la observación que indico a continuación, hubiera sido más acertada la fórmula que sugiere la citada autora, de destacar la comisión por imprudencia y sin mediar dolo, de uno de los hechos definidos como delito por el Código penal.

haciendo con las faltas en expresiones similares, y es que con «delito» la Ley se refiere a que el hecho dolosamente cometido constituiría infracción penal grave (dolosa) por contraposición a falta, en el sentido del artículo 6 del Código penal, sin que ello obstaculice ni siquiera lingüísticamente la calificación como delito (infracción penal grave) la imprudencia que contiene el artículo 565.

3.2. La impericia o negligencia profesional

Los tipos agravados de impericia o negligencia profesional continúan presentes en el Código penal, con alguna ligera modificación. La primera se refiere a su ubicación, pues han pasado del párrafo 5.º al 2.º La segunda, ya resaltada, se refiere a su extensión, limitada ahora a la imprudencia temeraria, consecuencia indirecta pero obligada al haber sido trasladada la imprudencia simple antirreglamentaria al Libro de las faltas. Conviene insistir en este punto, a pesar de ser obvio, pero por su trascendencia habrá que tenerlo en cuenta cuando comprobemos hasta qué punto se han logrado los objetivos propuestos de cualificación de la pena, que no estamos ante unos tipos autónomos o independientes, sino que son agravados o cualificados del de imprudencia temeraria (16).

En cuanto al resultado, sigue siendo de muerte o de lesiones corporales, y la modificación experimentada se refiere a éstas últimas, de acuerdo con la radical reestructuración con que también se ha visto afectada la regulación de los delitos de lesiones corporales por la Reforma de 1989: antes debía tratarse de lesiones graves, es decir, las comprendidas en el antiguo artículo 420, y ahora remite a los resultados previstos en los artículos 418, 419 y 421, número 2.º (17). Aunque los resultados previstos en los artículos 418 y 419 son muy similares a los del artículo 421, número 2.º, no son del todo coincidentes, y parece por ello acertada la extensión de la remisión a los dos primeros preceptos, si se pretendían incluir los específicos de ellos, sin perjuicio de que este procedimiento adoptado es innecesariamente complicado. Al haber prescindido el legislador de 1989 para la determinación de la pena en los delitos de lesiones del tiempo de enfermedad o de incapacidad para el trabajo que se hubiere producido (18), de

(16) Así, por ejemplo, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, I, cit.*, p. 393; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I. La actividad curativa, cit.*, p. 229.

(17) Precisamente, el que uno de los componentes determinantes de este tipo agravado lo sea el resultado (junto con la impericia y negligencia profesional) justifica que la remisión al artículo 421 no haya sido genérica, sino tan sólo al número en el que se tiene en cuenta el resultado para la creación del tipo doloso de lesiones agravado. Por otro lado, la modalidad del número 3 («si hubiere empleado tortura») no admite la comisión culposa.

(18) En concreto, más de treinta días para las lesiones graves (art. 420, núm. 4, suprimido por la Reforma de 1989).

esta restricción se benefician también en este caso los comentados tipos agravados de impericia o negligencia profesional.

Ha dejado sin aclarar el legislador qué debemos entender por la crítica expresión «mal de extrema gravedad», de consecuencias aparentemente tan graves (posibilidad de elevar la pena en uno o dos grados), y quizá con mejor juicio, no ha aprovechado la oportunidad para eliminarla. Pues los «males» que sirven de punto de partida son por sí mismos ya graves (muerte, mutilaciones, etc.), por lo que necesariamente habrá de referirse a otros, en concreto plurales o, como ha entendido la jurisprudencia, catastróficos (19). A pesar de ello la indeterminación es inevitable, argumento añadido en favor de su supresión (20).

3.3. El delito de daños por imprudencia temeraria

Por lo que a los daños cometidos por imprudencia temeraria se refiere, el concepto de «daño» habrá de obtenerse de lo dispuesto en el artículo 563.1, donde se regula el tipo básico de daños dolosos (21), pues a él se remite expresamente el artículo 563.2. En este sentido no podría integrarse en el concepto de daños imprudentes del artículo 563 cualquier figura delictiva que en esencia comporte la irrogación de un daño en una cosa, sino los daños en el sentido técnico-jurídico que acuña el artículo 563, puesto a su vez en relación con el artículo 557. Una interpretación estricta del artículo 563 impediría, en primer lugar, su aplicación a los incendios cometidos por imprudencia (22), cuya posibilidad, sin embargo, ha sido admitida sin dis-

(19) Así, en la jurisprudencia reciente, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1987 (bodeguero que echó en el vino arseniato sódico, ocasionando once muertes y lesiones diversas en trescientas treinta y cinco personas más); «fue indudablemente catastrófico el resultado producido, habiéndose de estimar benevolente la decisión del Tribunal de Instancia de no hacer uso de las facultades que le concede, en estos casos, el artículo 565, párrafo 5.º, inciso segundo, del Código penal». Un análisis de sentencias anteriores en este mismo entendimiento ha sido realizado por Federico GONZÁLEZ DE ALEDO y BUERGO, *La impericia o negligencia profesional en la jurisprudencia penal española*, 1984 (tesis doctoral inédita), donde se efectúa un estudio monográfico de estos tipos agravados.

(20) V., también críticamente, Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed., «Ariel», Barcelona, 1989, p. 236; José M.ª RODRÍGUEZ DEVEZA, Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, 12 ed., Dykinson, Madrid, 1989, p. 856.

(21) No cabe duda ahora que el 563.1 comprende todas las modalidades del dolo, incluido el eventual, quedando reservado el artículo 563.2 para la modalidad culposa que especifica. V., de esta opinión, con ulteriores reflexiones, GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima*, cit..

(22) Con la misma línea argumental, los estragos culposos deberían ser ahora impunes, pues ya no serían susceptibles de castigo a título de daños culposos, a diferencia de lo que proponía Francisco MUÑOZ-CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 7.ª ed., «Tirant lo Blanch», Valencia, 1988, p. 354.

cusión en los últimos años (23), con lo cual el beneficio de la limitación que se introduce por razón del resultado (exceder del importe del seguro obligatorio), que luego veremos, no podría extenderse a este delito. Ello supondría que un delito de incendio cometido por imprudencia temeraria por valor superior a 30.000 pesetas sería ya delito (art. 565.1 en relación con el art. 552 del Código penal), mientras que el inferior a esa cantidad sería impune por fallar la cobertura del artículo 600, que tan sólo incrimina la imprudencia simple con infracción de reglamentos cuando se rebasa la cuantía del Seguro Obligatorio. Y aunque tal agravación comparativa que ahora se origina pudiera estar justificada cuando el incendio hubiera entrañado al mismo tiempo un peligro para las personas o recaído en alguno de los bienes que dan lugar a los tipos agravados del artículo 547 y siguientes, no tiene razón de ser cuando el incendio es tan sólo el medio con el que se ocasiona un daño exclusivamente patrimonial inespecífico pero cuantificable. Por tanto, la limitación que por razón del resultado establece el artículo 563.2 debería extenderse analógicamente cuando menos a estos últimos incendios cometidos por imprudencia temeraria, si no a todos, pues en realidad no hay base legal para una tal diferenciación entre incendios específicos e inespecíficos en su forma culposa. Pero en esta misma línea argumental, una situación parecida se presenta incluso en relación con los demás delitos de daños no comprendidos en el párrafo 1 del artículo 563 («los daños intencionadamente causados no comprendidos en los artículos anteriores...»), pues habrá que recordar que a éste remite su párrafo 2 («cuando los daños a que se refiere el párrafo anterior fueren causados por imprudencia temeraria...»). Para evitar el agravio comparativo que supondría la discriminación de tratamiento de unos daños y otros se impone también en estos casos la aplicación por analogía de la limitación por el resultado que establece el párrafo 2.º del artículo 563. Por este camino indirecto llegamos a la misma conclusión a la que hubiéramos tenido que llegar sin más rodeos mediante una interpretación dogmática escrupulosa si no fuera por la rígida conexión impuesta a sendos párrafos del artículo 563, interpretación consistente en remitir al tipo básico de delito doloso la conducta imprudente —por carecer de autonomía los tipos dolosos agravados o privilegiados— (24), de modo que queden comprendidos en el tipo

(23) Siempre que por su estructura típica admitan la comisión culposa. V., por ejemplo, MUÑOZ-CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial, cit.*, p. 353; Miguel POLAINO NAVARRETE, *Delitos de incendio en el Ordenamiento penal español*, «Bosch», Barcelona, 1982, p. 81 y ss., el cual insiste en la necesidad de conectar el delito culposo con el hecho típico concreto realizado, en su modalidad dolosa; y sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1984.

(24) De este parecer, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, I, cit.*, p. 349; Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General, 2.ª ed.*, «PPU», Barcelona, 1985, p. 212.

culposo de daños cualesquiera otros incendios (pues no olvidemos que éstos constituyen en realidad daños agravados por la modalidad comisiva, el incendio) o daños susceptibles de comisión por imprudencia.

Por otro lado, el artículo 565 experimenta una limitación en cuanto al resultado establecido por el artículo 563.2, ya señalada, la de que el daño, para que sea penalmente típico, ha de exceder la cuantía del Seguro Obligatorio. El problema interpretativo que se ha suscitado por parte de los comentaristas en el primer análisis de esta limitación estriba en averiguar a qué seguro se está refiriendo la Ley, pues de ello depende no sólo la determinación de la cuantía a la que remite el Código penal, sino también, en función de qué criterio se mantenga, qué modalidades de daños —culposos— están abarcados por el tipo penal y, derivadamente, qué bienes materiales se hallan penalmente protegidos frente a su agresión culposa. A este respecto caben diversas soluciones que conducen a consecuencias prácticas de muy diferente tenor:

1.º En efecto, podría pensarse en primer lugar que sólo integrarán la infracción penal aquellos daños materiales que estén cubiertos por un seguro obligatorio (25), lo que impondría la averiguación de qué actividades sociales deben ser garantizadas con un seguro, por ser una exigencia legal en sentido amplio su cobertura. Ello implicaría dos consecuencias muy importantes: en primer lugar, que la cuantía sería diferente en cada caso (y, por tanto, también el resultado penalmente típico), según lo que estableciera el seguro obligatorio de la actividad respectiva; en segundo lugar, que aquellas actividades que no estuvieran cubiertas por un seguro obligatorio serían impunes, aunque produjeran el daño por imprudencia temeraria y su cuantía fuera muy elevada, por entenderse excluidas por el artículo 563.2 del Código penal (26).

Esta interpretación, aparentemente sostenible en una aproximación literal al texto de la Ley, no parece, sin embargo, la más fiel al mismo, pues aunque significaría que el legislador ha querido mantener dentro del ámbito penal aquellas conductas presumiblemente más arriesgadas o peligrosas (o más frecuentes), apreciación respaldada porque en otros sectores del ordenamiento jurídico se ha estimado oportuno o conveniente cubrirlas mediante un seguro obligatorio, se daría el contrasentido de que las demás que precisamente no tienen la garan-

(25) Esta tesis parece sustentar José M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español, Parte Especial*, 12 ed., «Dykinson», Madrid, 1989, p. 386: «La referencia a este seguro es algo genérico que impedirá aplicar este precepto a supuestos en los que los daños que se ocasionen no estén cubiertos por ningún tipo de seguro obligatorio, por lo que no hay una referencia económica concreta».

(26) Interpretación que también analizan como posible, pero que luego rechazan, como se hace aquí, GARCÍA ARÁN, *La Reforma penal de 1989, cit.*, p. 139; GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima, cit.*, VIVES ANTÓN, *La Reforma penal de 1989, cit.*, p. 31.

tía de un respaldo económico para la víctima (representada por el seguro obligatorio) tampoco encontrarían una adecuada protección penal y, como ya apuntaba, aunque el resultado dañoso fuera de una cuantía muy elevada, incluso superior a los que quedarían encuadrados en el tipo, y aunque la infracción del cuidado objetivamente debido fuera muy grave.

2.º Algún autor ha apuntado otro criterio, aunque sin asumirlo finalmente, en conexión con el anterior, consistente en que en aquellos daños no cubiertos por un seguro obligatorio la cuantía mínima del resultado se determinaría por lo que establezca el Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor; en los demás supuestos el seguro respectivo indicará la que corresponda (27). Sin embargo, no se encuentra ningún apoyo en el Código penal para considerar la función subsidiaria de aquel seguro allí donde no exista otro obligatorio.

3.º También se ha señalado la posibilidad de que se han excluido de la protección penal los daños cubiertos por algún Seguro Obligatorio y en la medida en que lo estén, pues en estos casos la intervención penal no sería necesaria por poderse obtener la reparación por otros procedimientos; por el contrario, a partir de la cuantía no cubierta y cuando se producen daños en bienes no afectados por ningún seguro obligatorio cometidos por imprudencia existe el delito (28). Siendo evidente la primera afirmación (hay daños punibles cuando superan la cuantía del seguro obligatorio), no puede compartirse la segunda (son punibles todos los daños no cubiertos por ningún seguro obligatorio), porque la voluntad de la Ley es clara en fijar un límite en el resultado derivado del hecho imprudente por debajo del cual se ha querido evitar la intervención penal (29), y de acuerdo con esta postura se prescindiría de todo límite en los daños no cubiertos por un seguro. El texto legal exige que la cuantía de los daños exceda de algo (la cuantía del Seguro Obligatorio) y si ese «algo» de referencia no existe tampoco podrá haber inevitablemente ni exceso ni defecto. Por tanto, es imprescindible conectar los daños con algún seguro y si ello no es posible habrá que inclinarse por una forzosa impunidad. Por lo demás, de acuerdo con la voluntad (parcialmente) despenalizadora perseguida por el legislador en la imprudencia con resultado de daños y expresamente declarada en el preámbulo de la Ley (30), hay que admitir cuando menos un límite claro

(27) GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima*, cit.

(28) Esta es la tesis que sustenta GARCÍA ARÁN, *La Reforma penal de 1989*, cit., p. 139.

(29) No se olvide que el artículo 563 dice que «...será de aplicación el artículo 565 de este Código únicamente cuando la cuantía de dichos daños exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio».

(30) Así, razona dicho preámbulo: «Los artículos 597 y 600 (anteriores a la Reforma) abordan el problema de las faltas de daños, que por sí solas integran en la actuali-

por debajo del cual el hecho no es punible, pues mientras que antes de la Reforma de 1989 los daños cometidos por imprudencia temeraria por cuantía inferior a 30.000 pesetas (límite entre el delito y falta de daños dolosos, todavía hoy vigente) se integraban en la falta de daños culposos del artículo 600, después de ésta son necesariamente impunes a tenor del artículo 565 en relación con el 563 y del propio artículo 600 en su actual redacción.

4.º Podría defenderse también que con la referencia al Seguro Obligatorio hay una remisión implícita al más característico de los de esta naturaleza: el de los Vehículos de Motor, y que consecuentemente sólo los daños cometidos en el tráfico motorizado habrían quedado sometidos a penalización. Esta apreciación sería congruente con la motivación despenalizadora más significativa: la inflación de causas penales relacionadas con conductas imprudentes cometidas con vehículos de motor, pero resultaría que mientras que éstos quedarían tan sólo parcialmente despenalizados los demás daños ajenos al tráfico (cubiertos o no por un seguro obligatorio) lo habrían sido de forma total. No ha llegado tan lejos la Ley ni lo pretendió el legislador. Baste comprobar que en el artículo 600 se prevé la privación del permiso de conducir «si el hecho se hubiere cometido con vehículo de motor», lo que indica que hay otros daños en los que no entrará en juego tal pena por no haberse producido el daño culposo con un vehículo de esas características, y, al mismo tiempo, nos recuerda la hipótesis inversa: que hay daños que pueden ocasionarse con vehículos de motor. Y lo mismo valdría en relación con el artículo 565.3, sin duda aplicable al caso ahora comentado y que contiene una cláusula similar, dada la remisión *in totum* que efectúa el artículo 563.2 al artículo 565 (31).

5.º La última interpretación posible es entender que con ese procedimiento únicamente se ha establecido una limitación por razón de la gravedad del daño, pero no por su naturaleza o clase, introduciendo para tal fin una cuantía genérica de referencia. Por consiguiente, el Seguro Obligatorio a que ha querido remitirse el legislador de forma exclusiva es el más extendido, esto es, al de los vehículos de motor, pero en este caso la cuantía habría de servir para la determina-

dad el exponente más claro de infracción del principio de intervención mínima, posibilitando el recurso al Derecho Penal para resolver un elevadísimo número de cuestiones de *escasa entidad económica*. «Estos hechos, naturalmente, son los que aparecen, por razones *objetivas* y subjetivas, como los más graves ataques destructivos de la propiedad, reputándose como tales... los daños culposos fruto de imprudencia temeraria o simple *por importe superior* a la cuantía del Seguro Obligatorio».

(31) Por otro lado, una interpretación sistemática y político-criminal coherente impediría concluir que se ha operado de forma distinta en una y otra clase de imprudencia (las de los arts. 563 y 600). Además, el 563 se remite también al 563.1, donde no se aprecia ninguna restricción en cuanto a la modalidad comisiva del daño, salvo las derivadas de su carácter subsidiario en relación con el incendio o los estragos (art. 557), ya mencionadas.

ción del daño imprudente punible no sólo en relación con el tráfico rodado, sino también con cualquier otra actividad.

Ante esta opción no se comprende por qué el legislador no fue más explícito al introducir fórmula tan innovadora como la comentada, indicando expresamente a qué seguro remitía en concreto y con qué finalidad. Lo cierto es que a pesar de su desafortunada plasmación esta última interpretación resulta la más adecuada a la voluntad del legislador: primero, porque al defender el Preámbulo las razones de la despenalización limitada de la imprudencia no alude a los importantísimos efectos que en este sentido despenalizador ofrecerían las interpretaciones notablemente restrictivas presentadas más arriba; en segundo lugar, y lo que es más importante, tanto el Anteproyecto como el Proyecto de la Ley objeto de estudio remitido a las Cortes Generales incluían un límite en cuantía fija para *todos* los daños culposos, a saber, de 500.000 ptas. (32), que en aquellas fechas coincidía con la cuantía del Seguro de Responsabilidad Civil Derivado del Uso y Circulación de Vehículos de Motor (33); y para reforzar ese paralelismo temporal existente entre las intenciones del legislador y la evolución del Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor, a finales de 1988 el importe de dicho Seguro se elevó a 2.200.000 ptas. (34), cantidad que casi coincide con la de una enmienda aprobada en el Senado (2.300.000 ptas.) (35), siendo con posterioridad a esa fecha cuando

(32) Su primer antecedente puede encontrarse, no obstante, en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal del Ministerio de Justicia de 1983, cuyo artículo 267 castigaba los daños culposos, como delito, cuando la cuantía de los mismos fuera superior a 500.000 ptas., aunque castigaba como falta los daños culposos inferiores a dicha cantidad (art. 598), por lo que todavía no existía un mínimo despenalizado; en ambos casos debía tratarse de imprudencia grave y era precisa la previa denuncia del perjudicado. Para los daños dolosos el límite entre el delito y la falta era más bajo (30.000 ptas., arts. 265 y 597, respectivamente).

(33) V., Real Decreto 2.641/1986, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de suscripción obligatoria, artículo 13: «Límites cuantitativos. El seguro cubre la reparación de los daños corporales y materiales producidos por hechos de la circulación dentro de los siguientes límites: a) Daños corporales: 2.000.000 de ptas., por víctima; b) Daños materiales: 500.000 ptas., por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas; c) Los gastos de asistencia médica y hospitalaria serán íntegramente cubiertos por la Entidad aseguradora...».

(34) V., Real Decreto 1.546/1988, de 23 de diciembre, por el que se elevan los límites de indemnización del Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de suscripción obligatoria, artículo único: «Se elevan a 8.000.000 de ptas., por víctima y a 2.200.000 ptas., por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas, el límite cuantitativo cubierto por el Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de suscripción obligatoria, a que se refieren los apartados a) y b) del artículo 13 del Reglamento, aprobado por Real Decreto 2.641/1986, de 30 de diciembre».

(35) V., «Diario de Sesiones del Senado», núm. 120 (17 de mayo de 1989), pp. 5647 y 5661. Probablemente dicha enmienda fue aceptada en la fase de discusión en Ponencia o Comisión.

en el debate plenario y en la misma Cámara se modificó la cuantía fija por la fórmula finalmente adoptada (36).

En consecuencia, cualquier daño material en no importa qué actividad ocasionado por imprudencia temeraria cuyo valor supere el importe del Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor incurrirá en el delito del artículo 565 con independencia de que el daño irrogado esté cubierto o no por un seguro obligatorio. Esta misma conclusión es trasladable a los daños ocasionados por imprudencia simple anti-rreglamentaria, al haber recurrido el legislador a la misma fórmula en el artículo 600 del Código penal (37).

La razón de esta remisión en cuanto a la cuantía que establece la barrera de lo ilícito penal, prescindiendo del sistema tradicional imperante en el Código penal español de acudir a cuantías fijas, ha de encontrarse en el deseo de asegurar el mantenimiento de la relación de paridad con el seguro obligatorio de forma constante; se trata, pues, de una cuantía variable (o mejor, sujeta a variaciones ajenas a la específica actividad legislativa en materia penal) que pretende garantizar una actualización automática del límite despenalizador en relación con el criterio tomado como punto de referencia. Como indicaba más arriba, dicha cuantía se sitúa en estos momentos en 2.200.000 pesetas. Responde este procedimiento legislativo a la conocida técnica de Ley penal en blanco por la remisión que comporta, y aunque no sea en el caso concreto contraria al principio de legalidad por este concepto (38), sí que constituye un componente de inseguridad jurídica

(36) V., «Diario de Sesiones del Senado», núm. 120 (17 de mayo de 1989), p. 5664. En el sentido del texto y utilizando la misma argumentación, GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima*, cit.; VIVES ANTON, *La Reforma penal de 1989*, cit.; p. 31; y, siguiendo a este último autor, Miguel BAJO FERNÁNDEZ, *La actualización del Código penal de 1989*. Ed. «Centro de Estudios Ramón Areces», Madrid, 1989, p. 27. Y también a favor de este criterio, Mariano MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, Madrid, p. 42 s.; José Luis BARRÓN DE BENITO, *La reforma de la imprudencia punible*, Madrid, 1989, p. 25 y ss.

(37) En realidad la modificación se llevó a cabo al debatir el artículo 600, en virtud de una enmienda transaccional presentada por todos los portavoces de los grupos parlamentarios, procediéndose en una sola votación a extender la nueva redacción también al artículo 563.2, disposición adicional cuarta y preámbulo. V., «Diario de Sesiones», cit., p. 5664.

(38) Téngase en cuenta que las modificaciones previsibles de esa cuantía serán siempre al alza, es decir, superiores a la actual, por lo que no se producirá por esa vía reglamentaria una ampliación del tipo por razón del resultado (lo que sí sucedería, si contrariamente, dicha cuantía se rebajara, por ejemplo, a un millón de ptas.), sino una despenalización. No hay que olvidar sobre este punto las obligaciones contraídas por el Estado Español con el Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, relativas a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el Seguro de Responsabilidad Civil derivada de la Circulación de los Vehículos Automóviles (Anexo I, Parte IX, apartado f; Seguros), a las que aluden los citados Reales Decretos 2.641/1986 (disposición final segunda) y 1.546/1988 (exposición de motivos).

innecesario (39) al continuar el Código penal plagado de cuantías fijas que determinan el tipo aplicable y que para su actualización monetaria requieren la intervención del legislador, intervención que resultará inevitable a pesar del supuesto «ahorro» legislativo que pretende la fórmula ahora comentada. Pero, desde otra perspectiva, el principio de legalidad sólo queda salvado formalmente, pues nos encontramos ante un claro ejemplo de Ley penal indeterminada, que afecta así a la función de garantía y de motivación del tipo. En efecto, con la remisión a la «cuantía del Seguro Obligatorio» se ha incurrido en falta de la necesaria concreción de la conducta prohibida en cuanto a la gravedad del resultado, pues como hemos visto, la indicada expresión no es unívoca en su significado y se presta a las más variadas interpretaciones, sin perjuicio de que la que aquí se propone resulte la más conforme con la voluntad del legislador. De entrada, la averiguación de la voluntad objetiva de la Ley plantea la dificultad de que el ciudadano desentrañe cuál es esa cuantía, cuál es ese seguro obligatorio al que se remite y dónde se encuentra dentro de la maraña de disposiciones administrativas sobre esta materia, sujetas, además, a constante modificación, que sin ser lo más grave no deja de tener su importancia en el ámbito penal. Es en estos aspectos donde se acrecientan las dudas sobre el estricto sometimiento material del texto legal comentado al principio de legalidad, que no olvidemos se encuentra garantizado por la Constitución (art. 9.3 y proclamado en el art. 25.1 de la Constitución Española), por lo que las dudas han de proyectarse necesariamente también hacia el respeto de ésta. Por si fuera poco, esta ambigüedad e indeterminación de la Ley en el punto debatido puede acrecentarse si tenemos en cuenta que de acuerdo con la reciente reforma procesal (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre) las Audiencias Provinciales sólo conocerán y fallarán en primera instancia de los delitos que tengan prevista una pena privativa de libertad de seis años y un día o más (es decir, prisión mayor), por lo que está excluido el recurso de casación ante el Tribunal Supremo frente a todas las infracciones culposas (salvo el art. 565.2.º *in fine*), de modo que la importantísima función de uniformización de la doctrina jurisprudencial en la interpretación y aplicación de las leyes penales que se atribuye a este Alto Tribunal le ha sido sustraída en estos delitos tan complejos y problemáticos, y más en el tema que nos ocupa, pues al corresponder en apelación a las Audiencias Provinciales, pueden provenir de éstas tantas interpretaciones de la referencia al Seguro Obligatorio como sean imaginables y cuenten con un mínimo soporte hermenéutico, de tal modo que podría darse la paradoja que unos daños culposos fueran típicos, y por tanto, puni-

(39) También en este sentido crítico, BARRÓN DE BENITO, *La Reforma de la imprudencia punible*, cit., p. 25; GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima*, cit., quien, no obstante, admite su no inconstitucionalidad.

bles para una Audiencia Provincial y atípicos e impunes para otra, con añadidos riesgos para el principio de igualdad de los españoles ante la Ley (art. 14 de la Constitución Española), y los posibles recursos ante el Tribunal Constitucional a que podría dar lugar.

3.4. La imprudencia temeraria cometida con vehículos de motor

El artículo 565.3 reproduce literalmente el texto del antiguo 565.6. En consecuencia, continúa vigente la interpretación doctrinal relativa a dicha agravación en el ámbito del tráfico motorizado, y es aplicable tanto a la imprudencia temeraria genérica como a la impericia o negligencia profesional. Sin embargo, se ha visto afectado por el conjunto de la reforma en materia de imprudencia, en concreto por la nueva regulación de los daños por imprudencia temeraria y por el traslado a falta de la imprudencia simple con infracción de reglamentos, de forma que ésta se beneficia tanto en su duración como en su apreciación facultativa, pues en el artículo 565 mantiene su carácter obligatorio.

4. LAS IMPRUDENCIAS SIMPLES

Las imprudencias simples punibles constituyen siempre infracción penal leve, esto es, falta en el Código penal desde la reforma de 1989. La diferencia de éstas con la imprudencia temeraria debemos situarla en el plano de lo injusto, dando lugar a tipos delictivos también diferentes, puesto que mientras que la temeraria supone la infracción especialmente grave del deber objetivo de cuidado, en las simples tal infracción es leve (40).

4.1. Males a las personas por imprudencia simple

En cuanto a la imprudencia simple antirreglamentaria del artículo 586 bis, nos encontramos con una nueva restricción punitiva derivada de su estructura típica, además de las ya mencionadas más arriba (pasa de delito a falta y no se le aplica el tipo agravado de la impericia o negligencia profesional), consistente en que sólo está sometida a pena cuando se causa un mal a las personas, restricción que no operaba cuando dicha imprudencia estaba situada, como delito, en el artículo 565.2. La doctrina se planteaba cuál era el significado que debía otorgarse a «personas» cuando sólo afectaba a la imprudencia simple sin infracción reglamentaria (antiguo art. 586, núm. 3), para la cual se mantiene la sanción penal y esta misma res-

(40) Así, ya CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, I, cit.*, p. 391.

tricción por el resultado en el referido artículo 586 bis. Como es sabido, tradicionalmente, y en resumen, se han ofrecido dos opciones: una restrictiva y la otra más amplia (41). Conforme a la primera, la referencia habría que tomarla de la rúbrica del Título VIII del Libro II del Código penal, «Delitos contra las personas», y considerar incluidos como males a las personas las acciones contra los bienes jurídicos allí protegidos: vida humana independiente, la vida del concebido (42) y la integridad personal; de acuerdo con la segunda, puesto que la falta culposa comentada se encuentra ubicada en el Título III del Libro III del Código penal, «De las faltas contra las personas», una correcta interpretación sistemática obligaría a incluir dentro de la expresión «mal a las personas» los producidos a bienes jurídicos incluidos en el mismo, a saber: integridad personal, seguridad, libertad, honor, determinados deberes familiares y otros relacionados con menores, además de los mencionados del Título VIII (43).

La reforma impone una nueva reflexión para desentrañar cuál sea el criterio que mejor se adapta a ella en este punto. Para ello parecen determinantes dos aspectos: la voluntad de la Ley parcialmente despenalizadora de las conductas imprudentes, y, como reflejo particular de dicha voluntad, que la imprudencia temeraria o la simple con o sin infracción de reglamentos, que den lugar a un mal a las personas que, de mediar dolo, constituirían falta, han dejado de ser infracción penal. Por tanto, el mal a las personas se ha querido mantener punible habrá de ser constitutivo delito, entendido como infracción penal grave, lo que nos obliga a determinar qué delitos del Código penal comportan un mal a las personas (44). Esto supone ya que no podremos tomar como referencia el indicado Título de las faltas contra

(41) V., más ampliamente Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», p. 633 y ss. (1963); CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, I, cit.*, p. 379.

(42) Sin perjuicio de que se suele aceptar que la comisión del aborto por imprudencia sólo es posible en el supuesto específicamente contemplado en el artículo 412 del Código penal. Las mismas reservas hay que tener presentes en relación con otros bienes jurídicos que se mencionan más abajo, en cuanto que se niega la comisión por imprudencia de acuerdo con criterios interpretativos que son ajenos a la cuestión que se debate ahora en el texto.

(43) Interpretación amplia que sustentaban ya antes RODRÍGUEZ MOURULLO, *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos, cit.*, p. 634 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, I, cit.*, p. 379. Obsérvese que la no renuncia al Título VIII era el único modo de sustentar la lógica punición del homicidio por imprudencia simple sin infracción de reglamentos y de las lesiones cometidas con la misma clase de imprudencia con resultados típicos de los comprendidos en el mismo Título.

(44) La tesis que podía sostenerse antes de la Reforma de una solución mixta de la cuestión, es decir, la estricta cuando el artículo 586, núm. 3 se refería a un mal a las personas constitutivo de delito, y la amplia al mal a las personas constitutivo de falta, fue rechazada con acierto por RODRÍGUEZ MOURULLO, *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos, cit.*, p. 633 y ss., por las incoherencias y desajustes a que podría haber dado lugar. Pero desaparecida la segunda parte del texto legal y con ella sus inconvenientes, sería viable ahora la fundamentación sistemática que podría sustentarla.

las personas, puesto que han sido eliminados de la imprudencia simple del artículo 586 bis los resultados que tengan únicamente esa gravedad, al no referirse ya a ellos este artículo. Por consiguiente, mal a las personas es ahora equivalente tan sólo a delitos contra las personas, es decir, los así denominados en el Libro II, dedicado a los delitos, que son como sabemos los contenidos en el Título VIII. En conclusión, la restricción explícita operada en la reforma en cuanto al resultado en la imprudencia simple (por su gravedad: que ocasionado dolosamente constituiría delito) ha llevado consigo otra restricción indirecta que afecta también al resultado (por el bien jurídico lesionado: ha de ser un delito contra las personas); y los bienes jurídicos que eran subsumibles antes de la reforma en la imprudencia simple conforme a la interpretación amplia de mal a las personas mencionada sólo quedan penalmente protegidos a partir de aquélla cuando se adecúen a las exigencias típicas de la imprudencia temeraria del artículo 565 y sean susceptibles de comisión culposa de acuerdo con la estructura concreta que presenten en su modalidad dolosa (45).

Por último, es necesario causar un mal a las personas que «de mediar dolo, constituiría delito». Por tanto, la producción de un mal a las personas que perpetrado dolosamente configurase una falta (dolosa) ya no es ilícito penal, como se ha indicado más arriba, tanto sea la imprudencia temeraria como simple. Así sucede con las faltas de lesiones, en concreto aquéllas que no precisen tratamiento médico o quirúrgico o sólo exijan la primera asistencia facultativa (art. 582.1) —salvo que se trate de algunas de las lesiones del art. 421— o cuando se golpee o maltrate de obra a otro por imprudencia sin causarle lesión (art. 582.2).

4.2. Daños en las cosas por imprudencia simple

Por su parte, la falta culposa del artículo 600 establece dos limitaciones. La primera, ya comentada, exige que el daño en las cosas

(45) No me parece que la interpretación de la expresión comentada se vea condicionada por otra similar que se utiliza en el delito de amenazas del artículo 493 del Código penal («el que amenazare a otro con *causar* el mismo a su familia, *en sus personas*, honra o propiedad, *un mal que constituya delito* será castigado...»), puesto que su finalidad normativa es distinta. Por otro lado, el mal en las personas del delito de amenazas propicia una interpretación más amplia en su contexto (como hacen acertadamente la doctrina y la jurisprudencia), comprensiva de la vida, la integridad personal, la libertad y la seguridad, puesto que obliga a la inclusión de los dos últimos la alusión expresa a otros bienes jurídicos (honra, entendida como honor y honestidad, hoy libertad sexual —disparidad sobrevenida en la que no podemos entrar aquí— y propiedad) no siempre más valiosos, como única forma de conseguir un sentido homogéneo de las expresiones legales. V., utilizando este argumento en sentido opuesto, RODRÍGUEZ MOURILLO, *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos*, cit., p. 635 y ss.

supere la cuantía del Seguro Obligatorio (46). En segundo lugar, han de ser «daños» en las «cosas». Como no hay una remisión o conexión ni siquiera indirecta con alguna o algunas figuras delictivas en particular, a pesar de contar en el Código penal con un Capítulo que lleva la rúbrica «De los daños» (Cap. IX del Tít. XIII), parece acertado entender los daños en un sentido material, como la destrucción, menoscabo o inutilización de una cosa (47), con independencia de que el delito doloso de referencia lo fuera bien de daños en sentido estricto, bien de incendios o de estragos, en la medida en que sean susceptibles de comisión culposa, puesto que estos delitos tan sólo se diferencian en los medios de comisión (48). Como se ve, aquí ya no nos encontramos condicionados en la interpretación como sucedía con los daños culposos por imprudencia temeraria, que debíamos entender inicialmente en sentido estricto, dada la redacción del artículo 563, párrafo 2.º

5. LAS PENAS DE LOS DELITOS Y FALTAS CULPOSOS

La fijación de la pena presenta numerosas particularidades con la nueva regulación, algunas de ellas no exentas de dificultad, sobre todo en relación con la imprudencia temeraria del artículo 565.

5.1. Limitación de la pena en la imprudencia temeraria

Las penas previstas inicialmente tanto para la imprudencia temeraria del párrafo 1 del artículo 565, como para su modalidad agravada de impericia o negligencia profesional del párrafo 2 del mismo artículo son idénticas a las que se establecían en la anterior regula-

(46) La no inclusión de una frase semejante a «que de mediar dolo constituiría delito», está plenamente justificada, puesto que ya alude a ello la cuantía del Seguro Obligatorio, superior como sabemos al límite inferior de 30.000 ptas., que establece la falta de daños del artículo 597; no cabe por tal motivo entender incluidas las faltas. V., sin embargo, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte General, I, cit.*, p. 235; «cuando se trata de falta contra las personas es necesario que el hecho hubiese podido constituir un delito (en cambio cuando se trata de faltas contra la propiedad nada se dice, por lo cual hay que entender que no se da tal limitación, y el hecho podría constituir delito o también falta, lo cual es ciertamente contradictorio y habría que entender que debería darse la misma restricción que en el caso de una falta imprudente contra las personas)».

(47) Frente a la opinión generalizada, por cosa habrá de entenderse en este contexto tanto un bien material como inmaterial o intangible. V., al respecto, Carlos M. ROMEO CASABONA, *Los delitos de daños en el ámbito informático*, en «Tecnolegis», núm. 1, 1990 (en prensa).

(48) V., en este sentido, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, I, cit.*, p. 379; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos*, *cit.*, p. 661 y ss.

ción: prisión menor, y en su grado máximo o las superiores en uno o dos grados cuando el mal causado fuere de extrema gravedad, respectivamente. Por otro lado, sigue presente el reconocimiento del arbitrio del Tribunal en la aplicación de las penas, de modo que no quedan sujetos a lo que dispone al respecto el artículo 61 del Código penal (49), pero sí a los demás artículos de dicho Cuerpo legal dedicados a esta materia, en la medida en que resulten aplicables (50), lo cual, como veremos más abajo, es de la máxima importancia para la correcta solución de otros problemas sobre la determinación de la pena aplicable.

De todas formas, ambas penas están sujetas a una limitación cuando la que concierna sea igual o superior a la del correspondiente delito culposo. Hay que recordar que el sentido de esta regla de aplicación de la pena se encuentra en la pretensión de mantener siempre en la sanción impuesta el reflejo del distinto contenido de lo injusto de las infracciones culposas y dolosas correspondientes, por ser menos grave el de aquéllas, lo cual en sí no supone novedad alguna, pues ya lo encontrábamos antes de la reforma, pero sí su formulación y el modo de aplicación, que fue objeto de discusión entre los autores (51) y de oscilación por parte de la jurisprudencia. En efecto, con anterioridad a la Reforma de 1989, a la vista de los términos del texto legal ahora modificado (52), se presentaban dos alternativas cuando la pena del delito culposo fuera igual o superior a la del delito doloso al cumplir los Tribunales el mandato legal de aplicar «la inmediata inferior a la que corresponda en el grado que estimen conveniente»: bien partiendo de la pena del delito culposo cometido, bien de la del delito doloso si el mismo hecho se hubiera realizado dolosamente (53). La única relevancia práctica que se me ocurre que podía tener seguir uno u otro camino radicaría en que la pena de partida pudiera ser diferente en uno u otro caso, hipótesis que por lo demás me parece infrecuente; es decir, que mientras que la del delito culposo es privativa de libertad (prisión menor), y nos obliga a descender

(49) Así dice el artículo 565, párrafo 5 (al igual que rezaba el antiguo art. 565, párr. 3); «En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61».

(50) V., de este parecer, GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima*, cit.

(51) Véase sobre la cuestión el minucioso trabajo de Tomás S. VIVES ANTÓN, *La determinación de la pena en la imprudencia punible*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 3, p. 177 y ss. (1977).

(52) El antiguo artículo 565.4 decía como sigue: «Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando la pena señalada al delito (doloso) sea igual o menor que las contenidas en los mismos, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a la que corresponda en el grado que estimen conveniente».

(53) V., ejemplos de uno u otro criterio mantenido por el Tribunal Supremo, respectivamente, en sentencias de 16 de enero y 25 de mayo de 1962, y 25 de octubre de 1963.

a través la escala gradual primera de las del artículo 73 para obtener «la que corresponda», podría darse el caso que la del delito doloso perteneciera a otra escala y obligara a deslizarnos por penas de naturaleza distinta. En cualquier caso, no hay que olvidar que la pena de multa (hoy de 100.000 a 1.000.000 de ptas.) es la última común a todas las escalas graduales del Código penal (art. 74), cuya entrada en juego no sería infrecuente. Salvo esta observación, quedaba garantizado siempre que la pena impuesta no fuera igual o superior a la del delito doloso, si se partía en la ejecución de la regla comentada de la pena del delito culposo, puesto que el último párrafo del artículo 565 (ahora, tras la reforma, como veremos, innecesario e inexistente) impedía, mediante un reiterante pero no supérfluo recordatorio, la hipótesis contraria (54).

Como adelantaba, la nueva redacción del artículo 565.4 (55) ha venido a resolver algunos aspectos de no poca entidad sobre el punto debatido, pero deja intactos otros no menos importantes. Es cierto que se ha despejado la incertidumbre legal anterior de qué pena hay que partir cuando la del delito de imprudencia temeraria sea igual o superior a la del doloso correspondiente: es sin duda, de la de éste de donde deberemos proceder para degradar la pena. Además, tal degradación bastará —y legalmente ha de ser así— que se efectúe siempre en un grado, pues con ello se garantiza ya la proporcionalidad con el injusto respectivo, doloso o culposo. Con este proceder el legislador ha simplificado notablemente la situación anterior, ha ganado en claridad y parece justificada la supresión del último párrafo del artículo 565, antes comentado.

Ahora bien, con esta fórmula el legislador ha optado —consciente o inconscientemente— por dejar abierta la posibilidad apuntada más arriba de que se modifique la naturaleza de la pena prevista inicialmente para el delito culposo (privativa de libertad) si la prevista para el doloso correspondiente es de naturaleza distinta (p. ej., restrictiva de libertad o de derechos). Hipótesis, como decía, probablemente in-

(54) Decía así, el párrafo 7 del artículo 565, hoy suprimido: «En ningún caso se impondrá pena que resultare igual o superior a la que correspondería al mismo delito cometido intencionadamente». Por tanto, era posible bajar otra vez la pena, si la inicial no había sido suficiente para respetar esta última regla. Por tales motivos no estaría de acuerdo con la tesis de VIVES ANTÓN, de que el antiguo artículo 565 sólo permitía bajar en un grado la pena, lo cual sí tendría una trascendencia añadida: al contrario, podría hacerse tantas veces como fuera necesario para mantener la proporcionalidad legalmente impuesta, salvo que ello supusiera un cambio en la pena que no se correspondiera a una infracción penal grave, cuestión que veremos más abajo. V., VIVES ANTÓN, *La determinación de la pena en la imprudencia punible*, cit., p. 182.

(55) Que reza como sigue. «Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando las penas previstas en el mismo sean iguales o superiores a las del correspondiente delito doloso, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a ésta última en el grado que estimen conveniente». No creo que merezca la pena insistir en varias incorrecciones de concordancia gramatical en las que incurre este párrafo.

frecuente, que si bien implica normalmente en estos casos una vinculación de la naturaleza de la pena a la del bien jurídico agredido en el delito doloso, no estoy seguro de que sea conveniente desde una perspectiva político-criminal para el delito culposo, además de que entraña la dificultad de averiguar cuál de las dos penas (la privativa de libertad en el delito culposo, restrictiva de libertad o de derechos en el doloso) es más grave desde un punto de vista material.

Por otro lado, tampoco se ha resuelto qué hacer cuando la pena del delito doloso que sirve de referencia para determinar la pena aplicable es de multa: si al aplicar la regla del artículo 565.4 que se está analizando se tiene que descender del límite cuantitativo que identifica a la multa como pena grave correspondiente a los delitos y se llega a una pena leve, propia de las faltas. A este respecto el límite actual que establece el artículo 26 es de 100.000 ptas., y es sabido que cuando tal pena figura como única y principal no puede degradarse por debajo de aquél, con el fin de que la pena refleje en todo momento la naturaleza de la infracción penal cometida (delito en sentido estricto), y no por razones procesales, según el criterio unánime de la Fiscalía General del Estado (56), de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (57) y de la doctrina (58). Esto sucede, por ejemplo, con los daños dolosos del artículo 563.1, cuya pena es de multa de 100.000 a 700.000 ptas., que es de la que debemos partir en la comparación en todo caso: si aplicamos el artículo 565.4 y con él el artículo 76 del Código penal nos moveríamos por debajo del indicado límite. En resumen se trata de resolver la disyuntiva de cómo aplicar aquí el principio de proporcionalidad: si vinculándonos al delito doloso o bien a las faltas culposas, con el fin de mantener su coherencia punitiva interna; y en ambos supuestos para dejar asentada la diferente gravedad de lo injusto del delito culposo en relación con aquél o con éstas. En cualquier caso, y sea cual fuere la solución que adopte el intérprete, hay que asumir que será de todo punto impracticable mantenerse fiel a dicho principio, pues habrá de quebrar necesariamente al inclinarse por una y desligarse consecuentemente de la otra (59).

(56) Como expuso en su Consulta número 10, de 9 de noviembre de 1972.

(57) V., por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1980, 10 de junio de 1985, 21 de marzo de 1989.

(58) Así, por todos, RODRIGUEZ-DEvesa, SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General, cit.*, p. 941. V., no obstante, de parecer contrario, José Ramón CASABO RUIZ y Juan CORDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal, II, «Ariel»*, Barcelona, 1972, p. 135 y ss.; y p. 385 y ss., respectivamente.

(59) Para dilucidar la cuestión puede servir de ayuda, sin ser definitivo, cómo se interprete el artículo 28 del Código penal, cuando dice «la multa, cuando se impusiere como pena principal y única...», pues si se entiende que se refiere tan sólo a la pena abstracta establecida por la Ley para la infracción penal de que se trate, no habría obstáculo para descender después; en cambio, si alude sólo (o también) a la pena concreta judicial, el tenor del artículo 28 impediría descender por debajo del límite que señala de 100.000 ptas.

La Fiscalía General del Estado se ha pronunciado sobre la cuestión poco antes de la Reforma de 1989, y sus razonamientos no han quedado sustancialmente desfasados a pesar de aquélla (60). Si la pena de multa figura como principal y única, la pena inferior en grado será la misma en toda su extensión, pero no en su tope mínimo (100.000 ptas.), como propone el Fiscal General del Estado (61), pues la solución no afecta al arbitrio que se reconoce al Tribunal de forma genérica en el artículo 565.5, ni de modo específico en el párrafo 4 del mismo artículo en su último inciso. Es también compartible el criterio del Fiscal General del Estado cuando indica que es posible que entre en juego la pena de privación del permiso de conducir (en el supuesto de que sea aplicable el art. 565.3), con lo cual, si consideramos ésta pena principal, la de multa ya no será única y no habrá obstáculo entonces para descender por debajo del límite que establece el artículo 28, pues aquélla —la privación del permiso de conducir—, que no es degradable en el caso del artículo 565, garantizará siempre que dicha pena identifique la naturaleza o gravedad del hecho delictivo por el que se condena (62). De todas formas, al haberse suprimido el último párrafo del artículo 565, el juzgador ya no se ve tan constreñido por la exigencia de que la pena del delito culposo *nunca* sea igual o superior a la del doloso respectivo, sino que ahora tan sólo se ve obligado a respetar la regla del párrafo 4, que ciertamente persigue como ideal ese principio, sometido no obstante a excepciones como la señalada ahora (63).

En relación con las lesiones corporales culposas, la comparación a que obliga el comentado artículo 565.4 habrá que realizarla con la pena del tipo básico doloso (art. 420.1, prisión menor; por tanto, habrá que rebajar la pena hasta arresto mayor) (64).

5.2. Limitación de la pena en la impericia o negligencia profesional

Las anteriores reflexiones se dirigían a comprobar cómo opera el artículo 565.4 de forma genérica, en relación con el artículo 565.1.

(60) En su Consulta número 1/1988, de 28 de octubre, sobre *La penalidad en el delito de daños culposos del artículo 563*.

(61) En su Consulta 1/1988, lo que no impide que el Ministerio Fiscal, cuando esté llamado a intervenir, solicite como pena ese mínimo de ahora 100.000 ptas.

(62) También expresamente a favor sobre el supuesto del texto, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1989.

(63) Excepción al principio de proporcionalidad en relación con el hecho doloso que el legislador mismo ha mantenido en algún caso, como sucede con los delitos de prevaricación del funcionario público, del abogado o procurador de los artículos 358 y 360, donde la pena es la misma para la modalidad dolosa y la culposa del delito.

(64) Sin embargo, admite la imprudencia también en relación con las lesiones corporales del artículo 421, núm. 2, Javier BOIX REIG, *La Reforma penal de 1989*, cit., p. 114.

Faltan por ver sus incidencias en relación con el párrafo 2, pues, como se vio, las limitaciones de aquél operan también en este segundo párrafo (art. 565.4: «Lo dispuesto en los *dos primeros párrafos* de este artículo no tendrá lugar...»). Según quedó dicho más arriba, el actual artículo 565.2 contempla los tipos agravados de impericia o negligencia profesional, y conforme al mismo se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en el artículo 565, pudiéndose elevar en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, «cuando el mal causado fuere de extrema gravedad». Los resultados que dan lugar a estos tipos agravados son: muerte (pena del delito doloso de homicidio: reclusión menor), y, simplificando las expresiones, mutilaciones o inutilizaciones principales (art. 418, pena: reclusión menor) o no principales (art. 419, pena: prisión mayor) y otros resultados graves para la integridad personal (art. 421, núm. 2, pena: prisión menor en sus grados medio a máximo).

Pues bien, enseguida se ve que es impracticable en muchos casos efectuar la elevación de la pena que el párrafo 2 del artículo 565 impone, pues ello lo impiden las previsiones limitadoras de su párrafo 4. No obstante, los resultados punitivos pueden ser muy dispares según se tomen como referencia comparativa las penas de los delitos dolosos a cuyos resultados se alude, o se parta de la pena del tipo básico correspondiente (en este caso, el de lesiones corporales del art. 420.1).

En efecto, conforme a la primera alternativa, las penas iniciales serían prisión menor en su grado máximo (si se impone la pena en su grado máximo) o prisión mayor o reclusión mayor o reclusión menor (si corresponde elevar la pena en uno o dos grados, respectivamente). Por de pronto no sería posible aplicar nunca la pena de prisión menor en su grado máximo cuando el resultado acaecido esté comprendido en el artículo 421, número 2, pues la pena de éste es igual o inferior a la que correspondería de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 565. Cuando el mal causado fuera de extrema gravedad y el Tribunal, en uso de su arbitrio, pretendiera imponer la pena superior en grado (prisión mayor), tampoco podrá hacerlo si aquél es uno de los resultados que prevé el artículo 419; y, por fin, nunca podrá subir en dos grados (reclusión menor), pues la pena siempre será igual o superior a la del delito doloso correspondiente. Pero si en esta segunda opción agravatoria se imposibilita que el Tribunal haga uso del arbitrio que se le atribuye teóricamente, en relación con la primera (aplicación de la pena en su grado máximo), cuando el resultado estuviera comprendido en el artículo 421, número 2, se daría la paradoja, agudamente apuntada (65), de que la imprudencia temeraria con impericia o negligencia profesional saldría beneficiada

(65) Por GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima*. cit.

en relación con la misma imprudencia temeraria si tal agravación, si hubiera que degradar la pena de aquella conforme al artículo 565.4: arresto mayor en su grado medio hasta prisión menor en su grado mínimo (es decir, la pena inferior en grado a la del art. 421, núm. 2: prisión menor en sus grados medio a máximo) o prisión menor en toda su extensión según concurra o no negligencia profesional en la imprudencia temeraria. Esto es, que lo que debía agravar atenúa. No obstante, tal situación únicamente sería inevitable en relación con los resultados del artículo 421, número 2 no incluidos al mismo tiempo en los artículos 418 y 419, a los que también remite el artículo 565.2 y a cuyas penas habría que acudir entonces. Con todo, para evitar semejante incongruencia comparativa en relación con los resultados residuales exclusivos del artículo 421, número 2 (66), la solución que se sugiere (67) consiste en aplicar tan sólo la pena de la imprudencia temeraria, no tomando en consideración la que correspondería por la presencia de la culpa profesional y alguno de los resultados del artículo 421, número 2, lo que parece lo más adecuado desde este punto de partida.

Si, por el contrario, nos inclinamos por el segundo camino, es decir, ponderar la pena que impone el artículo 565.4 en atención al tipo básico doloso exclusivamente, el procedimiento sería como sigue: puesto que, al fin y al cabo, nos encontramos ante una imprudencia temeraria (art. 565.1), si bien agravada por la concurrencia de impericia o negligencia profesional (art. 565.2), habrá que obtener en primer lugar la pena que correspondería a la primera para proceder acto seguido a las agravaciones que establece la segunda. Así que deberemos comparar en primer lugar la pena de la imprudencia temeraria (prisión menor) con la del tipo básico doloso de homicidio (reclusión menor) o de lesiones (art. 420.1, prisión menor). Por tanto, en el supuesto de las lesiones habrá que descender a la pena de arresto mayor, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 565.4 y a partir de ahí efectuar las elevaciones que prevé el artículo 565.2, según proceda, respetando de nuevo las limitaciones a que obliga dicho párrafo 4, pero tomando ahora como elemento de la comparación las penas de los delitos dolosos a cuyo resultado se vincula el artículo 565.2, esto es, las de los artículos 418, 419 y 421, número 2. Este camino, por el que me inclino, tiene a su favor su ortodoxia dogmática, en cuanto que se establece inicialmente la conexión con el tipo básico doloso y no con los agravados, al carecer éstos de autonomía (68) (lo que lleva, por ejemplo, a no admitirse por la mayor parte de

(66) Sobre cuáles son éstos, BOIX REIG, *La Reforma penal de 1989*, cit., p. 112 y ss.

(67) V. GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima*, cit.

(68) CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, I, cit., p. 349.

los autores el parricidio o el asesinato por imprudencia (69), sino el homicidio culposo). Conduce, además, a resultados materiales más restringidos en cuanto a la gravedad de la pena y por consiguiente más satisfactorios desde el punto de vista de justicia material, pero comporta la necesidad de acudir dos veces al artículo 565.4 para ponderar la pena (en relación con el tipo «básico» del art. 565.1 y con los agravados del art. 565.2), lo que resulta inevitable por el imperativo legal de remisión a esos resultados específicos contenidos en tipos dolosos agravados, unido ello a la exigencia del artículo 565.4 de que la pena del delito culposo no sea igual o superior a la del doloso correspondiente.

Por consiguiente, sea cual fuere el camino que se utilice a la hora de ponderar la pena y fijar sus límites, y puesto que los resultados que dan lugar a la agravación vienen predeterminados por la Ley, el legislador ha impedido de entrada que en la mayor parte de los casos (primera alternativa interpretativa) o en un buen número de ellos (segunda alternativa) puedan actuar las penas más graves, con lo cual se ven frustrados sus más que discutibles propósitos político-criminales (70).

De estos inconvenientes se sustrae la pena de privación del permiso de conducción, cuando resulte aplicable (art. 565.3), pues, por un lado, a ella le afecta también la agravación de la impericia o negligencia profesional (71) y, por otro, no lo es aplicable la limitación del párrafo 4 (72), ni debe tomarse en consideración, por consiguiente,

(69) V., más extensamente sobre la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia, Alfonso GUALLART DE VIALA, voz *Parricidio*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Ed. Francisco Seix, S. A., Barcelona, p. 935 y ss. (1986).

(70) Afortunadamente, pues la posibilidad de elevar la pena en uno o dos grados supone una quiebra insostenible del principio de proporcionalidad, que se arrastra desde la anterior regulación y debía haberse subsanado ahora, pero no a consecuencia de estos defectos de técnica legislativa. V., críticamente sobre la elevación en grado, ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, I, cit., p. 229. La situación se ha agravado, no obstante, tras la reforma, pues al ser aplicable con anterioridad estos tipos agravados de impericia o negligencia profesional a la imprudencia simple con infracción de reglamentos, ahora relegada a las faltas, la pena punto de partida en relación con ella (arresto mayor), permitía un margen mayor de aplicación; y del mismo modo las penas del antiguo artículo 420 en relación con la del actual 421.

(71) Afirmación que se explica porque así lo indica ahora el artículo 565.2: «Cuando se produjere muerte... se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo». A partir de 1989 no existen más penas (plural) en el artículo 565 que la de prisión menor y la de privación del permiso de conducir.

(72) Así se deduce del artículo 565.4, que sólo se aplica a las penas del artículo 565.1 y 2, pero no al 3: «Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar...»; y aunque se entendiera que también se extiende a esta pena, seguiría siendo de este modo porque la pena de los delitos dolosos no prevé nunca la privación del permiso de conducción (salvedad hecha del art. 516 bis, que, por otro lado, no admite la modalidad culposa; en este sentido, con argumentos muy convincentes, Tomás S. VIVES ANTÓN, *Derecho Especial*, 2.ª ed., «Tirant lo Blanch», Valencia, 1988, p. 829 y ss.), por lo que faltaría en estos casos siempre un elemento de la comparación. V., sobre esto último GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima*, cit., y sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo

para dilucidar qué pena es más elevada, si la del delito doloso o la del culposo. De todas formas, incluso para esta pena sigue pareciendo excesiva la agravación en uno o dos grados que prevé el precepto comentado.

5.3. Las penas de las imprudencias simples

Las penas de las faltas culposas han experimentado alguna modificación, sin que su interpretación y aplicación susciten especiales dificultades.

Así, la simple imprudencia con el resultado de un mal a las personas comporta la pena de arresto menor en toda su extensión (es decir, de uno a treinta días) y multa de 50.000 a 100.000 ptas., si es antirreglamentaria, y la de uno a quince días de arresto menor o multa de 50.000 a 100.000 ptas., si no implica tal infracción. En relación con ésta última se ha eliminado la pena de reprensión privada, que ha dejado de figurar asimismo en el catálogo de penas de la escala general del artículo 27, que antes configuraba una pena conjunta acumulativa a la de multa; las hoy establecidas son alternativas.

Por lo que se refiere a la falta de daños, se mantiene la multa como pena única, corregida conforme al valor monetario actual (de 25.000 a 100.000 ptas.) (73).

5.4. Aplicación de la pena de privación del permiso de conducir

La Reforma de 1989 ha introducido alguna variedad en la aplicación de la pena de privación del permiso de conducir a las infracciones culposas cometidas con vehículos de motor. Continúa siendo de forzosa aplicación en la imprudencia temeraria (incluida la impericia o negligencia profesional, como vimos), sin que su duración haya experimentado alteración alguna (de tres meses y un día a diez años). Sin embargo, en la imprudencia simple presenta las siguientes novedades: en la que consiste en causar un mal a las personas (ahora:

de 1989 («Se trata de una pena principal que, al no estar prevista para el tipo doloso residual de daños del art. 563 del Código penal, no es común a las formas dolosas y culposas de producción de daños... consecuentemente, al ser pena privativa del delito culposo, no es mensurable referencialmente respecto al doloso y por ello no cabe su degradabilidad»).

(73) Sin embargo, no se ha mantenido en el tope mínimo la correspondencia existente entre las multas de las imprudencias simples de los antiguos artículos 586.3.º y 600, que estaban fijadas entre 1.500 y 30.000, como tampoco en ninguno de los dos casos la proporcionalidad anterior entre los topes mínimo y máximo. Por otro lado, el límite máximo de las penas de multa previstas, no respeta el límite formal que corresponde a la multa como pena leve, que ha de ser inferior a 100.000 ptas., de acuerdo con lo que dispone el artículo 28.

con o sin infracción de reglamentos) su aplicación ya no es obligatoria, sino facultativa, y perdura con la misma extensión (de un mes a tres meses) (74); también se deja al arbitrio judicial en la falta de daños culposos, para la cual no figuraba con anterioridad (75). Al decir en este último caso el artículo 600 «por tiempo de hasta tres meses», a diferencia de la redacción del artículo 586 bis, donde establece el límite mínimo, parece que el legislador ha pretendido darles también una extensión distinta (p. ej., con un límite mínimo de un día en el supuesto del art. 600). Sin embargo, esa omisión, sea cual fuere la voluntad del legislador y al no haber sido expresada taxativamente, debe ser completada con el artículo 30 del Código penal, donde se fija la duración de las penas: de un mes a diez años para la de privación del permiso de conducir; por tanto, un mes será el límite mínimo para el artículo 600 (76).

La aplicación facultativa de esta pena en las faltas ha de verse como un acierto político criminal (77), puesto que ello permite al Juez valorar el perjuicio real que puede experimentar el condenado en relación con las características de la infracción cometida, en particular cuando aquél se vale del vehículo de motor para el desempeño de su profesión (conductor, transportista, agente o representante comercial). En la imprudencia temeraria podía haberse introducido el mismo principio arbitral, salvo tal vez en los supuestos del artículo 565.2 (impericia o negligencia profesional).

En el Código penal no aparece regulado de forma expresa el procedimiento para obtener el grado superior (e inferior) de esta pena, hipótesis que hemos admitido cuando entren en juego los tipos agravados de la impericia o negligencia profesional, pues no figura en las escalas graduales (art. 73), no se ocupa de ello el artículo 75 (que indica cuál es la pena superior en grado para algunos casos en los que aquél no parece predeterminado), ni se prevé una regla específica semejante a la de multa (art. 76). No creo, sin embargo, que ello sea legalmente imposible (78), pudiéndose aplicar por analogía otras prescripciones del Código penal para la determinación de la pena,

(74) Según dispone el artículo 586 bis 2: «Si el hecho se cometiere con un vehículo de motor *podrá imponerse*, además, la privación del permiso de conducir por tiempo de uno a tres meses». El carácter obligatorio del antiguo artículo 586 se reflejaba en la expresión «llevarán aparejada».

(75) De acuerdo con el artículo 600.2: «Si el hecho se hubiere cometido con vehículo de motor *podrá imponerse*, además, la privación del permiso de conducir por tiempo de hasta tres meses».

(76) V., BARRÓN DE BENITO, *La reforma de la imprudencia punible*, cit., p. 41.

(77) La introducción de esta pena en el artículo 600 y su carácter facultativo en éste y en el 586 bis, fue resultado de las enmiendas propuestas por el Grupo Parlamentario Vasco del Congreso, pues no figuraba así en el texto inicial del Proyecto. V., «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», núm. 179, p. 10394 (16 de marzo de 1989).

(78) Frente al parecer de la Fiscalía General del Estado en la Consulta 1/1988. Por su parte, el Tribunal Supremo ha admitido la degradación de la pena de privación

como serían las de la multa, pues la pena de privación del permiso de conducir está expresada en valores cuantificables. Y no supondría incurrir en analogía contraria al principio de legalidad, al no afectar al contenido de la pena ni a su extensión, sino que ofrece una solución para cumplir el imperativo legal del artículo 565.2, imperativo que, como ya he dicho más arriba, no satisface.

La reforma no aporta nada nuevo sobre la naturaleza y alcance de esta pena. Me quiero referir con ello a la cuestión de si implica también, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial (79), la prohibición de su obtención cuando el condenado carece de tal permiso. El artículo 42.3, incluido dentro de la rúbrica sobre los «Efectos de las penas, según su naturaleza respectiva» (80), no permite deducir que la pena de privación del permiso de conducir tenga semejante extensión con carácter general y, en cambio, sí que la encontramos expresamente prevista para algún otro delito, como el de utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos (art. 516 bis 5) (81). Por tanto, la circunstancia de que la pena aparezca con una extensión diferente en uno u otro delito obliga a respetar esa distinción que refleja la voluntad de la Ley. Esta extensión analógica de los efectos de la pena, fundamentada en asegurar un trato de igualdad con los condenados que sí que se encuentran en posesión del citado permiso (82) (estricta igualdad por lo demás inalcanzable en relación con los condenados que carecen del permiso y deciden no obtenerlo durante el tiempo de la condena, incluso por motivos ajenos a la misma), es perjudicial para el condenado y contraria al principio de legalidad. El que la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal contemple esta posibilidad (83) no constituye un soporte legal suficiente para desvirtuar

del permiso de conducir en relación con el delito del artículo 516 bis: sentencias 7 de marzo de 1984 y 1 de octubre de 1985.

(79) Así, sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1955 y 15 de junio de 1973. De acuerdo con este criterio, Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por la Ley 3-1967, de 8 de abril*, en «Revista de Derecho de la Circulación», p. 251 y ss. (1967); GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima*, cit.

(80) El artículo 42.3 dice lo siguiente: «La privación del permiso para conducir vehículos de motor inhabilitará el penado para el ejercicio de este derecho durante el tiempo fijado en la sentencia».

(81) Según el artículo 516 bis 5: «En todos los casos comprendidos en este artículo se impondrá además la pena de privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años o la de obtenerlo en el mismo plazo».

(82) Así argumenta la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1985.

(83) En concreto, el artículo 802, pronunciamiento tercero, dice: «(...) En el supuesto de que el condenado no fuere titular de permiso de conducción se dirigirá mandamiento a la Jefatura Central de Tráfico para que no se le conceda durante el tiempo de inhabilitación fijado en la sentencia». Y el artículo 803, regla segunda: «En los casos en que se haya impuesto la privación temporal o definitiva del permiso para conducir vehículos de motor se procederá a su inmediata retirada, si tal medida no estuviere ya acordada, dejando unida el documento a los autos y dirigiendo mandamiento por duplicado a la Jefatura Central de Tráfico para que lo deje sin efecto».

esta conclusión, pues, como se ha observado (84), en los preceptos correspondientes se tratan aspectos procedimentales y de ejecución de la sentencia que en nada modifican el contenido de las penas que establece la Ley sustantiva, esto es, el Código penal; además, con la introducción expresa y específica de la prohibición de obtener el permiso de conducir en el artículo 516 bis, el alcance de lo prevenido en la Ley procesal adquiere su pleno y restringido sentido: indicar a la autoridad judicial cómo proceder cuando la pena tenga esta mayor amplitud establecida por la Ley penal, pero no en los demás; y por otro, «recorta» cualquier otra posible interpretación de la voluntad no sólo de la Ley, como ya he dicho, sino también del legislador: si la equiparación de la privación del permiso con la prohibición de obtenerlo la introdujo tan sólo en ese delito y no en otros es prueba inamovible de que no quiso ir más allá (85).

En conclusión, el alcance de esta pena es inhabilitar del ejercicio del derecho a conducir a quien le haya sido reconocido mediante el título que lo acredita, pero no impedir también la sola obtención de dicho título, pues sólo a partir de este momento se adquiere el derecho objeto de la sanción penal (86). Por consiguiente, el verdadero sentido político-criminal de esta pena es impedir que el conductor imprudente autor del delito vuelva a utilizar un vehículo de motor durante el tiempo de la condena, inhabilitándole para el ejercicio de este derecho, pero ello sólo es posible sin distorsionar el marco de la Ley cuando se le priva de él desde el momento inicial de la ejecución de la sentencia a quien poseía el permiso al tiempo de la comisión del delito, ahora bien, no cuando se procede igualmente con

y no expida otro nuevo hasta que se extinga la pena». Como se ve, sólo el primer precepto citado podría entrar en cuestión, puesto que el segundo se refiere al supuesto de que ya se hubiera obtenido el permiso.

(84) CASABO RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, II, cit., p. 32 y ss.; Manuel COBO DEL ROSAL, Tomás S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 2.^a ed., «Tirant lo Blanch», Valencia, 1987, p. 587 y ss., nota 43, quienes aducen además no sólo la prioridad lógica de los preceptos del Código, sino también el principio de especialidad. Sin embargo, criterio contrario mantienen CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, I, cit., p. 173 y nota 114; y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por la Ley 3-1967, de 8 de abril*, cit., p. 252, quien se apoya en los referidos preceptos procesales.

(85) Más aún, se puede pensar que, conociendo la práctica jurisprudencial de entonces, quiso dejar claro hasta dónde quería llegar con la pena de prohibir obtener el permiso. Por otro lado, no creo decisivo para sustentar el criterio opuesto, el hecho de que la indicada equiparación del artículo 516 bis se introdujera con posterioridad (Ley 28 noviembre 1974) al artículo 802.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley 8 abril 1967); más que desvirtuar el razonamiento que se propone, se refuerza como expresión de un cambio de voluntad del legislador.

(86) Por ello, parece más apropiada la formulación de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, como recuerdan COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 583: «La pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor tendrá una duración de un mes a seis años e inhabilitará al penado para el ejercicio de aquel derecho durante el tiempo fijado en la sentencia» (art. 44; en iguales términos, el art. 54 del Proyecto de Código penal de 1980).

quien lo ha obtenido con posterioridad, aunque no se prolongue más allá del plazo durante el que se extiende la condena si ello no figura de modo expreso en la pena que establece la Ley, como es el caso.

5.5. Pluralidad de resultados

Tradicionalmente la jurisprudencia española ha venido estimando —sin que hasta el presente se hayan detectado síntomas de modificación de su postura— que cuando a consecuencia de un sólo hecho que no responde al deber de cuidado objetivo se producen varios resultados existe un sólo delito (delito imprudente), imponiendo la pena que corresponda, determinada por el resultado más grave producido (87). No es éste el parecer más extendido entre la doctrina española, para la cual se trata de una situación concursal (concurso ideal de delitos), que ha de resolverse de acuerdo con sus reglas específicas (88). Así, es sabido que en el supuesto de que un conductor imprudente colisiona con otro vehículo y se produce la muerte de uno de sus ocupantes, lesiones en otros dos y daños en el vehículo la jurisprudencia castigaría por un solo delito de imprudencia (temeraria o simple) con resultado de una muerte, de dos lesiones corporales y de daños, mientras que la doctrina divergente entendería cometidos un homicidio culposo, dos delitos (o faltas) de lesiones corporales culposas y uno de daños culposos unidos en relación de concurso ideal. Las repercusiones de uno u otro criterio las encontramos en la concreción de la pena: conforme al primero se impondrá la pena del delito más grave en toda su extensión, mientras que de acuerdo con el segundo la de ese delito en su grado máximo, con las limitaciones que establece el artículo 71 del Código penal.

La dispar solución entronca con la respectiva concepción de las figuras del artículo 565 y concordantes como *crimen culpae* (o *crimi-*

(87) Así, sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1984: «Nuestro Código penal vigente sanciona la forma culposa de delinquir como crimen culpae, en el artículo 565, que comprende todos los resultados delictivos, de los que el más grave es el índice sancionador de la infracción penal, sin que ello sea obstáculo al castigo de todas las conductas culposas que contribuyan como concausas de los mismos». V., también sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1985.

(88) Así, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, I, cit.*, p. 370; MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón, cit.*, p. 55 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General, cit.*, pp. 491 y 856; Angel SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, «Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid», Valladolid, 1986, p. 138 y ss.; Angel TORIO LÓPEZ, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», p. 67 y ss. (1972). Por el contrario, estiman que existe un solo delito de imprudencia, sin que se vinculen con ello a la tesis del *crimen culpae*, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal, II, cit.*, p. 352; VIVES ANTÓN, *La determinación de la pena en la imprudencia punible, cit.*, p. 188 y ss.

na *culpa*) o *crimina culposa*. Sin poder entrar ahora en la polémica (89), que acertadamente ha resuelto la doctrina en favor de la segunda tesis, baste insistir para el objetivo de este análisis en que el artículo 565 no excluye de modo alguno la aplicabilidad de los artículos 69, 70 y 71 del Código penal (aunque sí el art. 61) (90), en particular éste último en lo relativo al concurso ideal, pues sólo así la pena reflejará por completo lo injusto del hecho. Y, además, que aun partiendo de la tesis del *crimen culpa*, o de la de quienes estiman que el artículo 565 obliga a la imposición de una sola pena con independencia de los resultados producidos, ello no sería posible cuando concurrieran en un mismo hecho la falta del artículo 586 bis (o del antiguo art. 586, núm. 3) y la del artículo 600, pues al ser figuras independientes según aquella tesis, cada una debería pensarse por separado, es decir, aplicando las reglas concursales oportunas (las del concurso ideal del art. 71), pues a ello no se opone el arbitrio que confiere el artículo 601 a la autoridad judicial, sino, al contrario, no excluye su observancia en las faltas dolosas o culposas (91). Por tanto, del mismo modo habrá que proceder en los demás casos de imprudencia. Por último, la Reforma de 1989 ha introducido unos matices, que abundan en los argumentos esgrimidos tradicionalmente por la doctrina en favor de la tesis de los *crimina culposa*: 1.º la inclusión del término «dolo» en el artículo 565 y concordantes, anuda todavía más, si no quedaba suficientemente clara, la conexión con el delito doloso correspondiente, al no caber ya duda de la exigencia de coincidencia de la parte objetiva de la conducta; 2.º el artículo 565.4 conecta nuevamente el hecho culposo con el delito doloso correspondiente para la determinación de la pena, obligando a degradar la pena *del último* si fuera necesario para mantener la proporcionalidad de la diferente gravedad del injusto respectivo; 3.º el artículo

(89) V., más y muy extensamente por todos sobre la postura jurisprudencial y la elaboración doctrinal contraria, en especial a partir de las decisivas aportaciones de Arturo Rodríguez Muñoz, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, I, cit.*, p. 368 y ss.; y en relación con la reforma objeto de este trabajo, MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón, cit.*, p. 50 y ss., aunque plantea la duda de si la falta del artículo 600 lo es de *crimen culpa*, al no hallarse ligada ni al delito doloso de daños ni a la correspondiente falta dolosa; pero ello es así porque no se vincula la modalidad culposa (art. 600) a los límites diferenciadores entre delito y falta dolosos (es decir, superior o inferior a 30.000 ptas.), sino a otro límite distinto (2.200.000 ptas.), que deja fuera el resultado de la falta y parte del de los delitos dolosos, por lo que era innecesario, por obvio e inexacto, que dijera la Ley en el artículo 600: «que de mediar dolo constituiría delito»; pero es en el delito donde hay que encontrar la vinculación con la conducta típica de daños culposos.

(90) En este sentido ya RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General, cit.*, p. 491.

(91) V., a favor de la aplicación del artículo 71 también en las faltas, JOSÉ ANTON ONECA, *Derecho Penal, Parte General, 2.ª ed.*, (a cargo de J. J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino), «Akal», 1986, p. 494.

lo 563.2, que no hay que olvidar que remite el artículo 565, se configura como modelo de la tesis propuesta, pues no tiene un tipo completamente independiente al subordinarse a la misma conducta objetiva que los daños dolosos del artículo 563.1; y ello ha sido así *precisamente* para introducir limitaciones en el tipo por razón de la gravedad del resultado (92).

Puesto que parece más correcta la solución del concurso en el ejemplo expuesto de concurrencia de lesión de bienes jurídicos heterogéneos (vida, integridad personal, bienes patrimoniales), lo mismo ha de valer para las demás hipótesis. Así, cuando se producen varios resultados de daños y son diferentes los sujetos pasivos, siempre que la cuantía de cada daño por sujeto pasivo supere la del Seguro Obligatorio, esto es, 2.200.000 de ptas.: si un camión colisiona con dos autobuses pertenecientes a dos propietarios diferentes como consecuencia de la conducta imprudente del conductor del primero, y el valor de los daños materiales ocasionados en los autobuses supera cada uno aquella cantidad, habrá dos delitos culposos de daños. Ahora bien, si además provocó daños en un tercer vehículo por una cantidad inferior a la indicada, nos encontramos en relación con éste ante un supuesto distinto, pues el hecho será penalmente atípico. Al igual que si lo acaecido fue una colisión en cadena con diez automóviles, produciendo únicamente daños por valor de 300.000 ptas., en cada uno de ellos (daños que suman un total de 3.000.000 de ptas.) tampoco habrá un delito (o falta, dado que el límite por el resultado es idéntico en ambos casos) de daños por imprudencia, al haber sido despenalizados, puesto que no es posible acumular los plurales resultados, por ser cada uno de ellos atípico singularmente considerados (93). A estos resultados en la valoración jurídico-penal han de llegarse tanto si se parte de la tesis del *crimen culpae* como de los *crimina culposa*, pues en lo único en que difieren en este punto, en el tratamiento penal de la pluralidad de resultados típicos, pero no en la consideración de su tipicidad misma.

Frente a esta conclusión, y en relación con los daños múltiples, se ha defendido la tesis de que aquí será aplicable la continuidad delictiva, es decir, las reglas que para el llamado delito continuado previene el artículo 69 bis del Código penal (94). Y, así, se argumen-

(92) Y ello no se debilita a pesar de la supresión, también en 1989, del último párrafo del artículo 565, cuando decía «el mismo delito cometido intencionadamente». V., CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, I, cit.*, p. 371, núm. 10.

(93) También en contra de la acumulación de los resultados, GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima, cit.*, MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón, cit.*, p. 55 y ss. (al menos en el caso de la imprudencia temeraria).

(94) V., VIVES ANTÓN, *La Reforma penal de 1989, cit.*, p. 33; «En efecto, si el artículo 69 bis, donde se produce una unificación legal de varias acciones naturalmente distintas, se prescribe la imposición de la pena, en las infracciones contra el patrimo-

ta: «si un solo hecho imprudente causa, v. gr. daños de 50.000 ptas., a cada una de las cien personas que viajan en un autobús, y todas ellas presentan la denuncia, podrá apreciarse, según la imprudencia que concurra, el delito del artículo 565 o la falta del artículo 600» (95). Sin embargo, no puede aceptarse este planteamiento de acumulación de todos los resultados, ni siquiera mediante la figura del delito continuado, por varias razones (96). En primer lugar, por la misma naturaleza del delito continuado, que no deja de ser una variante, una excepción a las reglas del concurso real delitos, o lo que es lo mismo, presupone una auténtica *pluralidad de acciones* que da lugar a otros tantos delitos que se integran en uno solo (el delito continuado; art. 69 bis: «realizare una pluralidad de acciones y omisiones») (97); mientras que el punto de partida de la hipótesis que se está analizando es la existencia de *una única acción* con pluralidad de resultados y extender aquélla en ésta significaría una aplicación analógica perjudicial para el reo. Por otro lado, la figura del delito continuado constituye tan sólo un procedimiento para la aplicación de las penas una vez que *cada una* las acciones ha franqueado el umbral de lo ilícito penal (art. 69 bis: «*infrinjan* el mismo o semejantes preceptos penales») y únicamente entonces entrará en juego. Por tanto, y aun aceptando un supuesto de hecho distinto al planteado (esto es, una sola acción con varios resultados de daños), en el que nos encontráramos con varias acciones imprudentes que hubieran producido otros tantos daños, de éstos podrán ser tomados en consideración únicamente los que por sí solos rebasen la cuantía del Seguro Obligatorio.

En relación con esta afirmación no es óbice que el artículo 69 bis admita la posibilidad de que se ofenda a uno o varios sujetos pasivos o de que cuando se trate de infracciones contra el patrimonio se imponga la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado, pues sigue faltando el presupuesto de aplicación de dicho artículo: que las acciones individuales constituyan por sí mismas infracción penal. El efecto que se pretende con estas dos últimas reglas es, entre otros que ahora no interesan, permitir que varios hechos constitutivos de otras tantas faltas —¡ya ilícitos penales!— puedan pasar a formar una infracción penal más grave, es decir, delito, pero, insistamos,

nio, «teniendo en cuenta el perjuicio total causado», en la imprudencia, donde el mal ha de ser contemplado globalmente y donde los diversos resultados lesivos son consecuencia de una sola acción parece que habrá de procederse del mismo modo».

(95) VIVES ANTON, *La Reforma penal de 1989*, cit., p. 33. De acuerdo con este autor, BAIJO FERNÁNDEZ, *La actualización del Código Penal de 1989*, cit., p. 28.

(96) Se ha pronunciado expresamente contrario a la tesis de Vives, GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima*, cit.

(97) Expresamente en este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., p. 862; se infiere en CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, I, cit.*, p. 370, núm. 7. V., sin embargo. COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 542, aceptan el delito continuado en el concurso homogéneo, tanto real como ideal, siguiendo a Fernando Mantovani.

ni ellas ni el conjunto de la figura del delito continuado admiten la recalificación de un hecho —o varios— atípico, pues esta función corresponde previamente a los respectivos tipos penales de la Parte Especial del Código penal (98). Por último, no parece que esta figura de la continuidad delictiva se concilie bien con la comisión culposa (y siempre que estemos en pluralidad de acciones, no sólo de resultados), dados los términos que se utilizan por la Ley para definir el componente subjetivo de aquélla: el plan preconcebido o el aprovechamiento de idéntica ocasión implican o presuponen el dolo del agente (99).

En conclusión, no procede aplicar el delito continuado a los delitos culposos por ser ajeno a ellos (sólo cabe en los delitos dolosos, o al menos es discutible su extensión a los culposos), y mucho menos cuando únicamente hay una acción culposa (sólo se aplica cuando hay pluralidad de acciones u omisiones) y los resultados individualizados no son previamente típicos (deben superar por separado y en atención del sujeto pasivo la cuantía del Seguro Obligatorio), pues en estos últimos casos se infringiría el principio de legalidad. La voluntad terminante de la Ley es la de su despenalización y a ella debe ser fiel el intérprete.

Si por un camino u otro se llegara a la acumulación de resultados,

(98) Por otro lado, obsérvese lo anómalo de la situación que se originaría, puesto que por un lado se lograría convertir el hecho en ilícito penal, pero no afectaría a su calificación de delito o falta, ni en la fijación la pena se podría tener en cuenta el perjuicio total causado a pesar de «ser» infracciones contra el patrimonio (arts. 563.2 o 600) al depender dicha calificación tan sólo de la gravedad de la conducta imprudente (esto es, temeraria o simple), por lo que no sería posible dar cumplimiento al mandato legal del artículo 69 bis.

(99) Lo rechazan también de forma expresa, Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal Español, II, El hecho punible*, «Akal», Madrid, 1985, p. 209 («ya que un dolo de continuación no podría fundamentarse en un hecho de esta naturaleza»); BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal, Parte General, cit.*, p. 304 («discutible es, sin embargo, la posibilidad de delito continuado en los hechos culposos; pareciera rechazada por las expresiones *plan* —que supone dolo— y *aprovechamiento* —que presupone dolo; pero teóricamente no habría razón para ello si se utiliza la perspectiva del sujeto responsable —en vez de «aprovechando» usar «con motivo de»); GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima, cit.*; se infiere en MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General, cit.*, p. 596 y ss. (cuando distingue en el elemento subjetivo del delito continuado un dolo conjunto y otro correspondiente el dolo unitario, en alusión a la disyuntiva que presenta el texto legal). Sin embargo, y de forma aislada, parece aceptarlo el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de octubre de 1983 («cabe desde el riguroso dolo unitario —plan preconcebido— hasta la simple reiteración de la mera culpa que puede darse en la simple actuación ocasional») y se adhiere a ella SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa, cit.*, p. 208; sin embargo, en la doctrina jurisprudencial parece claro el presupuesto doloso del delito continuado en todas las sentencias en las que enumera los requisitos del mismo; sentencias de 8 de marzo de 1989 («unidad de designio o propósito que revela dolo unitario y se traduce bien en ejecución de un plan preconcebido o bien en el aprovechamiento de idéntica ocasión») y de 18 de marzo de 1989. Admitía su posibilidad teórica, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General, cit.*, p. 502.

carecería de aplicación lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta (100) de la Ley de Actualización de 1989, que si bien es cierto que es precepto adjetivo, reafirma el contenido de la voluntad de la Ley sustantiva y fortalece el criterio que se propugna, por ser fiel a la misma. En efecto, una vez aceptada la acumulación de daños inferidos a titulares diferentes, tal acumulación no habría de experimentar limitación alguna (siempre que lo fuera en relación con una misma conducta contraria al deber objetivo de cuidado), y todos ellos podrían ser denunciante a título propio y no a expensas de que lo hiciera previamente otro perjudicado (?) como previene la citada Disposición Adicional, la cual devendría supérflua por lo menos en lo que respecta a los artículos 563.2 y 600, a salvo de otras responsabilidades civiles. Muy al contrario, sólo después de que el perjudicado por la infracción penal dañosa (por tanto, por cuantía superior a 2.200.000 ptas.), o sujeto pasivo de la misma, haya presentado la oportuna denuncia, podrán comparecer los demás perjudicados por los daños sufridos que no constituyan ilícito penal, sino únicamente civil.

6. ¿REMISION CONDICIONAL DE LA CONDENA?

Baste en relación con este asunto un breve apunte. El artículo 94, núm. 2 del Código penal prevé la aplicación, por ministerio de la Ley, de la condena condicional en los delitos «que se persiguen a instancia del agraviado, si mediase solicitud expresa de la parte ofendida». Se plantea entonces la duda de si podrá entrar aquí en juego este beneficio de suspensión de la ejecución de la pena —siempre que concurren las condiciones generales—, en concreto en las infracciones culposas que se persiguen previa denuncia del ofendido o perjudicado. La duda surge puesto que señala el Código que ha de tratarse de delitos que se persiguen a instancia del agraviado, lo que obliga a resolver si se refiere a los llamados delitos privados, como se suele entender cuando aquella expresión se interpreta en sentido estricto, o si se extiende a todos los delitos no públicos.

Los autores han resuelto la cuestión, entre otros argumentos, acudiendo al texto original de la Ley de 17 de marzo de 1908, sobre Condena Condicional, que aunque ha sido derogada en este punto, incluía expresamente tanto los delitos privados como los semipúblicos

(100) Dicha Disposición Adicional reza como sigue: «Cuando mediando denuncia o reclamación del perjudicado se incoe un procedimiento penal por hechos constitutivos de infracciones previstas y penadas en los artículos 563, párrafo segundo, 586 bis y 600 del Código penal podrán comparecer en las diligencias penales que se incoen y mostrarse parte todos aquellos otros implicados en los mismos hechos que se consideren perjudicados, aunque la cuantía de los daños que reclamen no exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio».

o semiprivados, y la consideran aplicable también a éstos también en la actualidad (101). Por consiguiente, también cabría la remisión condicional de la condena en los delitos culposos que se persiguen mediante denuncia, incluidas formalmente las faltas, aunque en la práctica resulta inaplicable a ellas, a la vista del período de suspensión que fija el Código penal (de dos a cinco años, art. 92.2).

7. CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD. OTROS ASPECTOS PROCESALES

Con el fin de conseguir mejor sus designios político-criminales y una coherencia normativa, el legislador ha previsto ciertas innovaciones, de naturaleza principal o exclusivamente procesal. De todos modos, su análisis, que necesariamente ha de ser breve, contribuye a dar una más precisa y completa perspectiva de conjunto de los efectos que la Reforma de 1989 ha supuesto en su aspecto sustantivo, es decir, para las infracciones culposas que se han mantenido en el ámbito penal.

7.1. Condiciones de perseguibilidad: la denuncia

La reforma del Código penal de 1989 se ha inclinado por la «privatización» de la mayor parte de las infracciones culposas, en un claro intento de alejar de la jurisdicción penal aquellas infracciones por las que el interesado no manifieste una firme voluntad de que sean perseguidas penalmente. Como ya dije más arriba, las limitaciones comentadas en los epígrafes anteriores y éste otro de índole procesal son los instrumentos de que se ha valido el legislador para conseguir una importante reducción de la inflación a que se han visto sometidos los Tribunales o jueces de lo penal. De acuerdo con este propósito se ha introducido como novedad la necesaria y previa denuncia del ofendido o del perjudicado. Es cierto, no obstante, que, por un lado, la introducción de esta condición de procedibilidad no ha sido exclusiva de las infracciones culposas, pues también se ven sometidas a ella otras de naturaleza dolosa a partir de 1989 (p. ej., las faltas de los arts. 585, 586, 589, 590, 594) y ya lo estaban otros delitos también dolosos con anterioridad a la reciente Reforma. Y, por otro, que el carácter público, y por tanto su persecución de oficio desde el momento en que la autoridad judicial adquiera la *notitia criminis*

(101) En este sentido, DEL TORO MARZAL, *Comentarios al Código penal, II, cit.*, p. 523 y ss.; MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón, cit.*, 203 y ss. Sin embargo, se desprende una interpretación restrictiva en ANTON ONECA, *Derecho Penal, Parte General, cit.*, p. 565.

(aunque sometido al principio acusatorio) se ha mantenido en la imprudencia temeraria y en las demás figuras culposas específicas constitutivas de delito diseminadas en el Libro II, salvo cuando aquélla (la temeraria) consista en daños materiales.

En resumen, la situación es como sigue: es necesaria la previa denuncia (102) del ofendido o del perjudicado cuando se trate de imprudencia simple, con independencia de cuál sea el resultado típico (arts. 586 bis 3 y 600.3) (103), y los daños (o incendios, en su caso) culposos producidos por imprudencia temeraria (art. 563.2) (104). Se persiguen de oficio los demás delitos de imprudencia temeraria encuadrables en el artículo 565.1 o 2 del Código penal (y los concretos delitos culposos del Libro II).

Lo primero que llama la atención es la diversidad de apelaciones con que figura el denunciante: «ofendido», «persona agraviada» y «perjudicado». No cabe duda de que los dos primeros apelativos son sinónimos y que se traducen en el sujeto pasivo, esto es, en el portador del bien jurídico lesionado, quien padece la conducta delictiva. Normalmente aquél se distingue del perjudicado, que comprende «toda persona que haya sufrido un perjuicio material o moral por la comisión del delito aunque no sea portador del bien jurídico lesionado...» (105); por tanto, perjudicado es quien posee las acciones civiles para ser resarcido o compensado por el mal sufrido a consecuencia del delito. A partir de aquí, no se entiende qué es exactamente lo que ha pretendido el legislador al utilizar la palabra «perjudicado», pues aparentemente sugiere también un significado equivalente al de sujeto pasivo y, por tanto, al de «ofendido». Sin embargo, puesto que el legislador ha utilizado un término distinto, parecería que distinto es también el sentido que ha querido dar al término discutido, sin perjuicio de hacer notar que tanto en el Preámbulo como en el artículo 602 los términos «ofendido», «agraviado» y «perjudicado»,

(102) La instrucción al ofendido del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso prevista en el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha de entenderse como la información que se le ha de suministrar sobre la posibilidad de presentar denuncia y las consecuencias procesales que ello comporta, sin modular su voluntad de presentar o no denuncia.

(103) Según el artículo 586 bis 3; «Las infracciones penadas en este artículo sólo serán perseguibles previa denuncia del ofendido». De acuerdo con el artículo 600.3: «Las infracciones previstas en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia del perjudicado».

(104) Dice así el segundo inciso del artículo 563.2: «Las infracciones a que se refiere este apartado sólo serán perseguibles previa denuncia del perjudicado y, en su defecto, de sus herederos o representante legal. El Ministerio Fiscal podrá denunciar en los casos que considere oportuno, en defensa de la persona agraviada, si ésta fuere de todo punto desvalida». Encontramos precedentes de la necesidad de denuncia en los delitos y faltas de daños culposos en el Proyecto de Código Penal de 1990 (art. 282 y 668) y en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983 (art. 267 y 598).

(105) CERREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, I, cit., p. 300.

parece que son utilizados indistintamente con el mismo significado, lo que acrecienta la perplejidad del intérprete (106).

Por consiguiente, no se sabe muy bien quién es el perjudicado, si el sujeto pasivo o cualquier otro, incluido el sujeto pasivo, que ha experimentado un perjuicio. Esta imprecisión o ambigüedad ha dado motivo a que se haya propuesto que por perjudicado habrían de entenderse «todas aquellas personas, físicas o jurídicas, que sufren una lesión corporal, una pérdida patrimonial o un perjuicio moral o material, vinculado causal y directamente, de forma mediata o inmediata, al daño sufrido por la cosa respecto de la que ostentan un derecho o un interés legítimo» (107). Sin embargo, si por daño debemos entender, en sentido estricto, la destrucción, menoscabo o inutilización de la cosa (es decir, la lesión del bien jurídico), y si tenemos presente que la Disposición Adicional Cuarta, mencionada más arriba, indica que tras la denuncia del perjudicado podrán comparecer otros que se consideren perjudicados aunque la cuantía de los daños que reclamen no exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio, ello significa que sólo puede presentar denuncia quien ha sufrido daños en sentido estricto por encima de la cuantía del Seguro Obligatorio (2.200.000 de ptas., en estos momentos), y que sólo éstos son computables a los efectos de la denuncia, pues los daños (o mejor: la cuantía de los mismos) de los otros perjudicados que señala la citada Disposición Adicional son utilizados también en aquel sentido (sin que obste ello a la legitimación para reclamar otras indemnizaciones, como veremos más abajo), es decir, los que podrían dar lugar a la existencia del delito también en relación con estas personas de cubrirse el mínimo exigido por el tipo. Otra interpretación correría el riesgo de desvirtuar el concepto de daños típicos, añadiendo otros sólo apreciables en la responsabilidad civil. Pero es que, además, con una concepción tan amplia del perjudicado la aplicación de esta Disposición Adicional carecería de sentido, al poder ejercitar directamente la acción penal mediante la denuncia todos los perjudicados con independencia de su condición o no de sujetos pasivos del delito, sin necesidad de acogerse al beneficio que les pretende reconocer dicha Disposición, que sería entonces innecesaria. En conclusión, perjudicado, y por tanto, legitimado para presentar la denuncia que dará lugar a que se incoe el procedimiento penal, es el sujeto pasivo del delito. Admitiendo esta interpretación, parecería que el legislador ha querido aludir con tan desafortunada expresión, cuando menos confusa, a la

(106) Por ejemplo, la Disposición adicional cuarta, cuando utiliza el término perjudicado vinculado a la denuncia y se refiere no sólo a las infracciones de los artículos 563.2 y 600, sino también al 586 bis.

(107) BARRÓN DE BENITO, *La Reforma de la imprudencia punible*, cit., p. 48, quien, aceptando las resistencias que puede encontrar en los Tribunales tal amplio concepto, incluye al propietario del vehículo dañado, el poseedor de algún título legítimo (como el arrendamiento) y a las compañías de seguros.

posibilidad, particularmente en relación con los vehículos de motor, de que sea un tercero el titular del bien jurídico lesionado (el propietario del vehículo) y no el que experimenta directamente la acción imprudente (p. ej., el conductor del vehículo colisionado por otro) (108), o tal vez ha querido marcar las diferencias entre el sujeto pasivo-titular del bien jurídico estrictamente personal (como es la vida o la integridad personal) y el del bien patrimonial, lo que desde un punto de vista dogmático no encontraría fundamento alguno.

Junto al ofendido y al perjudicado, pero en defecto de éstos, la Ley prevé que puedan presentar la denuncia los herederos o el representante legal, así como el Ministerio Fiscal, en los casos en que lo estime oportuno, en defensa de la persona agraviada, si ésta fuere de todo punto desvalida (109). Bien entendido que la intervención de aquéllos está condicionada a que el perjudicado no esté en condiciones de presentar la denuncia, caso de que haya fallecido o no tenga capacidad para comparecer, respectivamente, pero no si no ha querido ejercitar su derecho de persecución. Por su parte, la intervención del Ministerio Fiscal, se corresponde con lo preceptuado con carácter general en su Estatuto Orgánico (art. 3.7).

Es sorprendente (o a mí me lo parece) que el legislador haya renunciado a la intervención judicial de oficio cuando se trate de la falta de homicidio simple, sea o no antirreglamentaria (art. 586 bis). Si bien puede ser compartible esta solución en relación con las lesiones corporales, a pesar de que el resultado llegue a ser en ocasiones especialmente grave, no puede serlo cuando estamos ante un homicidio, aunque haya sido cometido por simple imprudencia. El principio de intervención mínima, la racionalización y economía procesal con la consiguiente descongestión de los Tribunales de Justicia, no avalan suficientemente semejante restricción, dada la especial relevancia del bien jurídico implicado, de indiscutible y acentuado interés general (110). Piénsese, por otro lado, que si el fallecido no tiene herederos conocidos, está vetada la persecución penal, pues el supuesto escapa de las facultades atribuidas al Ministerio Fiscal por la Ley. Y

(108) Sin embargo, no es definitiva o única esta explicación, puesto que el origen de la expresión perjudicado (precisamente como legitimado para presentar la denuncia a la que me refiero en el texto) debemos encontrarlo en el Proyecto de 1980 (arts. 282 y 668) y en la Propuesta de Anteproyecto de 1983 (arts. 267 y 598), en los que sería más probable la siguiente interpretación que se propone en el texto.

(109) V., artículo 563.2, tercer inciso, transcrito más arriba. En términos semejantes el artículo 602 para las faltas: «En las faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado, en defecto de éstos, podrán también instar la incoación del procedimiento sus herederos o su representante legal. El Ministerio Fiscal podrá denunciar, en defensa de la persona agraviada si ésta fuere de todo punto desvalida».

(110) Razón por la cual no se convence los argumentos que se aportan en el Preámbulo de la Ley: «Con ello no se pretende limitar el acceso a los Tribunales de Justicia, sino evitar una actuación de éstos innecesaria por no requerida, *no dándose un interés general suficiente* que aconseje mantener el sistema hasta ahora vigente». El subrayado es mío.

de la mano de éste entramos en otro problema de índole procesal, que sólo apunto ahora. A diferencia de otros delitos en los que es necesaria la denuncia del ofendido, en los cuales el Juez no tiene que entrar a una inicial valoración del hecho (p. ej., que exista o no violación), aquí nos encontramos con que un homicidio (o unas lesiones corporales) cometido por imprudencia, se perseguirá de oficio o será precisa la previa denuncia según que aquélla fuera temeraria o simple; pero apreciar al menos los indicios de este extremo debe quedar siempre en manos del Juez, con el fin de poder cumplir con el mandato legal de perseguir de oficio o no perseguir si no media denuncia. Únicamente cuando los indicios revelen una posible imprudencia simple deberá abstenerse de continuar. Y lo mismo cabría decir cuando trata de depurar si el hecho fue cometido dolosa o culpablemente (111). Con lo cual, si por lógica no está vetada la invertención del Juez (y, en su caso, del Ministerio Fiscal), en la praxis habrá que fijar el procedimiento a seguir en estos supuestos (112).

En cuanto a los daños culposos, y de forma coherente con lo defendido más arriba, no será suficiente la denuncia conjunta de varios perjudicados cuyos daños sumen globalmente más de 2.200.000 pesetas, pero no cada uno (o al menos uno) por separado. Y, por otro lado, a pesar de que no se ha incluido de modo expreso una excepción similar a la del artículo 467.3 para los delitos de injurias o calumnias, el Ministerio Fiscal está obligado a ejercitar la acción pública que le corresponde cuando los daños culposos recaigan sobre bienes de titularidad pública (Estado, Comunidades Autónomas y otras Corporaciones), dado el principio de no transacción, disponibilidad o condonación que rige en estos casos (113).

La presentación o no de denuncia por quien esté legitimado condiciona la aplicación de la regla concursal del artículo 340 bis c del Código penal (114), al disponer que «cuando de los actos sanciona-

(111) V., al respecto, MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, cit., p. 107 y ss., quien por tal motivo entiende, y comparto, que se mantiene el deber del llamado parte médico, al no corresponder al facultativo la calificación jurídicopenal del hecho por el que ha tenido que actuar profesionalmente. Por extensión, también vienen obligados a denunciar las personas que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que por ello este acto tenga los efectos procesales que estamos estudiando en el texto.

(112) MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, cit., p. 109, indica que el Juez tramitará de oficio al correspondiente procedimiento abreviado o acordará el libre sobrecimiento, con reputación del hecho como constitutivo de posible falta, según corresponda.

(113) Téngase en cuenta que en los delitos indicados la excepción incluye no sólo al Estado u otras personas jurídicas públicas, sino también a la autoridad pública. Cuando los bienes del Estado sean de naturaleza privativa, esto es, no públicos, la cuestión es discutible, y es posible admitir que la acción quede en manos del abogado del Estado.

(114) Como apunta BARRÓN DE BENITO, *La Reforma de la imprudencia punible*, cit., p. 46.

dos en los dos artículos anteriores se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada». En las escasas hipótesis en las que sea de preferente aplicación la pena de la infracción culposa de resultado material que requiera denuncia previa, si ésta no ha ocurrido no ha lugar tampoco, lógicamente, a la aplicación de la regla concursal (115).

7.2. Comparecencia de terceros como parte

La Disposición Adicional Cuarta prevé que una vez producida la denuncia del perjudicado podrán comparecer en las diligencias penales que se incoen y mostrarse parte todos aquellos otros implicados en los mismos hechos que se consideren perjudicados, aunque la cuantía de los daños que reclamen no exceda de la del Seguro Obligatorio.

La previsión legal obedece a razones de economía y agilización procesal, de modo que todos los interesados puedan comparecer en un mismo proceso, aunque algunos de ellos como actores civiles, puesto que si no se hubiera establecido así, estos últimos no sólo no podrían incorporarse a tal proceso sino que tendrían paralizada también su acción en otro civil distinto hasta que no hubiera recaído sentencia firme en la causa criminal (art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Tres son los grupos de personas que pueden acogerse a este beneficio procesal: 1.º quienes siendo igual que el denunciante sujetos pasivos del delito o falta (por tanto, han podido sufrir, p. ej., daños por valor superior a 2.200.000 ptas., o un mal a las personas del art. 586 bis) no han querido ejercitar la acción penal que poseen para la persecución del autor, pero sí obtener del mismo las indemnizaciones civiles que les correspondan (116); 2.º aquéllos que han sufrido también daños, pero ahora despenalizados, esto es, inferiores a la cuantía del Seguro Obligatorio, y, por consiguiente, no poseen la acción penal, o lesiones culposas despenalizadas; 3.º los terceros que han sufrido daños o perjuicios de naturaleza «puramente» (pues los anteriores también lo son) civil, esto es, no consistentes en la destrucción, menoscabo o inutilización de la cosa (p. ej., otros daños materiales —como el lucro cesante— o morales, incluidos los gastos realizados por centros sanitarios y compañías de seguros, aunque sobre este particular se ha mostrado reticente la jurisprudencia hasta 1989).

El beneficio procesal acoge a los mencionados siempre que lo ha-

(115) La Reforma de 1989 ha suprimido del artículo 340 bis a, núm. 2, el resultado de peligro concreto para los bienes.

(116) V., no obstante, lo prevenido en el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

gan en virtud de hechos constitutivos de infracciones penales de los artículos 563.2, 586 bis y 600, es decir, las culposas que requieren previa denuncia, pero no así cuando se trate de imprudencia temeraria del 565.1 y 2, por el que se actúa de oficio, de modo que estarían excluidos los terceros que han experimentado daños civiles por cuantía inferior a la del Seguro Obligatorio en relación con la conducta de imprudencia temeraria subsumible en el artículo 565.1 o 2. Quizá el mismo espíritu agilizador (pensando en particular en el tráfico motorizado) debería haber permitido incluir estos supuestos (117). Por otro lado, conviene insistir en que la remisión a los citados artículos implica no sólo la alusión a daños o perjuicios materiales, sino también a lesiones corporales no penadas por el artículo 586 bis, o lo que es lo mismo, atípicas desde 1989, en los términos que se expusieron más arriba.

7.3. El perdón y sus efectos

La innovación legislativa relativa a estas infracciones culposas que se persiguen mediante denuncia del ofendido o perjudicado ha tenido como consecuencia la facultad del perdón que se les otorga a éstos de forma automática, según establece el artículo 25 del Código penal (118). Aunque dicho precepto utiliza la expresión «delitos», no cabe duda que el perdón se extiende también a las faltas, por el principio de quien puede lo más puede también lo menos, por lo que aquel término ha de interpretarse en sentido amplio, al igual que sucede en otros muchos pasajes del Código penal (119).

Como es sabido, el perdón extingue la acción penal, a causa de la renuncia, dando lugar al sobreseimiento si se halla en trámite el proceso, y la responsabilidad penal (art. 112, núm. 5 del Código penal). Pero la cuestión es hasta donde llegan sus efectos, y en particular, si se ven también afectados en el proceso penal, por pérdida del soporte de la acción penal que poseía el perdonante —quien a su

(117) Del mismo modo se manifiesta Medina Crespo cuando los daños culposos penalmente irrelevantes se ocasionan con conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o por temeridad manifiesta. V., MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, cit., p. 122 y ss., quien para el supuesto expuesto en el texto se inclina por una aplicación analógica de la Disposición Adicional Cuarta (log. cit., 86).

(118) Conforme al artículo 25: «El perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal. Se exceptúan los delitos que sólo pueden ser perseguidos mediante denuncia o querrela del agraviado, salvo disposición contraria de la Ley. La responsabilidad civil, en cuanto al interés del condonante, se extingue por su renuncia expresa». V., también el artículo 106 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(119) Así también ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 606; Alejandro DEL TORO MARZAL, *Comentarios al Código penal*, II, cit., 61; GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima*, cit.

vez presentó la denuncia en su momento—, los terceros que han comparecido en el proceso acogiéndose a lo prevenido en la Disposición Adicional Cuarta, o si, por el contrario, podrán por sí solos ejercitar la acción penal y/o civil. En primer lugar, si hubo otros denunciante, la acción penal y el proceso se mantendrán en virtud de la denuncia de éstos. Si alguno de los actores civiles comparecientes no ejercitó mediante la denuncia pertinente la acción penal pudiendo haberlo hecho, podrá acogerse a lo que dispone el artículo 107 y, en su caso, 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y continuar el mismo proceso. Los demás actores civiles, incluso los que experimentaron daños (o lesiones) destipificados no están facultados por la Disposición Adicional Cuarta en ningún supuesto a comparecer o continuar por sí solos en el ejercicio de la acción penal, que no poseen ni se les otorga en momento alguno, por lo que estarán sometidos a la suerte que corra la acción penal y a lo que sobre ella decida el denunciante, salvo que se mantenga o se incorpore otro denunciante poseedor de la acción penal (120). Entenderlo de otro modo y suponer que su reconocimiento como «parte» a todos los efectos (penales y civiles) les faculta para ejercitar autónomamente las acciones penales (121), sería reconocerles también, en último extremo, como sujetos pasivos del delito o falta, cuando no lo son, o desvirtuar al menos la naturaleza y efectos propios del perdón y negar el señorío que la Ley otorga al denunciante, pues en esa comprensión el Juez estaría obligado a dictar sentencia y condenar penalmente, en su caso, a pesar del perdón del sujeto pasivo. Por semejantes motivos estimo que el Juez no deberá pronunciarse en ese mismo proceso de las eventuales responsabilidades civiles derivadas del delito, sino que los demás perjudicados civiles, al conservar sus acciones de esa naturaleza, deberán acudir a un nuevo pleito civil.

7.4. Reconsideración de los llamados delitos semipúblicos o semiprivados

Una vez concluida la exposición del marco en que discurren los anteriores trámites procesales, parece oportuno hacer mención ahora de cómo ha quedado afectada la naturaleza de los delitos y faltas del Código penal atendiendo a la existencia o no de dicha condición de procedibilidad y a sus efectos e incidencias (122). En efecto, tradicionalmente en la literatura jurídicopenal (sin entrar ahora en la posi-

(120) De este parecer, MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y al perdón*, cit., p. 86.

(121) Así se pronuncia GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, *Los daños a la propiedad y el principio de intervención mínima*, cit.

(122) Según ha puesto de relieve, acertadamente, MEDINA CRESPO, *Las nuevas figuras de la imprudencia punible y el perdón*, cit., p. 76 y ss.

ble incorrección de la terminología que se ha solido utilizar, en ocasiones discutida) se venían distinguiendo tres clases de infracciones penales: delitos públicos, privados y semipúblicos o semiprivados, según se persiguieran, respectivamente, de oficio, mediante querrela (a instancia de parte, sin intervención del Ministerio Fiscal) o previa denuncia del interesado o de las personas llamadas a sustituirle. Sin embargo, a partir de la Reforma de 1989 esta última categoría admite y hasta exige una ulterior separación, a la vista de los diferentes efectos jurídicos que pueden derivarse.

Por un lado, hay un grupo de delitos en los que es necesaria la denuncia del ofendido para que se inicie el procedimiento, pero una vez ocurrida aquélla éste no puede paralizarse por voluntad del ofendido denunciante, pues el perdón del mismo está expresamente excluido y no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase, como sucede con los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y raptó (123). Virtualmente se convierten en delitos de oficio a partir de la presentación de la oportuna denuncia. Mientras que en otro grupo de delitos, entre los que se encuentran las infracciones culposas mencionadas, si bien es precisa igualmente la denuncia para que el procedimiento se inicie e intervenga el Ministerio Fiscal, el perdón del ofendido ejerce sus efectos en los términos ya señalados.

Se les ha denominado (124), respectivamente, delitos semipúblicos y semiprivados, en atención a su mayor proximidad con los públicos o privados, es decir, al menor o mayor protagonismo reconocido a la voluntad privada en el proceso. Y si bien es cierto que su denominación puede resultar convencional, no lo es menos que en la actualidad pueden distinguirse cuatro auténticas categorías de delitos en atención a sus repercusiones procedimentales propias y bien diferenciadas.

7.5. Régimen transitorio

Cuando los hechos presumiblemente constitutivos de delito hubieran sido cometidos antes de la entrada en vigor de la Ley de Actualización del Código penal (el 13 de julio de 1989) y la tramitación

(123) Téngase en cuenta que la Ley de Actualización del Código penal de 1989 ha modificado en esta dirección el artículo 443 del Código penal tales limitaciones ya iniciadas en relación con el delito de violación por la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código penal, 3/1983, de 25 de junio. Dice así el artículo 443 en su redacción de 1989: «Para proceder en los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y raptó bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal cuando se tratase de menores o incapaces. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase».

(124) MEDINA CRESPO, *Las figuras de la imprudencia punible y el perdón*, cit., p. 78 y ss.

del proceso se hubiere iniciado con posterioridad a aquélla, serán de aplicación las reglas generales, en especial las que afectan a la determinación de la Ley penal más favorable, de acuerdo con el principio de retroactividad de la Ley para estos casos (art. 24), que en esta ocasión y en relación con las infracciones culposas, habrá de ser especialmente frecuente y notables los problemas que se pueden generar, según la situación actual que describíamos más arriba (en el apartado 2) de despenalización total o relativa (125).

Interesa ahora mencionar el régimen temporal que la propia Ley de Actualización de 1989 establece en su Disposición Transitoria Segunda (126). Parece correcto lo que dispone para los hechos que resultan despenalizados por dicha Ley, de forma que el legitimado para ello puede renunciar al ejercicio de las acciones civiles que la asistan, archivándose lo actuado, o, en caso contrario, el Juez se pronunciará tan sólo sobre responsabilidades civiles y costas. Correcto y obligado, puesto que en estos casos entra con toda su fuerza el principio de retroactividad de la Ley penal favorable, que no ha sido restringido por la Disposición Transitoria, al tiempo que se garantiza una economía procesal y se evita el retraso en la obtención de las eventuales indemnizaciones civiles, no originando mayores inconvenientes al perjudicado con un posible archivo sin contar con su parecer, aunque no deje de ser sorprendente (si no anómalo) que en un proceso penal el Juez se pronuncie tan sólo sobre responsabilidades civiles y costas sin que exista un fallo penal, sea éste absolutorio o condenatorio.

Por el contrario, debe rechazarse la previsión de la misma solución y procedimiento para los hechos sometidos a régimen de denuncia pero no despenalizados (delitos y faltas), pues conforme a la misma significa que no se podrá condenar penalmente por aquéllos. Esta conclusión, que propicia el tenor literal del Texto legal, no puede compartirse, so pena de conculcar el derecho fundamental, constitucionalmente consagrado, de tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la

(125) V., sobre sus aspectos generales, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, I*, cit. p. 183 y ss. Sobre las particularidades de esta Reforma al respecto. V., FRANCISCO CAMBIANO PAJARES, *La Reforma del Código penal en la Ley de 21 de junio de 1989 en materia de faltas por imprudencia. Algo de su problemática*, en «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», núm. 1.544, p. 4403 y ss. (1989). V., también MARIANO MEDINA CRESPO, *Incidencia de la Ley Orgánica 3/89 sobre los procedimientos seguidos por imprudencias de resultado y resueltos por sentencia condenatoria firme pendiente de ejecución*, en «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», núm. 1.544, p. 4410 y ss. (1989).

(126) Dice así: «La tramitación de los procesos iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos el régimen de denuncia previa continuará hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal. Si continuare la tramitación, el Juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Constitución Española). Entiendo que no se trata, en sentido estricto, de una despenalización parcial, puesto que otros hechos semejantes realizados también con anterioridad (incluso en similares fechas), pero sin que se hubieran iniciado sus respectivos procesos penales por razones circunstanciales, podrán ser enjuiciados conforme a la nueva Ley con toda normalidad (y, sin la menor duda, los cometidos con posterioridad), ya que la citada Disposición Transitoria sólo es aplicable a los ya iniciados; de esta forma se acentúa la discriminación y el agravio comparativo y se desconoce el principio de igualdad de los españoles ante la Ley (art. 14 de la Constitución Española). Lo lógico es que quien tiene la facultad de denuncia para iniciar el proceso penal a partir de 1989 se pronuncie sobre ella y decida la continuación del *mismo* proceso o su renuncia a la acción penal. Pero como esta posibilidad ha sido implícitamente excluida por dicha Disposición Transitoria, no debería existir obstáculo procesal alguno para presentar la denuncia pertinente e iniciar la incoación de un nuevo proceso, con todo lo que tiene de absurdo y contrario al principio de economía procesal que parece informar por lo general a la Reforma de 1989. Estimar que no cabe fallo penal (condenatorio o absolutorio) por esos hechos, porque lo impidiera la referida Disposición Transitoria, sería, como decía, inconstitucional.

8. VALORACION DE LA REFORMA Y PERSPECTIVA POLITICO-CRIMINAL

A lo largo de las líneas precedentes se han ido exponiendo los juicios que merece el nuevo régimen de las infracciones culposas como consecuencia de las reformas experimentadas en 1989, y sería ocioso por tal motivo reproducirlos de nuevo aquí. Los objetivos del legislador han sido cumplidos en gran medida, partiendo del principio metódico de la intervención mínima, sin que se haya visto afectado el sistema ni la construcción dogmática de las infracciones culposas. Sin embargo, la proyección dogmática del tipo culposo sobre todo el sistema, en cuanto uno de sus ejes identificadores, ha provocado un efecto magnificador o de «rebote», en cuanto a sus efectos secundarios, en numerosas construcciones dogmáticas. Por ello no se ha previsto o no se ha podido evitar para la consecución de aquellos propósitos un cúmulo de contradicciones, desconexiones y defectos como los que se han ido apuntando en las páginas anteriores. Puede afirmarse que las estructuras decimonónicas del Código penal español han soportado la última revisión general posible. La necesaria armonía interna del texto legal fue rota hace ya tiempo por las numerosas reformas que ha sufrido el Código penal, pero ha llegado en este momento al paroxismo, de tal modo que ya no se reconoce a sí mismo. La coexistencia de diferentes y en ocasiones contrapuestas con-

cepciones jurídicas, políticas y éticosociales ha provocado la pérdida de una unidad de perspectiva.

Desde un análisis exclusivamente político-criminal la valoración crítica que merece esta despenalización parcial de las conductas culposas ya he dicho que no puede satisfacer por completo al no haber acogido el ideal del principio de incriminación excepcional y, consecuentemente, singularizado de estas conductas; en realidad rige la misma estructura vigente con anterioridad de castigar con carácter general las conductas culposas (aunque, como hemos visto, incorporando ahora notables limitaciones) mediante el sistema de las cláusulas generales (arts. 565, 586 bis y 600). Sin embargo, parece también explicable este parcial acercamiento al ideal político-criminal, dado el marco poco ambicioso de la Reforma, al menos cuantitativamente, pues, como ya he señalado, hubiera sido necesaria una revisión completa del Libro II del Código penal. Por otro lado, la eliminación de determinadas figuras, el paso de otras de delito a falta, el límite en la cuantía del daño y la exigencia de denuncia en ciertos casos, ya señalados, constituyen una auténtica despenalización (total o relativa), al haber eliminado del ámbito del Derecho penal, o rebajado sus consecuencias, auténticos supuestos de bagatela, con escasa relevancia ético-social o económica.

La superposición o solapamiento entre ilícito penal e ilícito civil ha sido en parte superada o reducida, desde el momento en que se deja nitidamente un campo exclusivo para este último (art. 1.902 del Código civil); es un paso de carácter cuantitativo en favor de la delimitación de ambos ilícitos que antes, incluso con ese criterio, resultaba prácticamente imposible (127). El riesgo que se ha mencionado en alguna ocasión de que la pretendida descongestión de la jurisdicción penal mediante el mecanismo despenalizador traslade de forma automática la carga correspondiente a la civil se ha querido prevenir por la Ley de 1989 con las previsiones de las Disposiciones Adicionales Primera a Tercera, en especial con el establecimiento del juicio verbal para las indemnizaciones civiles relacionadas con vehículos de motor, aunque parezcan inevitables ciertas dilaciones (p. ej., en materia de prueba) con el procedimiento actual (128).

El homicidio y las lesiones culposos cometidos por imprudencia simple con infracción de reglamentos son falta tras la reforma, mientras que antes de ella eran siempre constitutivos de delito. La duda

(127) V., ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Teoría de la Parte Especial del Derecho Penal*, III, ed., «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1965, p. 436 y ss. CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho (la responsabilidad civil del médico)*, cit., p. 97 y ss.

(128) En este sentido, MIGUEL A. FELIZ MARTÍNEZ, *Tratamiento de las lesiones y los daños en el Código penal después de la Reforma por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio*, en «La Ley», núm. 2.425, p. 2 (1990).

que se presenta es si no favorece una cierta desprotección de bienes jurídicos tan relevantes como la vida y la integridad personal. Si tenemos en cuenta que el principio de proporcionalidad (proyección, en último extremo, aunque no solamente, del principio de intervención mínima) que debe mantenerse entre la pena impuesta y la gravedad de la infracción se determina no sólo por el desvalor del resultado (aquí: la muerte o las lesiones corporales), sino también por el desvalor de la acción (aquí: una conducta que ha infringido de forma leve el deber objetivo de cuidado), no parece que tal principio de proporcionalidad resulte desconocido; más bien, al contrario, podría sostenerse que el legislador ha querido vincularse más escrupulosamente al mismo. Sin embargo, ya apunté que no comparto que un homicidio culposo, aunque lo sea por imprudencia simple, solamente pueda ser perseguido si media la previa denuncia de las personas que señala la Ley.

Lo que no parece justificable es que se haya mantenido el castigo de los daños culposos, incluso reconociendo la bondad de las importantes limitaciones introducidas. De acuerdo con la doctrina más extendida, debieran de haber sido apartados del ámbito penal y mantenidos exclusivamente como ilícito civil en orden al logro de las reparaciones e indemnizaciones correspondientes (art. 1.902 del Código civil) (129). Por este motivo deben estimarse también insuficientes las limitaciones introducidas por los últimos intentos de Reforma global del Código penal, como el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983 (ésta más restrictiva que aquél) (130), que se han quedado más cortas que las introducidas por la última reforma.

No obstante, frente a esta posición de radical despenalización, un sector doctrinal estima que deberían constituir ilícito penal únicamente los daños cometidos por imprudencia temeraria que lleven consigo una situación de riesgo general o lesiones personales, llevados del convencimiento de que las normas de la responsabilidad civil no pueden cumplir una función preventivo-punitiva y de que la impunidad podría dar lugar a graves consecuencias, como el previsible aumento de las conductas imprudentes en la circulación automovilística (o el

(129) Así, José CEREZO MIR, *Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, en «Problemas fundamentales del Derecho Penal», «Tecnos», Madrid, 1982, p. 358; el mismo, *Observaciones a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal*, en «Documentación Jurídica», núm. 37/40, p. 55 (1983); FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 7.ª ed., «Tirant lo Blanch», Valencia, 1988, p. 346; RODRÍGUEZ DEvesa, SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, cit., p. 385; ROMEO CASABONA, *Los delitos de daños en el ámbito informático*, cit.

(130) V., sobre el particular, más ampliamente, Agustín Jorge BARREIRO, *El delito de daños en el Código penal español*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», p. 526 y ss. y 530 y ss. (1983).

medio ambiente) (131). Sin embargo, la exigencia de riesgo general o riesgos para la integridad o vida de las personas no añade nada nuevo, puesto que el Código penal conoce ya de infracciones culposas que afectan a las mismas, y, por consiguiente, queda asegurada su sanción penal a través de los tipos correspondientes, sin que el daño imprudente añada un desvalor específico digno de tipificación penal; aparte que la primera expresión, sin un ulterior desarrollo o concreción legislativa, adolece de excesiva ambigüedad, probablemente alude a un peligro abstracto, que tantas suspicacias suscita en la doctrina (132). En último término, significaría devolver al Derecho penal los daños culposos producidos en el tráfico motorizado (pues en ellos casi siempre hay un riesgo para las personas), que han sido el motor despenalizador en esta materia, situación que se agravaría en relación con la actual si no se estableciese ninguna limitación por el valor del resultado, lo que parece consecuencia lógica de aquél criterio, al poner el acento en la idea de riesgo. Por otro lado, es cierto que la función preventiva la realiza no sólo el Derecho penal, sino también otros sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil o administrativo, pues los ciudadanos por lo general cuando se trata de hechos de escasa entidad ético-social sólo llegan a apreciar el carácter ilícito de su conducta, sin diferenciar a qué sector del ordenamiento pertenece, por lo que en estos casos será irrelevante para la eficacia o ineficacia preventiva cuál sea su ubicación sectorial. En relación con la segunda objeción, en conjunto parece que precisamente ha pesado en el legislador en esta parte de la reforma un criterio contrario, esto es, a la vista de la alarmante frecuencia de los hechos culposos cometidos en relación con el tráfico motorizado se ha pretendido apartar de los tipos penales los menos graves (en atención al menor desvalor de la acción o del resultado, o ambos al mismo tiempo, según los casos) y descargar en lo posible la jurisdicción penal. Es cierto el peligro desinhibidor que podría propiciar el aseguramiento de las responsabilidades civiles originadas por los daños culposos, sin embargo, también es verdad que las pólizas de seguros cubren los daños sectorialmente (esto es, por actividades sociales o para determinadas circunstancias o bienes), por lo que resultaría muy gravoso y probablemente inalcanzable desde un punto de vista econó-

(131) Así, ya Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, voz *Daños*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica». Ed., Francisco Seix, Barcelona, 1954, p. 215; el mismo, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. III, *cit.*, p. 492; Miguel BAJO FERNÁNDEZ (quien se refiere expresamente a las lesiones personales y a los riesgos para el medio ambiente), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial (Delitos Patrimoniales y Económicos)*, vol. 2. Ed., «Ceura», Madrid, 1987, p. 349 y ss.; el mismo, *La actualización del Código penal de 1989*, *cit.*, p. 26 y ss.; y Jorge BARREIRO, *El delito de daños en el Código penal español*, *cit.*, p. 525 y ss., y 529 y ss.

(132) V., sobre el particular, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, I*, *cit.*, p. 329 y ss.

mico (al menos para la mayoría) cubrirse frente a todo riesgo de daño imprudente; pero, además, las Compañías de Seguros suelen adoptar medidas de incentivación de la diligencia del asegurado o de disuasión del descuidado, que se reflejan en el montante variable del pago anual de la póliza correspondiente. Estas medidas o la adopción de otras en la misma dirección frenarían o reducirían tales peligros. En cuanto al medio ambiente, el «daño» es, efectivamente, una consecuencia puramente civil derivada del hecho principal, distinta, por tanto, de la posibilidad de cometer determinadas formas de atentados contra el medio ambiente (bien jurídico distinto al protegido penalmente en el delito de daños) por imprudencia (temeraria), como prevé, por ejemplo, la Propuesta de 1983 (art. 314); la creciente sensibilidad social sobre la necesidad de proteger el medio ambiente podría justificar la introducción de la correspondiente a ese bien jurídico en ese *numerus clausus* ideal de figuras delictivas culposas.

En conclusión, siendo imposible en este espacio enumerar qué infracciones culposas deberían quedar sujetas a la conminación penal, debe acometerse en una próxima reforma global del Código penal, y sólo en el seno de una reforma de estas características, la inclusión singularizada de las conductas culposas —lo que, por cierto, ya de por sí sólo habrá de contribuir decisivamente a elevar la seguridad jurídica en estos delitos—, como consecuencia de la asunción del principio de la excepcionalidad de su incriminación y del principio de intervención mínima que lo fundamenta. Para ayudarnos a detectar qué conductas merecen la intervención del Derecho penal por medio de la pena contamos con un criterio orientador —junto con otros— sencillo, tal vez genérico en su formulación, pero contundente en su proyección no sólo sistemática, sino también político-criminal: cuando junto a un determinado desvalor del resultado (lesión o peligro concreto de un bien jurídico) se ha producido un determinado desvalor de la acción (inobservancia del cuidado objetivamente debido), cuya gravedad respectiva ha de orientar en la decisión final que se adopte (133). Sin embargo, debe quedar claro en cualquier caso que el mantenimiento de determinadas conductas como ilícito penal debe responder exclusivamente a razones de justicia y político-criminales, pero nunca a conveniencias y oportunidades ajenas, como las pretendidas ventajas del proceso penal frente al civil. Antes al contrario, la reforma de este último si es necesario para conferirle mayor agilidad, celeridad y flexibilidad, o la introducción de procedimientos no jurisdiccionales, en todo caso respetuosos con los mandatos constitu-

(133) V., más extensamente, Carlos María ROMEO CASABONA, *Poder informático y Seguridad Jurídica*, «Fundesco», Madrid, 1988, p. 108; Angel TORIO LÓPEZ, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», p. 40 (1974). V., también CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, I, cit., p. 16 y 401 y ss.

cionales (p. ej., arts. 24 y 117 de la Constitución Española), y de otros correctivos jurídicos (134), son las alternativas que tiene el legislador a su disposición, sin que esté justificado interferir en los mecanismos privativos de elaboración de propuestas y criterios orientadores que caracterizan al Derecho Penal sustantivo.

(134) V., José M. GONZÁLEZ CHAMORRO, Pedro CANO FERRÉ, Conchita PIRET, *Despenalización de accidentes de tráfico. Imprudencias con resultados de daños materiales*, en «Revista de Derecho de la Circulación», núm. 2, p. 59 y ss. (1989).

La justificación del comportamiento omisivo

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS

Catedrático de Derecho penal.
Universidad de Extremadura

I. INTRODUCCION

Los efectos de las causas de justificación sobre la excusión del tipo de injusto realizado mediante un comportamiento activo han sido estudiados exhaustivamente por la doctrina científica. No ocurre lo propio, sin embargo, respecto al comportamiento omisivo.

Manuales y Comentarios se conforman con una referencia sumaria a lo dicho sobre el comportamiento activo, con la salvedad de que, a veces, excluye la tipicidad omisiva lo que en el comportamiento activo debe esperar a la antijuricidad (1). Estas generalizaciones, sin embargo, se basan en el criterio —trivial por lo demás— de que allí donde alguien puede defender activamente un bien jurídico que el Derecho considera preferente frente a otro con el que entra en colisión, con mayor razón podrá defenderlo omitiendo. Ahora bien, *lógicamente*, si la justificación del comportamiento activo autoriza la lesión de un bien jurídico (lesión que realiza los caracteres de un tipo de injusto) para salvar otro de mayor valor, según el ordenamiento jurídico, y *nunca lo contrario*, por inversión, la justificación del comportamiento omisivo autorizará (al menos eso es lo único cuestionable como «justificación») la *no salvación* del bien jurídico al que el ordenamiento otorga mayor valor cuando para ello sería necesario sacrificar *activamente* bienes jurídicos de menor valor y protegidos por deberes de actuar cuyo no cumplimiento realiza un tipo de injusto omisivo. De esta forma, mientras que la justificación del comportamiento activo autoriza a realizar un tipo de injusto, la justificación del comportamiento omisivo autoriza a no realizarlo: El cumplimiento de un deber de actuar, cuyo incumplimiento realiza un tipo de

(1) Vid., Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, «PG», 1984, p. 287; Enrique BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, II, 1985, p. 193; Octavio DE TOLEDO, Susana HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal*, «PG», 2.ª ed., 1986, p. 586 y ss.

omisión, es el que resultaría autorizado, a pesar de que cumpliéndolo *no se salvará* un bien jurídico de mayor valor en el caso concreto que el salvado con dicho cumplimiento.

Valiosas monografías recientes, que comienzan a encarar el tema general de la omisión en el Derecho español a un nivel elevado se ocupan del difícil problema conceptual (2), del que sin duda cabe extraer conclusiones sobre muchas facetas de la Teoría del delito en este ámbito; ninguna de ellas, sin embargo, aborda el problema de la justificación. La importante investigación de Antonio Cuerda Riezu sobre la colisión de deberes no establece ninguna diferencia según que el conflicto entre bienes jurídicos de igual valor oponga deberes de actuar a deberes de omitir o sólo deberes de actuar (3); si en lugar de proponerse demostrar *hasta dónde puede llegar* el derecho a salvar un bien jurídico (¡No creo que Cuerda Riezu pueda pensar siquiera que el ordenamiento jurídico obligue a nadie a matar!), se hubiese ocupado de comprobar *cuándo cesa* el deber de acción para salvar un bien jurídico, o lo que es lo mismo: *cuándo está justificada la omisión*, habría comprobado también que el deber de actuar para salvar un bien jurídico cesa «mucho antes» de que el bien jurídico a sacrificar activamente se aproxime valorativamente al bien jurídico cuya salvación pudiese *justificar* la lesión de aquél. Estableciendo un paralelismo puede decirse: Mientras que nadie está *autorizado*, en un conflicto de bienes jurídicos, a salvar el bien jurídico de menor valor sacrificando *activamente* el bien jurídico de mayor valor, todo el mundo está *autorizado*, en el mismo conflicto, a salvar el bien jurídico de menor valor *omitiendo* salvar *activamente* el bien jurídico de mayor valor. Las páginas que siguen pretenden demostrar, en tal sentido, que el alcance de las causas de justificación es más amplio en el ámbito del comportamiento omisivo que en el ámbito del comportamiento activo, como consecuencia, por lo demás, de la diferencia estructural (óptica) entre ambos tipos de comportamiento.

II. EL FUNDAMENTO DE LA COLISION DE DEBERES COMO CAUSA DE JUSTIFICACION INDEPENDIENTE

1. Concepto

Según una doctrina ampliamente compartida, se produce una colisión de deberes cuando el interés del bien jurídico protegido mediante

(2) Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986; Enrique GIMBERNAT ORDEIG, «ADP», 1988, p. 579 y ss.; HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987.

(3) Antonio CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 1984, p. 243: «Siendo equivalentes los deberes (sean de acción, sean de acción y omisión), estará justificado tanto el cumplimiento de uno a costa del otro, como el cumplimiento de éste en perjuicio de aquél».

el *deber de actuar* derivado, por ejemplo, de una posición de garante del padre respecto a su hijo de corta edad, es del mismo valor que el interés del bien jurídico protegido mediante el *deber de actuar* en base a un genérico deber de auxilio (del padre respecto a un tercero), o cuando colisionan *deberes de actuar* basados, ambos, en el mismo deber, de garante (del padre respecto a sus dos hijos, que se encuentran en la misma situación de peligro y sólo puede salvar a uno) o de auxilio (respecto a dos extraños que se encuentran en peligro de precer) (4).

En la colisión de deberes, los que entran en conflicto, pues, son deberes de actuar *que mutuamente se excluyen* (5); debiéndose mantener separada del estado de necesidad (6) porque *la regla general del estado de necesidad debe ser modificada* si se quiere considerar que el comportamiento llevado a cabo por quien se encuentra ante una colisión de deberes de la índole reseñada puede resultar justificado.

En los casos donde el interés de los bienes jurídicos en conflicto es claramente desigual y en los casos donde colisionan un deber de actuar y un deber de omitir (con igualdad de los bienes jurídicos en

(4) Vid., Wilfried KUPER, «JuS», 1971, p. 475.

(5) Hans-Joachim HIRSCH, *Leipziger Kommentar*, 10.ª ed., (ed. Hans Heinrich Jescheck, Wolfgang Rub y Günter Willms), antes del § 32, núm. 75: «En la colisión de deberes justificante existe, desde el principio, a diferencia del estado de necesidad, un o esto o aquello tal que debe encontrarse una decisión entre las posibilidades alternativas (obligación de actuar)». De donde se deduce la conclusión extraída por Erich SAMSON, *Systematischer Kommentar zum StGB*, «AT», 4.ª ed., 1983, § 34, núm. marg. 28) de que, en estos casos, a diferencia de lo que establece el § 34, el autor no ha de cumplir sólo el deber claramente superior, sino también el mínimamente superior. Lo que coincide, a su vez, con la tesis general de Joachim HRUSCHKA, «JuS», 1979, p. 390; vid., también: Strafrecht, 2.ª ed., 1988, p. 78 y ss., según el cual el comportamiento omisivo resulta justificado cuando el bien jurídico protegido por el deber de actuar sobrepasa un poco sobre el bien jurídico protegido por el deber de omitir, invirtiéndose la regla general del § 34 (modificada para estos casos a través de la cláusula del «defensiver Notstand»: § 904 BGB, que no exige que el bien salvado sea manifiestamente de mayor interés que el salvado). En el mismo sentido que HRUSCHKA, Hans-Joachim RUDOLPH, «SK», «AT», 5.ª ed., 1988, antes del § 13, núm. marg. 29 («Una omisión resulta, por tanto, justificada siempre que el interés asegurado por la misma sea de inferior valor, pero no de considerable menor valor, que el interés lesionado por la omisión.»).

(6) HIRSCH, «LK», antes del § 32, núm. marg. 74 («La colisión de deberes justificante muestra, efectivamente, cierto parentesco con el estado de necesidad justificante, pero es una *causa de justificación independiente*»). Doctrina mayoritaria referida a la omisión: Hermann BLEI, *Strafrecht I*, «AT», 18 ed., 1983, p. 334; Paul BOCKELMANN, Klaus VOLK, *Strafrecht*, «AT», 4.ª ed., 1987, p. 145; Udo EBERT, *Strafrecht*, «AT», 1985, p. 161; Günter JAKOBS, *Lehrbuch*, 1983, p. 336, núm. marg. 6; Karl LACKNER, «StGB», 16 ed., 1985, § 34, 4, p. 204 y ss. SS-LENCKNER, «StGB Kommentar», 23.ª ed., 1988, prefacio a los §§ 32 y ss.; p. 442, núm. marg. 73; RUDOLPH, «SK», antes del § 13, núm. marg. 13 y ss.; SAMSON, «SK», antes del § 34, núm. marg. 26; Eberhard SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, «AT», Studienbuch, 1982, p. 405; Hans WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 205, 219; Johannes WESSELS, *Strafrecht*, «AT», 17.ª ed., 1988, p. 226, KUPER, «JuS», 1971, p. 476, llega incluso a hacer depender de esta distinción en la forma de justificar el comportamiento omisivo la posibilidad de establecer un concepto de «colisión de deberes».

conflicto), la salvación del bien jurídico cuyo interés en el caso concreto es más valioso y el cumplimiento del deber de omitir (prohibición) justifican plenamente el comportamiento omisivo, pues ambos tienen preferencia sobre la salvación del bien jurídico de menor interés (p. ej., para salvar la vida de un tercero que está en peligro de perecer ahogado, el padre tiene que dejar de cumplir, momentáneamente, el deber de custodia sobre su hijo de corta edad que se encuentra jugando en la playa) y sobre el cumplimiento del deber de actuar o mandato (p. ej., el padre omite matar a un tercero, para robarle, y emplear el dinero robado en alimentos para sus hijos; el padre omite luchar con el tercero para arrebatarle la tabla con que salvar a su hijo a punto de perecer ahogado) respectivamente (7).

(7) Paradigmático: JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 366 y ss., núm. marg. 6/8: «Si los deberes concurrentes son de la misma clase, pero no de la misma importancia (p. ej., una posición de garante que obliga a proteger la vida frente a otra que obliga a proteger cosas), tiene preferencia el deber más importante, aunque su importancia sea mínimamente superior». «Si colisionan un deber de actuar (mandato) y un deber de omitir (prohibición), tiene preferencia el deber de omitir; pues el titular del interés propiciado mediante el deber de actuar no puede exigir que se soporte la acción a interponer en su favor hasta el punto de que el deber de omitir (la prohibición) decaiga conforme a las reglas generales.» Sobre la ponderación de bienes jurídicos en el estado de necesidad justificante, vid., por todos, Theodor LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 87 y ss.; 123 y ss.; «StGB Kommentar», § 34, p. 501 y ss.; recientemente, «GA», 1985, p. 295 y ss., 308 y ss.; HIRSCH, § 34, núm. marg. 2 y 3. En el Derecho español: Horacio ROLDÁN BARBERO, «CPCT», 1983, p. 514 y ss (la valoración que el Derecho realiza para *individualizar* la ponderación de bienes en conflicto es *objetiva*, y no entraña, en contra de lo que opina ROLDÁN BARBERO, una confusión entre anti-juricidad y culpabilidad). Referido a la omisión, KÜPER, «JuS», 1971, p. 475; RUDOLPHI, «SK», antes del § 13, núm. marg. 29 a. Sostienen, también, que la colisión de deberes ha de ser una colisión de deberes de actuar: BOCKELMANN, VOLK, «AT», p. 144; EBERT, «AT», p. 160; HIRSCH, «LK», antes del § 32, núm. marg. 71; JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 366, núm. marg. 6; LACKNER, «StGB Kommentar», prefacio a los §§ 32 y ss., p. 422, núm. marg. 71; Reinhard MAURACH, Heinz ZIPF, *Strafrecht*, «AT», Teilband I, 6.^a ed., 1983, p. 369, núm. marg. 55; RUDOLPHI, «SK», antes del § 13, núm. marg. 29; SAMSON, «SK», § 34, núm. marg. 27; SCHMIDHAUSER, *Lehrbuch*, «AT», 32.^a ed., 1975, p. 687; Günter STRATENWERTH, «AT», 2.^a ed., 1976, p. 145, núm. marg. 465; WESSELS, «AT», p. 226; José CEREZO MIR, «ADP», 1978, p. 275 y ss. Sostienen, por el contrario, que la colisión puede ser entre deberes de actuar y deberes de omitir, además de CUERDA RIEZU (como en nota 3): JESCHECK, *Lehrbuch*, 3.^a ed., 1978, p. 293 y ss.; HARRO OTTO, *Grundkurs*, «AT», 3.^a ed., 1978, p. 158 y ss. (ya antes: *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 2.^a ed., 1978; vid., las críticas de KÜPER, *Grund —und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979, p. 29 y ss., y 34 y ss., a la solución indiferenciada de Otto). Sobre la necesidad de distinguir entre la colisión de deberes de actuar entre sí y la colisión de un deber de actuar con un deber de omitir: KÜPER, «JuS», 1971, p., 474 y ss., 476 («La cuestión acerca de si viene en consideración una justificación en base al cumplimiento de un *deber del mismo valor*, por el contrario, no puede plantearse respecto al comportamiento activo: aquélla implica una concurrencia de *deberes de actuar*, presuponiendo, por tanto, que la forma de comportamiento a valorar aparezca cualificada como hecho omisivo.») Si se contraponen deberes de actuar y deberes de omitir y se equiparan valorativamente cuando los bienes jurídicos protegidos son de igual valor (vid., WILHELM GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenlehre*, 1968, p. 59 y ss.), se destruye el principio que se basa el estado de necesidad justificante. En conherencia con el principio de justificación del estado de necesidad, deben contra-

Estos casos, que se pueden resolver con la norma general del estado de necesidad, se distinguen claramente de los casos de auténtica colisión de deberes, caracterizados porque aquí el autor *tiene* que *actuar* y cumplir *uno* de los deberes de acción en conflicto; con lo que, *necesariamente, no salvará* un bien jurídico cuyo interés *no posee menor valor que el del salvado*, sin que quepa otra alternativa (8).

La colisión de deberes, por tanto, no es una modalidad del estado de necesidad justificante. La colisión de deberes, entendida como colisión de deberes de actuar, viene a resolverse por la doctrina dominante en el sentido de que si los bienes en conflicto son de igual valor y el sujeto llamado a salvarlos no puede cumplir ambos deberes a la vez, cualquiera de ellos que elija cumplir (9), o lo que es lo mismo: cualquiera de los bienes jurídicos que decida *no salvar*, resultará justificado su comportamiento si actúa para salvar el bien jurídico protegido por el deber de actuar que decidió cumplir (10). Por ejemplo: el padre observa cómo sus dos hijos de corta edad están en peligro de perecer ahogados si, desde la posición de equidistancia en que se encuentra, no acude a salvarlos, *sin que ninguno de ellos pueda alcanzar por sus propios medios la posición en la que se encuentra y que significaría su salvación*. En estos casos, el incumplimiento del deber de actuar para salvar a uno de los dos hijos, por cumplir el deber de actuar salvando al otro, resulta penalmente justificado.

Algunos autores (11) incluso, sostienen la opinión de que, aun siendo igual el interés de los bienes jurídicos en peligro, si los deberes de actuar en conflicto no son del mismo rango (deber de protección—deber de protección; deber de auxilio—deber de auxilio), sino de

ponerse, en primer lugar, los bienes jurídicos en conflicto. Si éstos son de igual valor y los deberes de distinta naturaleza, el cumplimiento del deber de omitir debe tener preferencia sobre el cumplimiento del deber de actuar; ya que, de otra forma, se autorizaría la lesión de un bien jurídico igual al salvado, producida activamente, lo que es incompatible con la norma del estado de necesidad justificante (vid., *infra*). Sólo cuando los deberes en colisión son, ambos, deberes de acción, puede estar justificada la *no salvación* de un bien jurídico de igual valor que el salvado. Ello permite superar, a su vez, la vieja tesis de la mera disculpa para los casos de colisión de deberes y la moderna teoría de los «espacios libres de Derecho», que ha venido a sustituirla en la concepción de algunos autores.

(8) Vid., SAMSON, «SK», § 34, núm. marg. 4; JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 366, núm. marg. 6. También SCHMIDHAUSER (como en nota 34).

(9) KÜPER, «JuS», 1971, p. 475; JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 366, núm. marg. 6; SCHMIDHAUSER, «AT», p. 687.

(10) SCHMIDHAUSER, «AT», p. 684: «Puesto que la pretensión jurídica que parte de X a la *conservación de la vida* era tan urgente como la proveniente de Y, y puesto que el respeto simultáneo de ambas pretensiones de los bienes era imposible, Y ha omitido conforme a Derecho la *salvación* de Y». (El subrayado es nuestro).

(11) Así: JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 366 y ss., núm. marg. 7; KÜPER, «JuS», 1971, p. 475; SS-LENCKNER, «StGB Kommentar», prefacio a los §§ 32 y ss., p. 443, núm. marg. 75; *Strutenwerth*, «AT», p. 145, núm. marg. 463; ROLDÁN BARBERO, «CPCr», 1983, p. 543; CEREZO MIR, «ADP», 1978, p. 276, nota 13.

rango distinto (deber de protección-deber de auxilio), el cumplimiento del deber de garante tendrá preferencia y justificará plenamente la omisión del cumplimiento del deber genérico de auxilio, pero no a la inversa. De esta manera, el padre, que puede arrojar el salvavidas bien a su hijo, bien a un tercero, estando ambos a punto de perecer ahogados, y sin que ninguno de ellos pueda hacer nada por sus propios medios para alcanzarlo sino con ayuda de aquél, estará autorizado a omitir el deber de actuar para salvar al tercero (genérico deber de auxilio) si decide arrojar el salvavidas a su hijo (deber de garante); pero no, en cambio, si decide lo contrario. De admitirse esta conclusión, nos encontraríamos ante una nueva excepción. La norma especial de la colisión de deberes, que permite elegir qué deber de acción cumplir cuando los bienes jurídicos en conflicto son de igual interés, y que representaba una excepción a la norma general del estado de necesidad, según la cual el bien jurídico sacrificado debe tener un interés inferior al del bien jurídico salvado, experimentaría, a su vez, una excepción en estos casos, ya que en ellos el autor no puede elegir; debiendo salvar el bien jurídico protegido por el deber de garante, excepción esta última, que la doctrina que la defiende no ha logrado fundamentar (12).

Si se prescinde de esta última cuestión, y se considera la problemática general de la colisión de deberes de actuar tal como es defendida por la doctrina dominante, resulta que la misma se asienta sobre dos criterios que, a pesar de haber estado presentes a lo largo de toda la historia del estado de necesidad, no puede decirse que estén absolutamente consolidados. Estos, principios, por otra parte, están relacionados con cuestiones más generales que las ahora consideradas, por lo que habrá que conformarse con una reflexión muy sucinta.

2. Los criterios que permiten una fundamentación unitaria del estado de necesidad y la colisión de deberes

La problemática general del estado de necesidad justificante se sustenta sobre la posibilidad de establecer una jerarquía entre los distintos bienes jurídicos protegidos en un ordenamiento jurídico, que permit postular el sacrificio del interés menos valioso para salvar el de mayor valor, y con ello superar una concepción puramente individualista sobre los bienes jurídicos; de esta manera se podrá obligar al titular del bien jurídico cuyo interés posee menor valor en el caso concreto a tolerar el sacrificio de su bien para salvar otro cuyo interés es de mayor valor (13). Este mismo principio, por otra parte, plantea

(12) En contra, ya BLEI, «AT», p. 333; RUDOLPHI, «SK», antes del § 13, núm. marg. 39; SCHMIDHAUSER, «AT», p. 689.

(13) JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 337, núm. marg. 1; SAMSON, «SK», § 34, núm. marg. 2.

el problema sobre la posibilidad o no de admitir el estado de necesidad justificante cuando los bienes jurídicos en conflicto presentan el mismo interés (14). La problemática específica de la colisión de deberes, tal como aquí se ha entendido: como igualdad de interés de los bienes jurídicos con deberes de actuar contrapuestos y no, en cambio, cuando, siendo igual el interés de los bienes jurídicos, colisionan deberes de actuar y deberes de omitir, en cuyo caso se debe omitir actuar), se asienta sobre la posibilidad de establecer una diferencia valorativa, basada a su vez en una diferencia real, entre el deber de actuar y el deber de omitir, que permita sustentar que el deber de omitir la lesión activa de un bien jurídico es de preferente cumplimiento frente al deber de realizar una acción que entrañe necesariamente la lesión de un bien jurídico cuyo interés es de igual valor que el anterior; que permita atribuir la lesión del primer bien jurídico a la fatalidad, mientras que la del segundo sería una obra humana, y explicaría por qué es más fácil el cumplimiento de prohibiciones que, al fin y al cabo, sólo obligan a *no actuar* (p. ej., no matar), que exigir el cumplimiento de mandatos, que obligan a actuar en una determinada dirección (15): Una norma que, por ejemplo, *obligase* a los ciu-

(14) En el Derecho alemán (§ 34 StGB) se exige expresamente que el bien salvado debe ser «notablemente superior» al bien sacrificado.

(15) Naturalmente no mirado desde la vida no salvada, cuyo valor es tan grande como el de la vida destruida activamente; mirado desde la energía desplegada en un caso y en otro. Cabe pensar en supuestos donde la omisión de la acción debida manifiesta un alto grado de reprochabilidad: por ejemplo, el padre que deja que se ahogue en la playa, junto a él, a su hijo de pocos años, por no interrumpir su partida de cartas; o, simplemente, el bañista que no presta un auxilio, fácil para él, que salvaría una vida humana. No obstante, la diferencia con el comportamiento activo estriba en que el cumplimiento de los mandatos de actuar, recogidos en los tipos de omisión, exige más de los destinatarios: *Hacer algo* (con exclusión, pues, de todo lo demás que el autor puede hacer en ese momento) que el cumplimiento de las normas de no actuar, recogidas en prohibiciones *que no exigen hacer nada*, pudiendo hacer el autor lo que quiera, menos lo prohibido. Este es el sentido de las palabras de Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 152: «El valor del cumplimiento del deber de actuar es —si los bienes jurídicos protegidos son iguales— mayor que el de los deberes de omitir, porque el cumplimiento de un mandato establece mayores exigencias que el respeto de una prohibición (*nota bene*)».

La interpretación que CUERDA RIEZU, *Colisión de deberes*, p. 175 y ss., y 187 y ss., hace de este texto de KAUFMANN, y las consecuencias que extrae de la misma, se basan en un equívoco por su parte (*vid.*, ya: CEREZO MIR, «ADP», 1987, p. 277, nota 15). El error de CUERDA RIEZU reside en contemplar toda la problemática desde los bienes jurídicos protegidos, respecto a los cuales, efectivamente, no existe ninguna diferencia entre los protegidos por mandatos y los protegidos por prohibiciones; KAUFMANN, en cambio, y, en general, todos los autores que establecen diferencias entre las normas de mandato y las normas de prohibición, respecto a la protección de bienes jurídicos, las contemplan, fundamentalmente, desde la perspectiva del obligado a cumplir esas *distintas normas* establecidas por el legislador para proteger *los mismos bienes jurídicos* (el texto de Kaufmann comentado por Cuerza Riezu se encuentra en un apartado que lleva por título: «Der Umfang der Unzumutbarkeit»). Desde esta perspectiva, evidentemente, hacer algo es más difícil de cumplir que el deber de omitirlo. Cfr., no obstante, SAMSON, *Fest. f. Hans Welzel* (ed., por Günter Stratentwerth y otros), 1974, p. 586.

dadanos a repeler cualquier agresión ilegítima, llegando, incluso, a exigir matar si fuese necesario, sería mucho más difícil de cumplir que la prohibición genérica de matar.

a) *El criterio de la jerarquía de los bienes jurídicos*

Un pensador tan oscuro como Hegel formuló un principio de jerarquía de los bienes jurídicos a los efectos del estado de necesidad que, en cuanto a claridad, no deja nada que desear (16): Si colisionan vida y patrimonio, debe sacrificarse el patrimonio, pues, al fin y al cabo, el patrimonio es recuperable y la vida no. El patrimonio es un derecho que, junto con otros derechos de la personalidad, sirve para asegurar la vida social del hombre, de la que la vida física es el soporte. Hegel tenía en mente la figura histórica del «hurto famélico», en el que se contraponía la necesidad de quien podía perecer de hambre y la merma patrimonial que ocasionaba el autor de aquella conducta para subsistir. Concebido de una forma u otra (Hegel colocaba todavía por encima de la vida al Estado: «Si el Estado te pide la vida, ¡dásela!»); hoy, en cambio, nadie está obligado a ir a una muerte segura, ni el soldado en la batalla —por eso se dice que la vida está en la cúspide de la jerarquía valorativa), y con las limitaciones que quepa pensar (el Derecho *obliga* a realizar el sacrificio de bienes jurídicos propios, p. ej., la libertad, para salvar bienes jurídicos más valiosos, p. ej., trasladar en el propio automóvil a la víctima de un accidente hasta el hospital; esos sacrificios, sin embargo, se convertirían en algo insufrible si alguien tuviese la mala fortuna de encontrarse todos los días con accidentados), es necesario construir una jerarquía de bienes jurídicos (17), pues el ordenamiento jurídico parte de esa premisa en numerosas ocasiones. El supuesto más claro es el estado de necesidad («que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar»). La diferencia de penalidad entre, por ejemplo, un homicidio y un hurto es, con todas sus limitaciones, otra prueba de la jerarquía de bienes. La figura de la «omisión del deber de socorro», en fin, en cuanto que obliga a sacrificar bienes jurídicos propios para salvar otros más necesitados de protección en el momento concreto, y en cuanto que deja de obligar cuando los bienes jurídicos a sacrificar o el grado de sacrificio requerido comienzan a ser elevados, es decir, cuando la desproporción entre uno y otro bien jurídico ya no es tan grande, es otra prueba de la jerarquía.

(16) El texto de Hegel está contenido en el párrafo 127 de las Grundlinien der Philosophie des Rechts. *Vid.*, Paul BOCKELMANN, *Hegels Notstandslehre*, 1935, p. 21 y ss.; KUPER, «JuS», 1971, p. 786.

(17) Cfr., Winfried HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, p. 208 y ss.

Desde el momento en que el ordenamiento jurídico (penal) se concibe como protector de bienes jurídicos, el individuo transfiere al Estado la facultad de defenderlos y determinar los límites de su protección. El Estado, por su parte, le garantiza al individuo la protección de sus bienes jurídicos. Por eso fracasa la llamada teoría de «los espacios libres de Derecho» (18): Desde el momento en que el ordenamiento jurídico ha hecho suyo un bien jurídico del individuo, es él quien determina, directa o indirectamente, su ámbito y límites de protección. Entre estos límites está el de la colisión con otros bienes jurídicos pertenecientes a terceros. Sin duda cumple así el Derecho una importante función de «pacificación social», en cuanto que reduce en lo posible las tensiones sociales de carácter individual que, en el terreno que nos ocupa, se manifiestan siempre como una anteposición egoísta de los propios bienes a los bienes de los demás, o de las propias necesidades frente a los bienes jurídicos de los demás. Estos conflictos los resuelve el Derecho Penal estableciendo una jerarquía (sistemática o extrasistemática) (19) de bienes jurídicos que garantiza la protección del bien jurídico de menor valor siempre que no lo impida la protección del de mayor interés en el caso concreto.

Lo que no puede explicarse con tal jerarquía es la solución de los casos en que los bienes en conflicto no son de desigual interés, sino equivalentes (20). Pues la argumentación de la jerarquía de bienes se basa en la protección del más valioso a costa del menos valioso. Nunca se afirma que se desprece el bien menos valioso, que sigue estando asegurado por el ordenamiento jurídico, sino que se preserva el más valioso. Así se *constituye* un ordenamiento jurídico. Cuando los bienes jurídicos tiene el mismo valor, en cambio, la regla de formación del «ordenamiento jurídico» no puede aplicarse. El ordenamiento jurídico sólo puede decir qué protege *positivamente*; y, positivamente, en estos casos, lo único que cabe decir es que nadie está autorizado a lesionar un bien jurídico para salvar otro de igual valor. La función de protección de bienes jurídicos que cumple el ordenamiento jurídico sólo puede llevar a la conclusión de que el sacrificio de este bien jurídico no es algo que tal ordenamiento protector pueda querer. Por eso, quien mata para salvar la propia vida o la de un tercero («tabla de Carneades») podrá estar disculpado: pero su comportamiento nunca resultará justificado (21).

(18) En este sentido ya: HIRSCH, Fest. f. Paul Bockelmann (ed., por Arthur Kaufmann y otros), 1979, p. 99; CUERDA RIEZU, *Colisión de deberes*, p. 166 y ss.

(19) *Vid.*, HRUSCHKA, Fest. f. Eduard Dreher (ed., por Hans-Heinrich Jescheck y Hans Lüttger), 1977, p. 194 y ss.

(20) Cfr., no obstante, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 1976, p. 107 y ss.; más recientemente: Prólogo a la obra citada de Cuerda Riezu, p. 13 y ss., en réplica a KUPER, «JZ», 1983, p. 88 y ss.

(21) KUPFER, «JuS», 1971, p. 477; JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 367, núm. marg. 8.

b) *El criterio de la forma de protección de los bienes jurídicos*

Una segunda distinción que el ordenamiento jurídico hace en cuanto a la protección de los bienes jurídicos, junto a la derivada de la jerarquía, es la derivada de la *forma* de protección: El número de prohibiciones mediante las cuales el ordenamiento jurídico protege los bienes jurídicos es notablemente superior al número de mandatos dados con la misma finalidad. No es el momento de hablar de la razón de esta diferencia (22); pero es lo cierto que un aumento del número de mandatos, convertidos en deberes de protección, sería rechazado por el mismo llamado a ser protegido (cada cual prefiere cuidar de sus cosas antes de que lo hagan los demás por él), al tiempo que obligaría a todos a cuidar de todo (23), con lo cual la convivencia se distorsionaría y crearía obligaciones insufribles. Ya se ha indicado, por otra parte, que los deberes de omitir, derivados de prohibiciones, son más fáciles de cumplir que los deberes de actuar derivados de mandatos: El deber de omitir subir a la montaña es más fácil de cumplir que el deber de subir a la montaña, desde el punto de vista del esfuerzo físico que requiere el cumplimiento de cada uno de ellos. El deber de omitir matar a una persona (prohibición de homicidio) es más fácil de cumplir que un hipotético deber de matar a otra persona (aunque sea para salvar al propio hijo) (24).

En muchos de los casos estudiados como colisión de deberes se presenta el problema de unos resultados que se producirán como fruto de la fatalidad si no interviene alguien modificando ese curso causal, dirigiéndolo hacia otra persona que, real o posiblemente, no sería alcanzada por el primer curso causal. En estos casos, se dice que el autor «juega el papel del destino». Con esta metáfora, en realidad lo que se resume es, precisamente, que el deber de omitir la infracción de prohibiciones es preferente sobre el deber de cumplir deberes de acción (contenidos en mandatos) (25). Quién, para salvar la vida de su hijo, tiene que matar, debe omitir matar, aunque con ello no evite la muerte de su hijo. Ni siquiera para salvar la propia vida puede autorizarse matar. Incluso quien debe garantizar bienes jurídicos ajenos, por ejemplo, un padre respecto a sus hijos de corta edad, los lesiona *activamente*, infringiendo una prohibición, si, para esquivar el golpe de un tercero, se agacha sabiendo que el golpe lo recibirá su hijo (26). Estos sujetos infringen *activamente* deberes de omisión

(22) *Vid.*, por ejemplo, Stratenwerth, «AT», p. 60 y ss., núm. marg. 143.

(23) ARMIN KAUFMANN, «ADP», 1985, p. 825.

(24) *Vid.*, *supra* nota 13.

(25) LENCKNER, *Notstand*, p. 27, nota 81; ROLDÁN BARBERO, «CPCr», 1983, p. 239.

(26) Michael FRAENKEL, *Tatabestand und Zurechnung beim Paragraph 823 Abs. «BGB»*, 1979, p. 248 y ss., ha excluido, acertadamente, de la responsabilidad por la causación del daño los supuestos donde el autor no tenía otra alternativa que la

de acciones (disparar, arrebatar el salvavidas, agacharse, etc.), con las que se lesionan bienes jurídicos (recogidos en tipos de prohibición) ajenos de igual valor que el salvado, que, aunque concurren con derechos y deberes, propios o respecto a terceros, de actuar, nunca pueden resultar justificados. Tales comportamientos son antijurídicos. El comportamiento, en cambio, está justificado si el sujeto decide resolver el conflicto a la inversa: El padre omite el cumplimiento del deber de salvar al hijo, que va a morir, para cumplir el deber de omitir contenido en la norma que prohíbe matar.

Así pues, al principio de jerarquía de bienes jurídicos, que autoriza a sacrificar el bien jurídico de menor valor para salvar el de mayor valor, y fundamenta la figura del estado de necesidad justificante, se suma, como complemento, el principio de jerarquía de deberes, en virtud del cual, el cumplimiento del deber de omitir tiene preferencia sobre el cumplimiento del deber de actuar, aun en el caso de que los bienes jurídicos en conflicto tengan el mismo interés. Esta conclusión, como enseña se verá, tiene consecuencias en cuanto a la justificación del comportamiento omisivo, y explica la solución mayoritaria a la colisión de deberes como causa de justificación. Para los casos en que el bien jurídico salvado es de menor valor que el sacrificado, y para los casos en que el sujeto prefiere cumplir el deber de actuar a costa del cumplimiento del deber de omitir, queda el ámbito de la exclusión de la culpabilidad, donde la importancia del bien jurídico salvado —que puede ser igual que la del sacrificado, y determina una notable reducción de la cantidad de injusto realizada— y la proximidad del autor al bien jurídico salvado explican muy bien por qué, siendo ese un comportamiento *no autorizado* por el Derecho, no cabe exigir otro (27).

de omitir ejercer su libertad de acción o responder. De esta manera, si un tercero, autor mediato, ha colocado al autor inmediato ante tal dilema, sólo aquél responderá del daño causado. En cambio, quien tiene un deber de garante, en virtud del mismo, ya está obligado a sacrificar su libertad de acción cuando así lo requiera la protección del bien jurídico que tiene encomendada. Si, no obstante, actúa, lesiona activamente el bien jurídico, y su comportamiento sólo podrá estar justificado por la norma general del estado de necesidad. Sobre la distinción *comisión-omisión*, SAMSON, Fest. f. Welzel, p. 595 («Si el autor ha sido la condición conforme a Ley para la situación definitivamente producida del bien jurídico, entonces ha actuado»). Claro que la única causalidad jurídicamente relevante es la que tiene su origen en un movimiento corporal prohibido).

(27) KÜPER, «JuS», 1971, p. 477.

III. LA ESTRUCTURA GENERAL DE LA JUSTIFICACION DEL COMPORTAMIENTO OMISIVO

1. Los casos que no son de justificación del comportamiento omisivo

Armin Kaufmann (28) construyó un caso donde el autor, para salvar sus bienes, que iban a ser robados por los cómplices del necesitado de auxilio (que lo había sacado a pasear, para facilitar el robo, y había sufrido un ataque, con motivo del cual el autor, al buscar en su cartera el teléfono del médico, había encontrado una carta en la que se describía el plan) omitía el cumplimiento del deber de auxilio para poder proceder a la defensa de sus bienes, objeto de una agresión ilegítima actual.

Precisando el significado del caso, cabe decir que, estando autorizado el autor a *defender activamente* sus bienes de una agresión ilegítima (robo), lo primero que tiene que *hacer es dirigirse inmediatamente* al lugar donde se está produciendo la agresión, al teléfono más próximo para informar a la policía, etc., aunque para ello tenga que *dejar de hacer* otras cosas, entre ellas prestar asistencia a quien está en peligro de perecer. A estos efectos, que la víctima del accidente sea un cómplice de los autores materiales del robo no tiene mayor importancia, desde el momento en que aunque se tratase de alguien que no tiene nada que ver con el robo, también habría estado autorizado el comportamiento del autor: A nadie se le puede exigir que preste auxilio cuando le están saqueando la casa. La cuestión no varía, incluso, si el necesitado de auxilio fuese el propio hijo de la víctima del robo, ya que también en ese caso el derecho a repeler la agresión ilegítima representada por el robo anularía el deber de prestar el auxilio necesario basado en una posición de garante; de la misma forma que el padre de familia no está obligado a arruinar a toda la familia comprando medicinas para el hijo enfermo, ni los familiares a donar un órgano al miembro enfermo que lo necesita, ni el médico de campaña a atender a un último enfermo de muerte hasta el agotamiento que la impedirá mañana seguir operando (29).

Ejemplos como el de Kaufmann, y otros que aparecen en Manuales y Comentarios como de justificación del comportamiento omisivo, no son tales, sino casos donde el ordenamiento autoriza la realización de una acción determinada en favor del bien jurídico que quiere salvar, prohibiendo incluso otra acción que contribuiría a la lesión de ese bien jurídico que está teniendo lugar sin el concurso del autor,

(28) Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 135.

(29) Los últimos ejemplos son de JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 369, núm. marg. 15. En el mismo sentido, KUPER, *Grund- und Grenzfragen*, p. 68: «El deber de garante obliga a su titular a sacrificar más bienes jurídicos propios que el deber general de auxilio, pero ambos tienen un límite en lo «socialmente adecuado».

a diferencia de lo que ocurre con la justificación del comportamiento omisivo, que —lo anticipamos— comprende casos donde el sujeto sobre el que pende un deber de acción resulta autorizado a cumplirlo a pesar de que, cumpliéndolo, no impedirá la lesión del bien jurídico no querida por el Derecho, que está teniendo lugar sin el concurso del autor y que su omisión contribuiría a evitar.

El Derecho no exige que uno deje que le roben la casa para salvar la vida de su hijo. El Derecho no exige que toda la familia se arruine por la compra de medicinas que necesita un miembro enfermo de la misma. El Derecho no exige donar un órgano al familiar que lo necesita. El Derecho no exige que el médico se agote por salvar la vida de un paciente. En todos estos casos, las omisiones no son *omisiones típicas* necesitadas de *justificación*, sino omisiones *atípicas*, esto es, omisiones que no vulneran mandatos que deberían exigir —de existir— la *lesión activa* de bienes jurídicos: El padre lesiona *activamente* el bienestar de la familia al gastar el dinero en medicinas. El médico lesiona *activamente* (de forma mediata) los bienes jurídicos de los enfermos que operaría mañana, al agotarse hoy con el último enfermo. El padre se cierra la posibilidad de evitar el robo, indirectamente, mediante la *acción* consistente en dirigir sus pasos hacia el hijo y no hacia la casa.

Todos estos son casos donde el Derecho no quiere que *se salven* bienes jurídicos que se van a ver lesionados sin la intervención del autor a costa de que él mismo *sacrifique activamente* otros bienes jurídicos a los que el Derecho atribuye mayor valor en el caso concreto. Por tanto, quien así actúa no *lesiona* ningún bien jurídico ni incumple ningún *deber*. Su comportamiento es penalmente irrelevante, *atípico*. En cambio, si opta por lo contrario actúa típica y antijurídicamente (¡Recuérdese el fundamento de la colisión de deberes de actuar y omitir con igualdad de bienes jurídicos!), salvo que se logre justificar que el autor actuó cumpliendo un deber que autorizaba salvar bienes jurídicos cuyo sacrificio no exige el Derecho a pesar de permitirlo y preferirlo.

En cualquier caso, lo que interesa destacar es que la justificación del comportamiento omisivo, como enseguida se verá, a lo que autoriza es a *no actuar en la dirección querida por el Derecho*. A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento activo y en omisiones atípicas, como las de los ejemplos anteriores, donde la justificación consiste en una autorización para *actuar en favor del bien jurídico que el ordenamiento quiere preservar por encima del sacrificado*, en el comportamiento omisivo la justificación va a consistir en una autorización *para actuar en favor del bien jurídico que el Derecho no exige, aunque sí permite, sacrificar*, esto es, para *no sacrificar activamente* el de menor interés en el estado de necesidad, el del autor de la agresión ilegítima en la legítima defensa, etc.

2. Conclusión provisional

De cuanto antecede cabe extraer la siguiente conclusión: *El derecho a no actuar para defender un bien jurídico que se vería lesionado con la actuación no es un caso de justificación del comportamiento omisivo.*

Los casos tratados habitualmente como de justificación de un comportamiento omisivo no son tales. Los ejemplos más citados para demostrarlo (30), erróneamente, son los del dueño del perro que *no hace nada* para impedir que éste persiga y muerda a los ladrones que huyen con el botín del robo que se acaba de cometer, y el de la esposa que no abre la puerta tras la que ha sido encerrado con llave su marido por el hijo, debido a la agresividad desplegada por el padre contra la familia, dado su estado de embriaguez.

Ciertamente nos encontramos aquí ante casos donde el no actuar mantiene un estado o crea una situación deseados por el Derecho frente al estado que se crearía si el autor *actuase* en una determinada dirección. No es el *no actuar* lo que debe justificarse en estos casos sino, como enseguida veremos, *actuar* en tales situaciones. El no actuar en estas situaciones, en realidad, no constituye siquiera una omisión típica: ¡Nunca puede constituir una omisión típica aquella que contuviera un deber de actuar constitutivo de un delito de acción! En efecto, la *acción* de llamar al perro que persigue a los autores de un robo del que ha sido víctima un tercero, significaría, por parte del dueño del perro, un acto de participación *activa* (delictiva) en el robo.

Algo parecido ocurre con el segundo ejemplo. Aquí no existe un ataque antijurídico por parte del padre, ni siquiera una amenaza de peligro de que el ataque se pueda producir, ya que tal peligro fue atajado, y justificó con anterioridad la legítima defensa, mediante un comportamiento *activo*, por parte del hijo (para cuyo ejercicio debió realizar, y debe continuar realizando, el tipo de detención). El hijo nunca realizó, ni realiza, un tipo omisivo justificado, a pesar de que en otras situaciones distintas a la presente estaría obligado por el deber de garante respecto a su padre. Lo que ocurre respecto a la madre, que es la base del ejemplo, es que el peligro atajado por el hijo mediante el comportamiento activo se restablecería si pusiese en libertad al padre. Que la madre no actúe en este sentido no realiza tipo omisivo alguno que necesite justificación. Lo que sí necesitaría justificación, en cambio, sería que la madre *actuase*, poniendo al padre en libertad, ya que entonces estaría creando *activamente* un estado no querido por el Derecho, esto es, antijurídico (*salvo que se pudiese justificar*), que la convertiría en partícipe necesaria de los actos de agresión que el padre pudiese realizar.

(30) *Vid.*, GUNTER SPENDEL, «LK», 10.^a ed., § 32, núm. marg. 200 y ss.

3. La no obligación de omitir actuar aunque ello entrañe la no salvación de bienes jurídicos: la justificación del comportamiento omisivo

La anterior conclusión sobre omisiones que no necesitan justificación por no ser omisiones típicas, no prejuzga nada sobre el hecho de que una *actuación* dirigida única y exclusivamente a *salvar* bienes jurídicos cuyo sacrificio activo estaría *autorizado*, a su vez, pueda constituir *la justificación de un comportamiento omisivo*, esto es: *el no sacrificio activo de un bien jurídico, a pesar de la autorización jurídica para ello, en base al cese de la obligación de omitir cuando la omisión entrañará la no salvación de bienes jurídicos importantes.*

De admitirse este planteamiento, el célebre *principio de la inversión* acuñado por Armin Kaufmann (31) para clarificar el concepto de «omisión» frente al de «acción» en Derecho penal, aplicado a las causas de justificación, diría así: *Mientras que la justificación del comportamiento activo autoriza a lesionar un bien jurídico para salvar otro bien jurídico y preservar, así, un estado querido por el Derecho, la justificación del comportamiento omisivo no obliga a omitir la salvación de un bien jurídico a pesar de que con ello no se contribuya a preservar el estado querido por el Derecho.*

En efecto, al estudiar la diferencia entre el estado de necesidad justificante y el genuino conflicto de deberes, se llegaba a la conclusión de que, cuando los bienes jurídicos en conflicto eran de igual valor, en cuanto al interés en su mantenimiento, cualquiera que el autor *salvara*, justificaría el sacrificio del otro por omisión, no salvándolo. Su comportamiento sería conforme a Derecho. Si el fundamento de tal principio, como se vio, reside en que el Derecho no puede *exigir* el sacrificio *activo* de determinados bienes jurídicos de la persona importantes, tal principio deberá aplicarse en los casos en que tal sacrificio activo estaría amparado por la legítima defensa.

Nadie está obligado por un deber de actuar a defender bienes jurídicos de forma ilimitada. La legítima defensa propia es un derecho que el ordenamiento jurídico concede al injustamente agredido, y nunca un deber que obligue a defenderse. Se puede renunciar a la legítima defensa propia. De la misma forma que la legítima defensa de terceros es una figura que *autoriza* a defender los bienes jurídicos de aquellos injustamente agredidos, pero no obliga, con amenazas penales, a prestar la ayuda necesaria y posible. Para ello hace falta la creación de un tipo específico que establezca un especial deber de ayuda o solidaridad entre los ciudadanos, o un deber de protección (incluidos los deberes de policías, bomberos, etc.).

La obligación de colaborar en la evitación del delito está limitada

(31) *Unterlassungsdelikte*, p. 87 y ss.

a un número reducido de importantes bienes jurídicos de la persona (32); y, además, siempre que ello no entrañe *riesgo alguno* (lo que incluye también al autor del delito). Aplicado al ejemplo del perro: El dueño del perro no está obligado por el mandato del artículo 338 bis del Código penal. Lo que quiere decir que, si decide llamar al perro, para evitar que éste muerda a los ladrones, está cumpliendo su deber de actuar desde la posición de garante que ostenta respecto al perro, sin que, por otra parte, realice un comportamiento delictivo contenido en un tipo de injusto (la no evitación del robo no está contemplada como «omisión del deber de evitar la comisión de un delito» del art. 338 bis) referido a la circunstancia de no haber prestado la ayuda a que autoriza la legítima defensa de terceros, o la legítima defensa propia en *interés del Estado* que, obviamente, no quiere que se cometan delitos ni que sus autores consigan su propósito delictivo.

Incluso, en cuanto que con su comportamiento activo (consistente en llamar al perro), cumpliendo el deber de actuar como garante de las lesiones que pueda causar su perro, ha propiciado que los ladrones huyan, cabría plantear si su conducta no es de complicidad en el delito de robo, al favorecer, eliminando el obstáculo representado por el perro, que los ladrones consigan finalmente su propósito, algo que, sin su actuación, habría sido evitado (por el perro). Sin embargo, para negar esta calificación de los hechos, cabe argumentar lo siguiente: El cumplimiento de un mandato exigido por el Derecho, en este caso de actuar (¡Evita las lesiones que puede causar tu perro!), *que mantiene su vigor porque no ha sido anulado por otro deber de mayor rango* (¡No se confunda la concurrencia de una autorización a actuar con el nacimiento de una obligación de omitir!), nunca puede configurar un comportamiento antijurídico, en este caso de complicidad (33).

De admitirse lo sustentado en los dos últimos apartados, resulta que el dueño del perro no se comporta antijurídicamente *en ningún caso*, tanto si *omite* actuar, no evitando las lesiones que ocasionará el perro a los ladrones, ya que ello no constituye una omisión típica, como si *actúa*, cumpliendo el deber de garante, que le obliga a evitar las lesiones que su perro causará, aunque con ello haya facilitado que los ladrones consigan su propósito delictivo. Lo que quiere decir, como luego se verá, que las causas de justificación permiten al autor de un comportamiento omisivo más opciones de comportamiento que al autor de un tipo comisivo.

(32) Así parece desprenderse claramente del artículo 338 bis del Código penal.

(33) La «prueba» de la legítima defensa avala esta conclusión: contra tal conducta no cabría ejercer la legítima defensa (*vid., infra*), ya que ésta (por todos: SAMSON, «SK», § 32, núm. marg. 12) requiere que el ataque sea antijurídico, lo que no ocurre en estos casos.

4. El criterio de la justificación del comportamiento omisivo como criterio unitario común al de la colisión de deberes

Si la justificación del comportamiento omisivo consiste en una autorización para actuar salvando un bien jurídico, se comprende mejor la peculiaridad de la colisión de deberes de actuar frente al estado de necesidad justificante, al tiempo que se manifiesta, también, lo que tienen en común todos los casos de justificación del comportamiento omisivo.

El estado de necesidad justificante, como se vio en su momento, exige, para autorizar la lesión de un bien jurídico, que el bien jurídico salvado tenga un interés preponderante sobre el bien jurídico sacrificado. Esta es la esencia del estado de necesidad justificante. En cambio, en la genuina colisión de deberes se admite que los bienes jurídicos en conflicto merezcan el mismo interés a la hora de sólo poder salvar uno de ellos porque, en realidad, no se autoriza a *lesionar*, mediante un comportamiento activo, un bien jurídico cuyo valor es igual al del salvado, sino que la autorización lo es a *no actuar* para *salvar*, de esta forma, un bien jurídico de igual valor que el sacrificio (lo que no es lo mismo que *sacrificar activamente* un bien jurídico de igual valor que el salvado).

Si se pone el acento sobre el bien jurídico no sacrificado, el conflicto de deberes no se distingue, en lo esencial, del estado de necesidad justificante. En ambos casos, el Derecho se propone lo mismo: no sacrificar *activamente* el bien jurídico que *no posee menor valor que el salvado*. O, extendiéndolo a todos los casos de justificación del comportamiento omisivo: *El ordenamiento jurídico autoriza a omitir todo aquello que iría en detrimento de la salvación del bien jurídico que el Derecho no exige sacrificar activamente* (34).

(34) En esta línea argumentativa, ya SCHMIDHAUSER, «AT», p. 687: «*En el delito de comisión* el comportamiento típico lesivo del bien jurídico sólo está justificado cuando con él se cumple una pretensión valorativa de *rango superior*. Ello resulta (en comparación con el delito de omisión) de que el sujeto actuante interviene modificando los acontecimientos; tal intervención sólo puede estar justificada, como lesión de pretensiones jurídicas, si proporciona algo mejor de lo que se produciría sin la intervención». «*En el delito de omisión*, en cambio, se trata del no actuar del autor, típicamente lesivo del bien jurídico; de aquí resulta, respecto a la justificación, una diferencia importante frente al delito de comisión: si colisionan, precisamente, dos deberes de actuar *del mismo rango* en una situación de hecho, de manera que el autor sólo puede cumplir uno, entonces puede elegir, omitiendo una de las acciones de forma justificada si realiza la otra, siendo indiferente cuál de ellas elija. Si, por el contrario, colisionan deberes de acción *de distinto rango*, de forma que el autor sólo puede cumplir uno, vale lo mismo que en el delito de comisión: el autor omite aquí una acción debida de forma justificada sólo si cumple el deber de superior de rango», p. 688: «Si un acontecimiento se dirige a empeorar por sí mismo, prohíbe el ordenamiento jurídico que alguien intervenga si no puede conseguir una mejora. Esto significa que el *actuar* en tal caso es antijurídico, pudiendo sólo resultar disculpado; mientras que el *no actuar*, en cambio, resulta justificado. Se trata, aquí, de una colisión de deberes de acción y de omisión».

IV. LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS FORMAS DE DEFENDER LOS BIENES JURIDICOS MEDIANTE UN COMPORTAMIENTO ACTIVO U OMISIVO QUE PERMITE EL DERECHO

La anterior conclusión sobre la justificación del comportamiento omisivo se deriva de la conclusión sobre la problemática del auténtico conflicto de deberes, cuya especificidad quedó claramente constatada; o, mejor dicho, la conclusión se basa en un principio general sobre la justificación del comportamiento omisivo (del que el conflicto de deberes sería una modalidad), según el cual no es lo mismo lesionar un bien jurídico que no evitar su lesión, por el que tanto la colisión de deberes como el estado de necesidad y las restantes causas de justificación actúan de muy distinta forma según que pretendan justificar un comportamiento activo o un comportamiento omisivo, ampliando considerablemente las posibilidades de quien quiere amparar en ellas un comportamiento omisivo frente a quien quiere amparar un comportamiento activo.

Para demostrar esta diferencia entre la justificación del comportamiento activo y la justificación del comportamiento omisivo basta preguntar qué puede hacer y qué puede omitir un sujeto para defender el bien jurídico que quiere salvar.

Si modificamos el ejemplo del perro, introduciendo la variante de que los autores del robo son los hijos de dueño del perro, y el perro no se dirige contra los ladrones, sino contra los policías que les persiguen, nos encontraremos con lo siguiente:

Si un padre observa cómo sus hijos, que han cometido un robo, son perseguidos por la policía, y observa también que el perro se dirige hacia sus hijos, con lo que dificultará su huida, puede *elegir* entre llamarlo (cumpliendo su deber de garante respecto a los hijos: justificación del comportamiento omisivo), y no llamarlo (legítima defensa de terceros por omisión: omitiendo lo que no constituye una omisión típica). Esta elección, que el ordenamiento jurídico propicia, amplía el ámbito de la justificación en la omisión, pues el padre nunca estaría autorizado a azuzar el perro contra los policías, para facilitar la huida de sus hijos, pero sí lo está a quitárselo de encima. El padre puede producir unas lesiones (mordeduras) por omisión, ejerciendo la legítima defensa de terceros (o la «Nothilfe» alemana), pero no podría proceder a una detención provisional, amparado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, azuzando al perro contra sus hijos, ya que la LECrim sólo autoriza a una retención provisional del autor del delito, pero no si para ello deben lesionarse otros bienes jurídicos, como la integridad de aquél (35).

(35) *Vid.*, por ejemplo, JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 378, núm. marg. 19.

Si un padre observa cómo sus hijos, que han cometido un robo, son perseguidos por la policía, y observa también que su perro se dirige hacia los policías, para cubrir la huida de sus amos, puede *elegir* entre llamarlo, cooperando activamente (legítima defensa de terceros) con la policía, cumpliendo su deber de actuar en base a un deber de protección derivado de una fuente de peligros (en este caso el perro) que, aunque no exige actuar cuando con ello tenga que cooperar a la pérdida o merma de bienes jurídicos que sus hijos experimentarán: lesiones, detenciones, etc., autoriza a hacerlo el Derecho (justificación del comportamiento omisivo), o no llamarlo, omitiendo lo que no constituye una omisión típica (no existe un deber de actuar en legítima defensa de terceros: art. 338 bis). Lo que demuestra que, mientras que el padre nunca estaría autorizado a azuzar al perro contra los policías, comportamiento activo no justificado, sí lo está a no impedir, omitiendo, que el perro muerda a los policías, a pesar del deber de garante respecto a ellos. El padre ni siquiera realiza el tipo de encubrimiento por omisión, ni siquiera el de lesiones a la integridad física de los policías, no llamando al perro; pero nunca podría realizar, de forma justificada, el tipo de encubrimiento azuzando activamente al perro contra los policías.

Las mismas alternativas se dan en el segundo ejemplo: La madre que observa cómo su hijo acaba de encerrar al padre, como único medio para evitar sus agresiones, puede *elegir* entre no intervenir, con lo cual coopera en el ejercicio de la legítima defensa activa del hijo por omisión de su parte, omisión que no constituye una omisión típica que fundamentara un deber de actuar para salvar el bien jurídico de la libertad del marido, o intervenir para evitar (*y sólo para evitar*) (36) la privación de libertad del padre, con lo cual cumple el deber de actuar, salvando la libertad del padre, ya que el Derecho le autoriza a eso (justificación del comportamiento omisivo), a pesar de que, con ello, coopere a posibles agresiones ilegítimas por parte de aquél.

(36) En la terminología de HURSCHKA (Jus 1971, p. 385 y ss.; *Strafrecht*, 2.^a ed., 1988, p. 68 y ss), se trata del cumplimiento de un «Sicherungshandlungspflicht», que no implica la lesión activa de bienes jurídicos del hijo (lo que sería antijurídico), sino la utilización de «Rettungschancen» permitidas a la madre en virtud del estado de necesidad. Sobre esta temática: KÜPER, *Grund- und Grenzfragen*, p. 80 y ss.; JAKOBS, *Lehrbuch*, p. 367 y ss., núm. marg. 9. Quien utiliza una de las ambulancias para salvar a un moribundo, aunque con ello cause la muerte de los restantes moribundos, que no pueden ser salvados, no realiza el tipo de homicidio (ni activamente ni por omisión); quien no suelta la tabla de Carneades que otro intenta arrebatarle, no realiza el tipo de homicidio, aunque cause la muerte de quien intenta quitársela.

V. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA ALTERNATIVA OMISIVA ELEGIDA POR EL AUTOR DEL COMPORTAMIENTO JUSTIFICADO

En el caso de que el autor opte por cumplir el deber de actuar, amparado en la causa de justificación que le cobija, al ser conforme a Derecho su comportamiento, no podrá verse afectado por lo que constituiría la acción de defensa dirigida contra quienes sí realizaron la agresión legítima (límite de la legítima defensa) (37). De esta forma, la víctima del robo, que sí podría disparar y herir a los autores del robo, si se dan los presupuestos de necesidad y proporcionalidad característicos de la legítima defensa, no podrá hacer lo mismo con quien ha cumplido su deber de actuar (ni siquiera privándole de libertad); pero, en cambio, en base al estado de necesidad defensivo, a su vez, nadie estaría obligado a omitir ejercer su derecho (en este caso: de legítima defensa) porque con ello frustrase el resultado perseguido por el autor con el cumplimiento de su deber de actuar, por ejemplo: omitiendo los gritos de «¡Alto!» y las carreras para que el perro pueda oír a su amo. Y, en el segundo ejemplo, el hijo no estará autorizado a encerrar a la madre para impedirle que ésta deje en libertad a su marido, pues a eso no le autoriza la legítima defensa. Pero, en cambio, estará autorizado por el estado de necesidad a incumplir el deber, en otras situaciones existente, de ayudar a su madre a cumplir su deber de garante: el hijo, por ejemplo, podría, pues, negarse a indicarle a la madre dónde se encuentran las llaves con las que encerró a su padre. Lo que, a su vez, no pueden hacer los sujetos de uno u otro caso es proferir gritos dirigidos única y exclusivamente a que el perro no pueda oír las voces de su amo (pues se restringiría *activamente* su libertad) o arrojar las llaves con que ha sido encerrado el padre por el hijo al río, para que la madre no pueda ponerlo en libertad (comportamiento *activo* que restringiría injustamente la libertad de la madre). Frente a tales comportamientos sí cabría ejercer la legítima defensa (38).

(37) Sobre los límites de la legítima defensa, *vid.*, exhaustivamente, SPENDEL, «LK», § 32, núm. marg. 204 y ss.

(38) Se trata de una legítima defensa contra un comportamiento activo no exigido ni permitido por el ordenamiento jurídico. Distinta de esta legítima defensa es la legítima defensa frente a la agresión representada por el comportamiento omisivo de quien está obligado a actuar («Sicherungshandlungspflicht») o de quien actúa para evitar el sacrificio de sus bienes jurídicos que exige el Derecho en el estado de necesidad (Sicherungs- und Obhutsduldungspflicht), en la terminología de HRUSCHKA, «JuS», 1979, p. 393. En los casos arriba considerados, tales deberes están anulados por el derecho concedido al autor a no sacrificar ninguno de los bienes jurídicos en conflicto.

VI. RESUMEN

Lo que define a un ordenamiento jurídico es que constituye un sistema de bienes a proteger mediante normas de hacer o de omitir, vinculantes para sus destinatarios. Cuando los bienes entran en colisión, el de mayor valor y el que no se va a ver afectado si se deja correr los acontecimientos tienen preferencia sobre el de menor valor y sobre aquel cuya salvación requeriría el sacrificio activo del otro. De esta forma se solucionan problemas penales como el del estado de necesidad y la colisión de deberes de omitir (prohibiciones) y deberes de actuar (mandatos). En cambio, cuando colisionan deberes de actuar entre sí, y a igualdad de bienes jurídicos en conflicto, el cumplimiento de cualquiera de los deberes justifica la no salvación del bien jurídico protegido por el deber no cumplido. La solución al dilema de la colisión de deberes de actuar se basa en que el autor no sacrifica activamente un bien jurídico de igual valor que el salvado, sino que se limita a no salvarlo, porque el Derecho no exige nunca que se sacrifique activamente un bien jurídico de igual valor que el salvado mediante semejante sacrificio. De ahí que resulten justificados aquellos comportamientos con los cuales el autor cumple su deber de salvar un bien jurídico (cuyo incumplimiento realizaría el tipo de un delito de omisión), a pesar de que al hacerlo omitirá la salvación de otro bien jurídico al que el ordenamiento atribuye mayor valor en el caso concreto. Incluso en cuanto que la acción realizada por el autor es estrictamente necesaria para la salvación del bien jurídico que ha decidido salvar, hace conforme a Derecho lo que en otro caso constituiría un comportamiento activo de lesión de un bien jurídico no querida por el Derecho.

Sobre el concurso entre causas de justificación

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de León

I

Aunque tradicionalmente los problemas concursales suelen suscitarse en el ámbito de las normas que prevén infracciones penales, cabe plantear también si es posible el concurso entre causas de justificación. Y en caso de que se responda afirmativamente a esa cuestión, resulta preciso determinar si los criterios de solución que se emplean en la teoría del concurso son transvasables a la concurrencia de causas de justificación.

La hipótesis de un concurso entre causas de justificación tiene no sólo relevancia teórica sino también práctica. En primer lugar, porque dado que las causas de exclusión del injusto presentan distintos presupuestos objetivos y subjetivos, no resulta irrelevante decidir cuál de las varias causas de justificación —en principio aplicables— va a dar lugar finalmente al efecto de conformidad de la conducta; desde una perspectiva *ex ante*, al sujeto que actúa le interesa saber qué requisitos debe cumplir para alcanzar la justificación: si los de una o los de otra causa de justificación; y desde una perspectiva *ex post*, el juez estará igualmente interesado en conocer si tiene que comprobar el cumplimiento de los presupuestos sólo de una o bien de varias causas de justificación, aunque sólo sea por el distinto esfuerzo y tiempo que conlleva cada una de esas posibilidades. Pero en segundo lugar, la importancia teórica y práctica de las hipótesis concursales entre causas de justificación se pone de relieve cuando una misma conducta resultaría conforme a Derecho según una causa de exclusión del injusto, pero contraria a Derecho según otra causa de justificación; la respuesta de un policía en el desempeño de sus funciones a una agresión ilegítima, consistente en la muerte del agresor, puede calificarse de desproporcionada desde el punto de vista del cumplimiento del deber (art. 8, 11) y por lo tanto no conforme a Derecho, pero simultáneamente puede entenderse que esa misma acción cumple

el requisito de la necesidad racional y los demás de la legítima defensa (art. 8, 4), con lo que la conducta quedaría justificada desde la perspectiva de esta última causa de exclusión del injusto. La alternativa que se presenta en este caso es la siguiente: o apreciar la legítima defensa con la consiguiente impunidad del policía, o desestimar el cumplimiento del deber, imponiendo al policía una pena, aunque posiblemente atenuada. Tal alternativa —impunidad o punición— acreditada por sí sola la necesidad de dedicar algunas reflexiones generales a las cuestiones concursales entre causas de justificación.

El planteamiento de estas cuestiones no debe resultar demasiado sorprendente. Es cierto que las situaciones concursales no sólo se dan entre figuras de delitos, sino también entre las circunstancias que excluyen alguna de las categorías del delito, es decir, entre las denominadas normalmente por doctrina y jurisprudencia «eximentes», que aparecen enumeradas en el artículo 8 del Código Penal español. Resulta perfectamente posible que en un supuesto de hecho concurren dos o más eximentes de distinta naturaleza. Así, por ejemplo, si el menor de dieciséis años actúa en legítima defensa, son apreciables las eximentes de minoría de edad penal (art. 8, 2) y de legítima defensa (art. 8, 4). Ahora bien, cada una de estas circunstancias ostenta una distinta naturaleza: en un caso se trata de una causa de inimputabilidad (o de incapacidad de culpabilidad), mientras que en el otro se trata de una causa de justificación. La solución de este concurso no debe sin embargo plantear especiales problemas: por razones sistemáticas y lógicas, derivadas de la teoría jurídica del delito, la eximente de legítima defensa debe ser considerada preferente, pues elimina la categoría del injusto que es previa a la de imputabilidad (o capacidad de culpabilidad); no es necesario atribuir a un sujeto una conducta que es conforme a Derecho. Ahora bien, la estimación de que un hecho se encuentra justificado comporta consecuencias más beneficiosas que las que se derivan de un hecho cometido por un inimputable: en materia de legítima defensa frente a esos hechos, de participación, de error, de imposición de medidas de seguridad y de responsabilidad civil. Por consiguiente, la preferencia de la causa de justificación sobre la de inimputabilidad constituye una consecuencia jurídica concursal que no coincide con las habituales en la teoría tradicional del concurso: acumulación, asperación, absorción, etc.; se asemeja únicamente a la del efecto oclusivo del tipo más benigno, pero en el caso que nos ocupa el concurso no se resuelve aplicando un tipo, en el sentido de un tipo de injusto, sino la calificación jurídica más benigna.

A la misma solución habría que llegar en los casos de concurso entre eximentes y atenuantes; por ejemplo, el menor de dieciséis años (eximente del art. 8, 2) es también necesariamente menor de dieciocho años (atenuante del art. 9, 3), pero obviamente en el caso de que realice un tipo de injusto, su responsabilidad quedará excluida y no

meramente atenuada (1). La regla de la calificación jurídica más benigna rige también cuando concurren atenuantes entre sí; Antón Oneca ofreció un supuesto suficientemente ilustrativo de ello: «los Tribunales han vacilado a veces entre el estado de necesidad incompleto y el arrebato y obcecación, y la decisión en el caso de que sean realmente incompatibles, debe recaer a favor de la eximente por determinar un descenso de la pena en uno o dos grados» (2).

La posibilidad de que se origine un concurso de eximentes de distinta naturaleza, de eximentes y atenuantes o de atenuantes entre sí, habla ya en favor de las hipótesis concursales en las eximentes de la misma naturaleza y, más en concreto, en las causas de justificación. Incluso creo que no se me podrá acusar de precipitado si respondo ya afirmativamente a una de las preguntas que formulaba al comienzo de este trabajo: estimo que es posible el concurso entre causas de justificación. El ejemplo ya formulado del policía que en acto de servicio mata al injusto agresor, avala esa afirmación. Pero también cabe pensar en otros supuesto: el que está amparado por legítima defensa (art. 8, 4), obra normalmente en el ejercicio legítimo de un derecho (art. 8, 11); el que actúa en virtud de obediencia debida (art. 8, 12), cumple un deber (art. 8, 11); quien en una situación de necesidad consistente en una colisión de deberes infringe uno de ellos (art. 8, 7), cumple asimismo un deber (art. 8, 11).

Queda pues por contestar a la cuestión de si los criterios de solución que se barajan en la tradicional teoría del concurso son también aplicables en el ámbito de las causas de justificación. Para intentar responder a ella, voy a contemplar a continuación el estado de la doctrina y de la jurisprudencia españolas sobre este tema; analizaré después las posiciones de la ciencia penal alemana; y, por último, dedicaré un apartado a las modalidades de concurso que pueden surgir entre causas de justificación, sin olvidar a las causas de justificación incompletas.

II

Pero lo que alcanzo a ver, en la doctrina española no se ha abordado en profundidad el concurso entre causas de justificación, pero sí se han estudiado aspectos parciales del problema o bien se han efectuado planteamientos que ciertamente tienen relación con el problema que aquí nos interesa.

(1) Admite también el concurso entre eximentes y atenuantes CÓRDOBA RODA en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO *Comentarios al Código Penal* t. 1 1976 p. 334.

(2) ANTÓN ONECA *Derecho penal* 2.ª ed. 1986 (anotada y corregida por HERNÁNDEZ GUIJARRO y BENEYTES MERINO) p. 497. La referencia a la atenuante de arrebato u obcecación corresponde en la actualidad a la circunstancia 8.ª del artículo 9.

Una de estas manifestaciones consiste en la preocupación por delimitar con bastante rigor el ámbito de aplicación de las distintas causas de justificación. Esta tendencia delimitadora se constata claramente en los criterios de distinción que se ofrecen para diferenciar la legítima defensa del estado de necesidad (3), pero también se aprecia a la hora de distinguir otras causas de justificación: así, el cumplimiento del deber y el estado de necesidad por colisión de deberes (4); o el ejercicio legítimo de un derecho y la legítima defensa (5); o la legítima defensa y el cumplimiento de un deber (6); o la obediencia debida y el cumplimiento de un deber (7); o el consentimiento y el estado

(3) Cfr., por ejemplo: CÓRDOBA RODA en *Comentarios al Código Penal* t. I cit. p. 245; LUZÓN PEÑA *Aspectos esenciales de la legítima defensa* 1978 p. 79 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General* 1984 pp. 285, 315, 322, 325, 370 ss.; LUZÓN PEÑA «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo» en *Comentarios a la legislación penal* t. V vol. I 1985, pp. 228-229; MIR PUIG *Derecho penal. Parte General* 2.ª ed. 1985 p. 381 y ss.; SÁINZ CANTERO *Lecciones de Derecho penal. Parte General* t. II 2.ª ed. 1985 p. 354; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ *Derecho penal español. Parte General* 12.ª ed. 1989 p. 556 y ss.; QUINTERO OLIVARES *Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed. 1989 pp. 452 470 y 472; MUÑOZ CONDE *Teoría general del delito* 2.ª ed. 1989 p. 98.

(4) Cfr. diversos criterios de distinción en: RODRÍGUEZ MOURULLO *La omisión de socorro en el Código Penal* 1966 p. 238 ss.; MIR PUIG «Problemas del estado de necesidad en el artículo 8, 7.º del Código Penal» en *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez Vitoria*, t. I 1983 p. 513 y ss.; CUERDA RIEZU *La colisión de deberes en Derecho penal* 1984 p. 253 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito*, cit. pp. 403, 405, 411; BACIGALUPO *Principios de Derecho penal. II: El hecho punible* 1985 p. 81; MIR PUIG *PG* cit., p. 414 y ss.; CEREZO MIR «Noción del estado de necesidad como requisito básico de la eximente del núm. 7 del artículo 8.º del Código Penal español. Estado de necesidad y colisión de deberes» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* núm. 11 monográfico 1986 p. 205 ss.; Díez RIPOLLES «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario» en *Cuadernos de Política Criminal* núm. 30 1986 pp. 636-637; el mismo «El artículo 417 bis del Código Penal y su naturaleza jurídica» en *Comentarios a la legislación penal*, t. IX 1989 p. 116 nota 165; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor* 1987 p. 45 ss., especialmente pp. 46-48 nota 51; QUINTERO OLIVARES *PG* cit., pp. 445-446.

(5) Cfr. por ejemplo: MIR PUIG *PG* cit. p. 420; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ *PG* cit. p. 512.

(6) Cfr. por ejemplo: CÓRDOBA RODA en *Comentarios al CP* cit. pp. 366-369; LUZÓN PEÑA *Aspectos básicos*, cit. pp. 51, 103 y ss., especialmente p. 104 nota 405; QUERALT I JIMÉNEZ, «Coacción directa y justificación» en *Revista Jurídica de Cataluña* 1983 núm. 3 pp. 112, 115 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito* cit. pp. 401 ss., 405, 411 y s.; MIR PUIG *PG* cit. pp. 417 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA *Tocildo Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito* 2.ª ed. 1986 pp. 260 s.; CEREZO MIR «La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales* t. 40 1987 pp. 282-283; CEREZO MIR «Cumplimiento del deber por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* núm. 12 (homenaje al Prof. José Antonio Sáinz Cantero) 1987 (publicado en 1989) vol. I pp. 61-62; MUÑOZ CONDE *Teoría general del delito* cit. p. 110.

(7) Cfr. QUERALT I JIMÉNEZ *La obediencia debida en el Código Penal* 1987 pp. 445 ss., con más indicaciones bibliográficas; QUINTERO OLIVARES *PG* cit. pp. 444-445; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito* cit. p. 107.

de necesidad (8). Por otra parte, si se estima que la exigente de miedo insuperable es también una causa de justificación, opinión que yo comparto (9), puede incluirse también aquí la distinción entre miedo insuperable y estado de necesidad (10), o entre miedo insuperable y legítima defensa (11).

Tal vez este interés en trazar límites entre unas y otras causas de justificación obedezca al amplio catálogo de éstas que ofrece el propio Código Penal; esta amplitud determina a su vez que algunas de ellas muestren unos rasgos semejantes; ahora bien, la similitud de dos preceptos obliga al intérprete a buscar las diferencias que los separan, con el fin de reconocer un ámbito de aplicación distinto a cada uno de ellos. El principio de vigencia da preferencia a la interpretación que otorga sentido a un precepto o grupo de preceptos, frente a aquella otra interpretación que les niega su sentido y se inclina por su carácter superfluo (12).

Me parece, no obstante, indudable que una estricta diferenciación entre las causas que excluyen el injusto, tiene una directa repercusión sobre las posibilidades de concurso entre ellas. Puede formularse la regla de que cuanto mayor sea la diferenciación menos serán los supuestos de concurso que puedan surgir. Si, por ejemplo, para definir el ámbito de aplicación de la causa de justificación A se exige que no se dé el ámbito de aplicación de la causa de justificación B, entonces queda claro que no es posible que concurren A y B.

Otro planteamiento cercano al problema que nos ocupa tiene lugar cuando se reconoce que alguna de las causas de justificación presenta un carácter genérico frente a todas las demás. Así, Cobo del Rosal y Vives Antón afirman que el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo es una causa de justificación genérica, frente a la cual las demás no representan sino supuestos específicos (13); de forma similar, Carbonell Mateu estima que la exigente undécima del artículo 8 desempeña el papel de cláusula general de justificación (14). No obstante, otros autores descar-

(8) Cfr. MIR PUIG *PG* cit. p. 457, si bien este autor no atribuye al consentimiento, con carácter general, la naturaleza de una causa de justificación; MUÑOZ CONDE *Teoría general del delito* cit. pp. 114-115.

(9) En este sentido: GIMBERNAT ORDEIG *Introducción a la Parte General del Derecho penal español* 1979 p. 66; CUERDA RIEZU *La colisión de deberes* cit. pp. 250 y ss. nota 11; GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito* cit. pp. 435 y ss.

(10) Cfr. al respecto: CÓRDOBA RODA en *Comentarios al Código Penal* t. I cit. pp. 356 y 358; CUERDA RIEZU *Colisión de deberes* cit. pp. 250 y ss. nota 11, con más indicaciones bibliográficas; GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito* cit. pp. 429-435 ss.

(11) Cfr. por ejemplo: CÓRDOBA RODA en *Comentarios al Código Penal* t. I cit. pp. 346 s.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito* cit. pp. 355-357.

(12) Sobre el principio de vigencia cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN *Derecho penal. Parte General* 3.^a ed. 1990 p. 93.

(13) Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN *PG* cit. p. 359.

(14) Cfr. CARBONELL MATEU *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes* 1982 pp. 128-129. QUINTERO OLIVARES *PG* cit. pp. 446/447 pone de manifiesto

tan este planteamiento; así Octavio de Toledo y Huerta Tocildo estiman que dicha causa de exclusión del injusto tiene un carácter subsidiario y residual frente a las demás, de modo que sólo será aplicable cuando no sean apreciables otras causas de justificación, como la legítima defensa o el estado de necesidad (15).

Por otro lado, un sector de la doctrina ha efectuado una contraposición entre causas de justificación genéricas y causas de justificación específicas. Cabe mencionar aquí a autores como Rodríguez Muñoz (16), Jiménez de Asúa (17), Rodríguez Mourullo (18), Sáinz Cantero (19) o Cerezo Mir (20). Parten de la idea de que las causas de justificación incluidas en el artículo 8 son *en principio* aplicables a todas las figuras delictivas previstas en la Parte Especial del Código, y de ahí que reciban la denominación de genéricas; pero existen además concretas causas de justificación previstas para una determinada infracción y que por lo tanto son específicas. Rodríguez Mourullo explica que la subsistencia de tales causas de justificación específicas obedece a motivos históricos: inicialmente las causas de justificación se regulaban en referencia a concretos delitos, pero progresivamente, y por razones de técnica y economía legislativa, los Códigos actuales se ocuparon de ellas en su Parte General; no obstante, alguna de estas causas de justificación específicas vinculadas a determinados delitos, ha subsistido a pesar del proceso de generalización (21). Se observa pues que el carácter de causas específicas se vincula al hecho de que son aplicables a un delito y no a la circunstancia de que sean concreciones de una causa de justificación más genérica.

Si bien se acepta esta categoría de las causas de justificación específicas, no existe acuerdo sobre todos los supuestos que deben incluirse dentro de ella. El caso que menos discusión plantea es la disposición contenida en el artículo 491, que exime de la pena prevista para el delito de allanamiento de morada, cuando el que entra en la morada ajena lo hace para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, o al que efectúa la misma conducta para prestar

que «del ejercicio legítimo del derecho se ha dicho que constituye la *matriz* de todas las causas de justificación, que podrían resumirse en ella ya que expresa la esencia de todas las demás» (cursiva en el original).

(15) Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO *PG* cit. p. 250.

(16) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ *Notas a la traducción del Tratado de Derecho penal de MEZGER* t. I 1935 p. 167, manifestando que la existencia de causas de justificación específicas constituye «un defecto en la estructura técnica del Código».

(17) Cfr. JIMÉNEZ DE ASUA *Tratado de Derecho penal* t. III 3.ª ed. 1965 p. 1060.

(18) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuricidad» en *Estudios penales. Libro Homenajes al Prof. J. Antón Oneca* 1982 p. 511.

(19) Cfr. SÁINZ CANTERO *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, t. II 2.ª ed. 1985 p. 324.

(20) Cfr. CEREZO MIR *Curso de Derecho penal español. Parte General I* 3.ª ed. 1985 p. 404.

(21) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO *ibidem*.

algún servicio humanitario o a la justicia (22). Se suele reconocer también que una modalidad de *exceptio veritatis*, la que consiste en la prueba de la verdad de las imputaciones injuriosas dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, prevista en el primer inciso del párrafo primero del artículo 461, constituye una causa de justificación específica (23), si bien algún autor no comparte esta opinión (24). Un sector de la doctrina menciona en este contexto la salvedad incluida en el actual artículo 489 ter, relativo al delito de omisión del deber de socorro, salvedad expresada en los siguientes términos: «cuando pudiese hacerlo [sc. prestar socorro] sin riesgo propio ni de tercero» (25), postura que ha sido rechazada por otro sector doctrinal (26). Más discutible es la exención de responsabilidad, regulada en el párrafo tercero del artículo 497, por descubrimiento de secretos y que alcanza «a los padres, tutores o quienes hagan sus veces en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia» (27). La inclusión en 1985 del artículo 417 bis, que contiene las llamadas indicaciones del aborto, suscitó la polémica en torno a su naturaleza, siendo dominante en la actualidad la concepción que las considera causas de justificación específicas (28).

(22) Cfr. en este sentido, por ejemplo: JIMÉNEZ DE ASÚA *Tratado* cit. p. 1060; SUÁREZ MONTES *El delito de allanamiento de morada separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1986 pp. 36 y 38-39; QUINTANO RIPOLLES *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal* t. I vol. II 2.^a ed. (puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG) 1972 p. 991; CEREZO MIR *Curso* cit. p. 404; BUSTOS RAMÍREZ *Manual de Derecho penal. Parte Especial* 1986 p. 104; JORGE BARREIRO *El delito de allanamiento de morada* 1987 p. 85; MUÑOZ CONDE *Derecho penal. Parte Especial* 7.^a ed. 1988 p. 156; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU *PE* cit. p. 732; BAJO FERNÁNDEZ *Manual de Derecho penal (Parte Especial). Delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil* 1989 p. 93; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ *Derecho penal español. Parte Especial* 12.^a ed. 1989 pp. 325 y ss.

(23) Así, entre otros: JIMÉNEZ DE ASÚA *ibidem*; CEREZO MIR *ibidem*; CUERDA RIEZU *Colisión de deberes* cit. pp. 75 y s.; BUSTOS RAMÍREZ *PE* cit. p. 170; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *Honor y libertad de expresión* cit. p. 89, con indicación de doctrina más antigua en el mismo sentido; MUÑOZ CONDE *PE* cit. p. 120; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ *PE* cit. p. 244.

(24) Cfr. VIVES ANTÓN en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU *PE* cit. pp. 605 y s.

(25) Cfr. en este sentido RODRÍGUEZ MOURULLO en *Libro Homenaje a Antón* cit. p. 511.

(26) Cfr. CEREZO MIR *Curso* cit. pp. 404-405 nota 12.

(27) Cfr. la controversia sobre si este precepto constituye una causa de justificación específica o una excusa absolutoria, en CEREZO MIR *Curso* cit. pp. 404-405 nota 12 con bibliografía en ambos sentidos, otorgando este autor a dicho precepto la naturaleza de una excusa absolutoria.

(28) En este sentido ya me manifesté en relación al precepto análogo recogido en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal (art. 148); cfr. CUERDA RIEZU «El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal» en *Documentación Jurídica* núm. 37-40 vol. 1 1983 pp. 375 y ss. Una visión exhaustiva de la doctrina actual ofrece Díez Ripolles en *Comentarios a la legislación penal* t. IX cit. pp. 91 ss., quien se manifiesta también partidario de considerar que las indica-

Sin embargo, no se acostumbra a mencionar dentro de esta categoría el segundo párrafo del artículo 428, que exime de la pena correspondiente a las lesiones cuando media consentimiento libre y expresamente emitido en los supuestos de trasplantes de órganos efectuados con arreglo a la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo; seguramente, este olvido tiene su razón en los graves problemas que suscita el artículo 428 y en la polémica que reina en torno a la naturaleza del consentimiento, pero por lo general se admite que este precepto, cuando se acomete su estudio más particularizado, representa una causa de justificación (29); creo que esta opinión puede ser compartida cuando la actuación del facultativo realiza la parte positiva del tipo de lesiones, bien por no perseguir una finalidad curativa, bien por no tener éxito la intervención. Por otra parte, no se califica de causa de justificación específica la cláusula «como no sea en justa defensa», que aparece en el vigente artículo 585, 1.º, relativo a la falta de amenazas leves con armas o sacándolas en riña, tal vez por entender que supone una simple remisión a la causa de justificación de legítima defensa del artículo 8, 4. Tampoco se ha extendido la calificación de causas de justificación específicas a los denominados por la doctrina alemana «elementos de valoración global del hecho» (30); estos elementos se manifiestan a veces con expresiones tales como «sin estar legítimamente autorizado» (art. 496), «fuera de los casos permitidos por la Ley» (art. 482), etc. (31); se trata pues de elementos de los que depende la total anti-juridicidad de la conducta y que remiten por lo general a todas las causas de justificación, no añadiendo por tanto ningún dato específico que permita considerarlos causas de justificación especiales o específicas frente a las genéricas (32) (33).

ciones son causas de justificación específicas (pp. 102 y 110 ss.). Con posterioridad, también en el mismo sentido, LUZÓN PEÑA «Indicaciones y causas de justificación en el aborto» *Poder Judicial* núm. 13 1989 pp. 30 y ss.

(29) Cfr. en este sentido, y por citar sólo algunas obras generales: GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito* cit. pp. 400 y 426; BAJO FERNÁNDEZ *Manual de Derecho penal (Parte Especial). Delitos contra las personas* 1986 p. 163; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TROCILDO *PG* cit. p. 256; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU *PE* cit. p. 580; MUÑOZ CONDE *Teoría general del delito* cit. p. 116.

(30) Cfr., por ejemplo: ROXIN *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico* 1979 p. 131; JESCHECK *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* 4.ª ed. 1988 p. 223.

(31) Cfr. sobre estos y otros supuestos, su naturaleza y alcance, MIR PUIG *Adiciones al Tratado de Derecho penal. Parte General* de JESCHECK vol. I 1981 pp. 344 y s.

(32) El problema que plantean estos elementos es ante todo si pertenecen al tipo o a la antijuridicidad y, correlativamente, si pueden dar lugar a causas de atipicidad o a causa de justificación, con las consiguientes implicaciones en materia de error. Según PERRON «Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado» *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* t. 41 1988 p. 147 en España «la delimitación entre exclusión de la tipicidad y justificación se ha cuestionado mucho

Otro planteamiento de la doctrina española, que se aproxima aún más a los problemas concursales entre causas de justificación, se observa en el empleo de una técnica que podría designarse «de remisión a otra causa de justificación»; dicha técnica consiste en lo siguiente: ante la ausencia de uno de los presupuestos de una causa de justificación, se indica que no es posible amparar la conducta bajo esa causa de justificación, pero sí cabe considerar conforme a Derecho esa misma conducta de acuerdo a otra causa de justificación. Ello ocurre con bastante frecuencia en la legítima defensa: si falta alguno de sus requisitos, hay autores que admiten la posibilidad de recurrir al estado de necesidad (34), o al miedo insuperable (35); pero también se procede de la misma manera en el ámbito del estado de necesidad, recurriéndose al miedo insuperable (36); o en el del consentimiento, recurriéndose al estado de necesidad (37); o en el de la obediencia

menos que en Alemania, decidiéndose en general desde perspectivas predominantemente formales, en función de la posición del precepto correspondiente en la Parte General o en la Parte Especial del Código», si bien reconoce (p. 147, nota 36) que algunos autores españoles admiten la existencia de causas de justificación en la Parte Especial del Código Penal.

(33) Según QUINTERO OLIVARES *PG* cit. p. 443, cuando se presentan estos elementos «no procede invocar la eximente 11.ª del artículo 8, la cual queda reservada precisamente para conductas típicas cuya justificación no ha sido prevista “a priori” por el derecho».

(34) Cfr., por ejemplo: MAGALDI *La legítima defensa en la Jurisprudencia española* 1976 pp. 132-133 (cuando el ataque a los bienes jurídicos no procede de una acción); LUZÓN PEÑA: *Aspectos esenciales* cit. pp. 147 (en la misma hipótesis) 474/475 (cuando el ataque a la propiedad o a la morada no constituye agresión según el art. 8, 4, pero remitiendo en tal caso a un estado de necesidad defensivo propuesto de *lege ferenda*); GIMBERNAT ORDEIG *Introducción a la Parte General del Derecho penal español* 1979 pp. 55-56 (cuando falta la acción) y 57 (cuando el ataque a la propiedad o a la morada no constituye agresión según el art. 8, 4); GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito* cit. pp. 335 (cuando la defensa se dirige contra hechos imprudentes), 336 y s. (cuando la defensa se dirige contra omisiones), 341/342 (cuando la defensa se dirige contra un hecho que constituye legítima defensa incompleta por exceso intensivo, pero cubierto éste por miedo insuperable) y 371/372 (cuando el ataque a la propiedad o a la morada no constituye agresión en el sentido del art. 8, 4 y cuando la agresión es ilícita según otros sectores no penales del ordenamiento jurídico); SÁINZ CANTERO *Lecciones* t. 2 cit. pp. 342 (cuando el ataque a la morada no constituye agresión del art. 8, 4) y 345 (cuando el ataque proviene de animales); BACIGALUPO *Principios* cit. pp. 73 (cuando el ataque proviene de animales) y 175 (cuando el que se defiende legítimamente lesiona bienes ajenos por imprudencia); ANTÓN ONECA *Derecho penal* cit. p. 275 (cuando el ataque a la propiedad o a la morada no constituye agresión según el art. 8, 4). LUZÓN PEÑA en *Comentarios a la legislación penal* t. V cit. remite bien al estado de necesidad genérico (pp. 242, 248 y 250), bien al estado de necesidad defensivo, propuesto por él ahora como causa de justificación supralegal (pp. 235, 240, 242 y 262).

(35) Cfr. en este sentido CÓRDOBA RODA en *Comentarios al Código Penal* t. 1 cit. pp. 347 y s. con indicaciones jurisprudenciales en la misma dirección.

(36) Cfr., por ejemplo: GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito* cit. pp. 377-378 y 381; MUÑOZ CONDE *Teoría general del delito* cit. p. 101.

(37) Así, cuando el paciente que no consiente es sometido a una intervención médica con resultado positivo, porque concurre una situación de necesidad que justificaría las coacciones; cfr. en este sentido: CÓRDOBA RODA en *Comentarios al Código Penal*

debida, recurriéndose al estado de necesidad o al miedo insuperable (38); o finalmente, en el del ejercicio de un derecho, recurriéndose a la legítima defensa o al estado de necesidad (39). Esta técnica de la remisión presupone implícitamente que las causas de justificación no se encuentran aisladas entre sí —como islotes en el mar— sino que mantienen relaciones más o menos fluidas, relaciones en las que no se ha profundizado. Parece deducirse de ello que alguna causa de justificación ejerce una «función de recogida» —como ocurre con las normas subsidiarias (40)— de supuestos no abarcados por otra causa de justificación. Sin embargo, no todos ven las cosas de la misma manera: un sector doctrinal se opone a esta técnica de la remisión. Así, Mir Puig estima que «que si el “mal” que amenaza constituye un hecho típicamente antijurídico, será una *agresión antijurídica* frente a la cual no procede la aplicación del estado de necesidad, sino de la *legítima defensa*», añadiendo que en tal caso queda desplazado el estado de necesidad frente a la conducta típica, por ser preferente la aplicación de la legítima defensa (41). Por su parte, Rodríguez Devesa y Serrano Gómez niegan que el ejercicio de un derecho del artículo 8, 11 pueda tener una función de recogida respecto a conductas que no se encuentran amparadas por la legítima defensa, indicando que «cuando una persona es víctima de un *ataque* a uno de sus derechos no actúa lícitamente si no es dentro del ámbito de la legítima defensa» (42). Y Bacigalupo, por último, rechaza que en caso de ausencia de consentimiento por parte del paciente, se pueda justificar la transfusión de sangre coactiva mediante el estado de necesidad, argumentando que «es un principio general del estado de necesidad, reconocido hoy en la teoría, que no se le puede invocar para dejar de lado la aplicación de causas de justificación específicas o “reglas especiales de solución de conflictos”, sobre todo cuando la acción afecta a derechos fundamentales» (43). De estas opiniones —contrarias a la técnica de la remisión— cabría deducir que cada causa de justificación tiene un ámbito propio de aplicación, de manera que si la conducta se adecúa a dicho ámbito, no está permitido

1. I p. 366; GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito* cit. p. 395; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO *PG* cit. p. 255; MUÑOZ CONDE *Teoría general del delito* cit. p. 113.

(38) Cfr. en este sentido: MUÑOZ CONDE *Teoría general del delito* cit. pp. 107/108.

(39) Cfr. en este sentido: MUÑOZ CONDE *Teoría general del delito* cit. p. 111.

(40) Cfr. SANZ MORÁN *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa* 1986 p. 123.

(41) MIR PUIG *PG* cit. p. 395 (cursivas en el original). Este autor admite, no obstante, un caso en que frente a una agresión ilegítima se actúa amparado por estado de necesidad: cuando el agredido interpone entre él y el agresor a un tercero sobre el que ha de recaer la agresión; este caso es denominado «defensa que recae sobre un tercero» (op. cit., pp. 382 y 395).

(42) RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ *PG* cit. p. 512 (cursivas en el original).

(43) BACIGALUPO «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física» *Poder Judicial* núm. especial XII (Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal) 1989-1990 p. 161.

salir de él mediante el recurso de amparar la conducta bajo otra causa de justificación.

La admisión del concurso en sentido estricto entre causas de justificación ha sido una postura minoritaria en la ciencia penal española. Inicialmente, la doctrina se sirve de las soluciones concursales al ocuparse de las relaciones entre la legítima defensa y otras causas de justificación, en especial con el cumplimiento del deber; pero con la introducción en el Código del artículo 417 bis, se extiende el campo de aplicación del concurso a las relaciones entre el estado de necesidad del artículo 8, 7 y las indicaciones que justifican el aborto. En 1978 Luzón Peña reconoce por vez primera en España, según creo, la posibilidad de que la legítima defensa quede desplazada por otra causa de justificación más especial (44). Y posteriormente este mismo autor pone de relieve que hay causas de justificación específicas que imponen límites más estrictos, lo que excluye el recurso a otras causas de justificación; en su opinión esto ocurre con la actuación de la autoridad o sus agentes: éstos no pueden quedar justificados por legítima defensa sino por otras causas de justificación —como el ejercicio del cargo, el cumplimiento del deber o la obediencia debida—, que son más restrictivas para apreciar la conformidad a Derecho, y todo ello en virtud de las reglas del concurso de normas (45). En el mismo sentido se ha manifestado Queralt y Jiménez, admitiendo que la actividad policial debe ampararse en el ejercicio del cargo, por hallarse esta causa de justificación en relación de especialidad frente a la legítima defensa por razón del sujeto (46). También Cerezo Mir admite la misma solución, entendiendo que existe un concurso de leyes entre la legítima defensa propia y el cumplimiento del deber por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, si son víctimas de una agresión ilegítima en el ejercicio de sus funciones o con motivo de las mismas; en opinión de Cerezo tal concurso debe resolverse en favor de la causa de justificación del número 11 del artícu-

(44) LUZÓN PEÑA *Aspectos esenciales* cit. p. 412, expresa lo siguiente: «En efecto, si se puede demostrar que para la protección de un determinado bien jurídico ya existe una norma o una serie de normas, que conceden unas concretas facultades defensivas menos amplias que las de la legítima defensa y que constituyen una legislación protectora cerrada, terminante, definitiva y concluyente —y por tanto, excluyente—, no hay más remedio que excluir para ese bien jurídico la aplicación de la norma general de la legítima defensa en virtud del principio “lex specialis derogat legi generali”. Ahora bien, lo difícil será saber si en el caso concreto realmente esas otras normas protectoras tienen ese carácter de regulación cerrada, definitiva, concluyente y, por tanto, excluyente de la legítima defensa, pues ello supone un complicado problema de interpretación del sentido y finalidad de la correspondiente norma jurídica, los posibles criterios para decidir en uno u otro sentido en cada caso no son muy precisos, con lo que la respuesta frecuentemente será algo arbitraria y en la práctica habrá grandes dificultades para ponerse de acuerdo sobre si los bienes jurídicos en cuestión son o no legítimamente defendibles».

(45) Cfr. LUZÓN PEÑA en *Comentarios a la legislación penal* t. V cit. pp. 250/251.

(46) Cfr. QUERALT I JIMÉNEZ *Revista Jurídica de Cataluña* 1983 núm. 3 p. 123.

lo 8, de conformidad al criterio de la especialidad (47). Sin embargo, Portilla Contreras se inclina en principio por la preferencia del cumplimiento del deber, quedando desplazados la legítima defensa y el estado de necesidad; pero excepcionalmente, cree admisible que el funcionario policial quede amparado por legítima defensa o por estado de necesidad, siempre que su actuación no cumpla el requisito de la proporcionalidad (48).

Como he mencionado antes, también en el ámbito de las indicaciones del artículo 417 bis se ha utilizado la teoría del concurso. Díez Ripollés opina que este precepto se halla, por lo que se refiere al primer requisito del artículo 8, 7, en relación de especialidad respecto a éste, puesto que las indicaciones contemplan una específica constelación de intereses, que son ponderados de forma especial y con un resultado legalmente establecido, que puede ser distinto del que se derivaría de aplicar la ponderación genérica del estado de necesidad (49).

Por mi parte, en otro lugar he efectuado algunas referencias al problema general del concurso entre causas de justificación, indicando que alguna de ellas podía ostentar el carácter de especial frente a otras (50).

III

Este es, pues, el panorama que presenta la ciencia penal española en relación al tema que nos ocupa. Si se centra ahora la atención en la postura que adopta en torno a estas cuestiones la jurisprudencia española más reciente, cabe observar unas tendencias similares a las que se acaban de analizar.

El Tribunal Supremo también manifiesta una preocupación por diferenciar las causas de justificación entre sí. Así, distingue entre legítima defensa y estado de necesidad (51); entre legítima defensa y cumplimiento del deber (52); entre cumplimiento del deber y ejerci-

(47) Cfr. CEREZO MIR *ADPCP* t. 40 1987 p. 283; el mismo *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* núm. 12 1987 vol. 1 pp. 61-62.

(48) Cfr. PORTILLA CONTRERAS «El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber» *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* núm. 13 (Homenaje al Prof. José Antonio Sáinz Cantero) t. II 1987 (publicado en 1989) pp. 176-179.

(49) Cfr. DIEZ RIPOLLES en *Comentarios a la legislación penal* t. IX cit. pp. 118 ss.

(50) Cfr. CUERDA RIEZU *Colisión de deberes* cit. pp. 77 nota 64 y p. 266.

(51) La STS 3-12-1987 (A. 9529) exige en el estado de necesidad que el mal que amenaza sea actual o inminente «por similitud con la exigente general de legítima defensa». En la STS 29-10-1988 (A. 8250) se indica que «[...] el estado de necesidad invocado carece de todo soporte fundamentador, pues el ataque o acción que lo caracteriza es, dentro de una nota común dada por la situación de necesidad, contradictorio con la legítima defensa como lo son en todos los órdenes la acción y la reacción».

(52) La importante STS 9-12-1986 (A. 7859), en su Fundamento de Derecho quinto, crítica, con abundantes citas de resoluciones, la línea jurisprudencial ya abandona-

cio legítimo del cargo (53). Aunque la práctica califica el miedo insuperable como una causa de inculpabilidad, de inexigibilidad o incluso de exclusión de la acción —y no como causa de exclusión de la antijuridicidad—, es posible incluir aquí aquellas resoluciones que diferencian esta eximente de otras causas de justificación, dado que en mi opinión el miedo insuperable constituye una causa de exclusión del injusto. La jurisprudencia ha establecido criterios de distinción entre estado de necesidad y miedo insuperable (54). Particular atención merece el tratamiento de las relaciones entre legítima defensa y miedo insuperable; en ocasiones se atribuye al miedo frente al agresor la función de fundamentar un exceso putativo en la legítima defensa (55); pero más frecuentemente la jurisprudencia acepta que el miedo insuperable exculpe el exceso defensivo (56). En este sentido, alguna resolución, aunque reconoce que en el supuesto de hecho se cumple el requisito segundo de la legítima defensa, declara que «en todo caso, es indudable, que procede estimar la concurrencia del miedo que, como es sabido, constituye el prototipo de las emociones asténicas de fondo endotímico, con trascendencia sobre la culpabilidad, apreciable al menos en el grado en que fue apreciado por el Tribunal de Instancia el que, como este Tribunal ha declarado con reiteración, cubre el posible exceso en la defensa, que no son incompatibles como se dice en la sentencia recurrida, sino que por el contrario, la fórmula mixta de exención combinando defensa y miedo, ha venido siendo aceptada por la Doctrina y tenido reflejo en Códigos tanto antiguos como modernos» (57).

Tampoco ha desconocido el Tribunal Supremo la existencia de causas de justificación específicas, encuadradas en la Parte Especial del Código, y ha calificado de tal manera, por ejemplo, la disposición

da, que exigía agresión ilegítima como presupuesto para justificar el uso de la fuerza por la Autoridad o sus agentes en virtud del artículo 8, 11, por entender que tal requisito oscurecía la distinción entre esta causa de justificación y la legítima defensa. En el mismo sentido se manifiesta la STS 24-6-1988 (A. 5318). Sin embargo, la STS 8-3-1986 (A. 1415), aprecia legítima defensa a un miembro de la Guardia Civil que se encontraba de servicio.

(53) Así, la STS 24-6-1988 (A. 5318) indica al respecto que «aunque no coinciden plenamente [...], no hay duda de que se produce un amplio solapamiento en el contenido de ambas causas de justificación cuando el interesado es la Autoridad o agente de la autoridad que desempeña un cargo público [...].»

(54) La STS 10-10-1988 (A. 7723) aproxima la esencia de ambas eximentes, al emplear la siguiente definición: «situación de necesidad *sui generis* en que el miedo insuperable eventualmente consiste».

(55) En este sentido vid. SSTS 2-10-1981 (A. 3597) y 18-11-1987 (A. 8542). Cfr. sobre ello en la doctrina RODRÍGUEZ MOURULLO *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo* 1976 pp. 92-94. Contra la construcción de un «exceso putativo en la legítima defensa» se han pronunciado GÓMEZ BENÍTEZ *Teoría jurídica del delito* cit. pp. 358 y s. y MIR PUIG *PG* cit. p. 376.

(56) Así, las SSTS 23-5-1975 (A. 2327); 30-10-1985 (A. 5073); 10-10-1988 (A. 9186).

(57) STS 29-9-1984 (A. 4780).

contenida en el artículo 491 (58), reconociendo además la posibilidad de que otros preceptos regulen causas de justificación específicas (59). Por otra parte, alguna decisión jurisprudencial se ha referido a los elementos de valoración global del hecho (aunque sin emplear esta denominación), en particular al contenido en el delito de coacciones, y ha entendido «la cláusula de obrar “sin estar legítimamente autorizado”, en el sentido de no concurrir ninguna causa de justificación»; la misma sentencia se plantea más adelante, aunque sin resolverlo, el problema de si tal elemento pertenece al tipo o a la antijuridicidad, con las consecuencias que de ahí se derivan para la calificación de error de tipo o error de prohibición si el sujeto se equivoca sobre la legitimidad de la autorización (60).

Cuando el Tribunal Supremo ha suscitado la cuestión de la compatibilidad de varias causas de justificación, ha sido para negar tal posibilidad. Esta negativa a apreciar simultáneamente dos causas de justificación se fundamenta en el conocido principio de que un mismo hecho no puede dar lugar a varias circunstancias. Ahora bien, dicho principio ha sido elaborado sobre todo en el marco de las circunstancias modificativas genéricas de los artículos 9, 10 y 11 del Código Penal (61). Sin embargo, también se emplea dicho principio para deducir la incompatibilidad de eximentes y atenuantes (62). E incluso entre atenuantes genéricas y declaraciones específicas de atenuación, como por ejemplo entre el estado de necesidad incompleto y el párrafo tercero del antiguo artículo 344, que atribuía a los Tribunales la facultad de imponer pena inferior (o superior) en un grado para el delito de tráfico de drogas, en atención a las circunstancias del culpable y del hecho (63); o entre el estado de necesidad incompleto y la disposición común a las falsedades del artículo 318 (64).

(58) La STS 16-10-1974 (A. 3909) declara que «el artículo 491 del Código Penal establece un singular estado de necesidad “ex lege”, para el delito de allanamiento de morada».

(59) La STS 23-9-1987 (A. 6627) admite en su Fundamento de Derecho cuarto que las causas de justificación estén comprendidas «en el artículo 8.º del Código Penal o en alguno de los delitos en especie (tal el allanamiento de morada) que contemplan particulares justificantes».

(60) Vid. STS 23-9-1987 (A. 6627).

(61) Vid. entre las más modernas SSTS 2-1-1984 (A. 1); 29-9-1986 (A. 4859), Fundamento de Derecho noveno; 15-12-1986 (A. 7915); 29-1-1988 (A. 508); 10-10-1988 (A. 7722); 28-10-1989 (A. 601).

En la doctrina cfr.: QUINTANO RIPOLLES *Comentarios al Código Penal*: 2.ª ed. (a cargo de GIMBERNAT ORDEIG) 1966 p. 203; BAJO FERNÁNDEZ *El parentesco en Derecho penal* 1973 p. 206; CÓRDOBA RODA en *Comentarios al Código Penal* t. 2 1976 p. 248; GIMBERNAT ORDEIG *Introducción* cit. pp. 78/79. Con matizaciones COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN *PG* cit. pp. 616 y s.; y GONZÁLEZ CUSSAC *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal* 1988 pp. 221 s.

(62) Así, por ejemplo, las SSTS 7-4-1980 (A. 1238); 25-9-1987 (A. 6638); 18-11-1987 (A. 8542).

(63) Vid. STS 23-6-1982 (A. 3575). El párrafo tercero del antiguo artículo 344 del Código Penal disponía lo siguiente: «Los Tribunales, atendidas las circunstancias del

Como comprobaremos inmediatamente, el principio de que un mismo hecho no puede originar varias circunstancias, ha sido aplicado también a las causas de justificación. Pero, a pesar de declarar dicho principio en este ámbito, lo cierto es que el Tribunal Supremo no duda en analizar las causas de justificación una tras otra, sin cuestionar si son o no son incompatibles entre sí. Quizá esta forma de proceder obedezca a la circunstancia de que los motivos alegados en el recurso de casación sean presentados igualmente de forma sucesiva —para el supuesto de que no prosperen los anteriores—, y el Tribunal se limita entonces a seguir el orden de eximentes que le suministrarán las alegaciones de los recurrentes. La consecuencia es que predomina el estudio sucesivo de las causas de justificación (65).

El problema del concurso entre las causas de exclusión del injusto ha sido atisbado por algunas resoluciones jurisprudenciales. En una de ellas, tras hacerse referencia al cumplimiento del deber y a la legítima defensa, se lee lo siguiente: «consecuentemente, y pese a que, como sostiene el Ministerio Fiscal, determinadas situaciones o comportamientos pueden ofrecer una opción técnica entre diferentes causas eximentes [...]» (66). Y en otra, se desestima el cumplimiento del deber, pero se aprecia no obstante la legítima defensa (67). Más importante en este contexto es la sentencia de 13 de mayo de 1982 (68): en ella no sólo se ponen de relieve las cuestiones concursales, sino que se ofrecen criterios de solución para los problemas que se plantean.

Esta decisión de 13 de mayo de 1982 vino determinada por los siguientes hechos: el 17 de noviembre de 1979 el procesado Jesús M. C., agente de la Policía Municipal de Oviedo, se ocupaba de retirar con la grúa los coches que se encontraban indebidamente aparcados; en el desempeño de esta labor trató de remolcar el coche propiedad

culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en un grado, según proceda».

(64) Vid. STS 19-7-1989 (A. 6269). El artículo 318 del Código Penal determina lo siguiente: «En todos los casos comprendidos en este capítulo y en los capítulos precedentes, con excepción del II, los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, la naturaleza del documento, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada».

(65) Vid., por ejemplo, SSTS 4-5-1965 (A. 2050), estado de necesidad y caso fortuito; 26-2-1986 (A. 914), legítima defensa y miedo insuperable; 4-2-1986 (A. 561), caso fortuito y legítima defensa; 24-3-1987 (A. 2206), legítima defensa y cumplimiento del deber; 15-2-1988 (A. 1057), legítima defensa y miedo insuperable; 19-4-1988 (A. 2821), legítima defensa y cumplimiento del deber; 8-6-1988 (A. 4908), legítima defensa y cumplimiento del deber; 24-6-1988 (A. 5318), cumplimiento del deber y legítima defensa; 21-9-1988 (A. 6976), legítima defensa y miedo insuperable; 29-10-1988 (A. 8250), segunda sentencia, legítima defensa, estado de necesidad y miedo insuperable; 16-12-1988 (A. 9518), legítima defensa, miedo insuperable y caso fortuito; 6-3-1989 (A. 2503), miedo insuperable y legítima defensa.

(66) STS 24-6-1988 (A. 5318), Fundamento de Derecho séptimo.

(67) Vid. STS 6-6-1989 (A. 5038), especialmente Fundamento de Derecho undécimo.

(68) A. 2669, Ponente: Gómez de Liaño y Cobaleda.

de José B. F., vehículo que éste había dejado en doble fila. Al iniciarse la operación llegó José, quien trató de impedirla introduciéndose para ello en el automóvil, al tiempo que se dirigía al agente Jesús con palabras y ademanes violentos. En la discusión que se entabló, intervino Francisco B. F., hermano del propietario del vehículo, lo que dio lugar a que el público se aglomerase profiriendo gritos ofensivos para la autoridad. Ante esta situación, Jesús optó por retirar la grúa, pese a la oposición física de José; mientras el vehículo avanzaba, se acercó más gente con la misma actitud agresiva, siendo zarandeado Jesús por personas no identificadas. Jesús extrajo entonces su pistola para intimidar a los dos hermanos José y Francisco, pero como éstos no cejaban en su actitud, el Policía municipal, perdida la seneridad de ánimo y el equilibrio emocional, con conciencia disminuida pero no plenamente abolida, hizo un disparo sobre Francisco a corta distancia, produciéndole una herida de la que murió al cabo de un mes. Jesús se alejó del lugar, siendo asistido al día siguiente de lesiones leves, mientras que el conductor de la grúa sufrió lesiones graves.

Condenado Jesús como autor de un delito de homicidio con la exigente incompleta de cumplimiento de un deber y la atenuante muy calificada de arrebató u obcecación, recurre en casación. El propio Tribunal Supremo resume las cuestiones alegadas por el recurrente, indicando que «toda la problemática del presente recurso se puede concretar a los siguiente motivos: 1.º A determinar si son susceptibles de apreciación conjuntamente una y otra exigente de legítima defensa y cumplimiento del deber; 2.º En el supuesto de incompatibilidad, especificar cuál de ellas debe ser apreciada; y 3.º A concretar si la operatividad de los efectos de la circunstancia que se aprecie, son completos o incompletos».

Para responder a la pregunta de si las dos causas de justificación pueden ser apreciadas simultáneamente, el Tribunal Supremo acude al criterio de que los mismos hechos que influyen en la determinación de la responsabilidad penal, no pueden servir de fundamento para aplicar diferentes normas. Puesto que la legítima defensa y el cumplimiento del deber descansan en la misma dinámica delictiva, y por lo tanto en los mismo hechos, entiende la Sala que ambas circunstancias «han de operar de forma excluyente», derivándose «la imposibilidad de aplicar conjuntamente ambas eximentes». La segunda cuestión estriba en determinar cuál de ellas ha de ser la que resulte estimada. Para resolverla, esta resolución dilucida si el supuesto de hecho se adapta mejor al fundamento y requisitos de la legítima defensa o a los del cumplimiento del deber, manifestando que la legítima defensa se fundamenta «en la necesidad de autotutela del bien lesionado», y el cumplimiento del deber «en el mantenimiento del servicio público»; por otro lado, se declara que la legítima defensa muestra como requisito la agresión ilegítima, en tanto que el cumplimiento del deber

presupone el obrar por exigencias de lo ordenado legalmente. En aplicación de estos criterios, el Tribunal Supremo concluye que ha de «apreciarse el cumplimiento de un deber en lugar de la legítima defensa, porque sobre toda la dinámica delictiva, se perfila con mayor intensidad la actuación del agente en la misión que tenía encomendada, que la presencia de la agresión permisiva de su defensa, ya que con la actitud violenta que se describe, en los hechos probados, se pone de relieve una discusión en la que se originan amenazas e insultos recíprocos (“haciéndose objeto de amenazas e insultos” dice la sentencia), al mismo tiempo que el procesado es empujado y zarandeado por varias personas, sufriendo lesiones leves, cuya autoría no queda establecida, así como de las sufridas por el conductor de la grúa que fueron de carácter grave, con lo que, en su conjunto, predomina la resistencia al mandato del agente de la autoridad, sobre la agresión al mismo».

Una vez determinado que la causa de justificación que ha de aplicarse al supuesto de hecho es la del artículo 8, 11, la sentencia en cuestión se ocupa de analizar si se presenta en su modalidad completa o incompleta, decidiéndose por la forma incompleta, al entender que hubo un exceso intensivo por parte del Policía municipal, y en consecuencia se confirma la sentencia de instancia, desestimándose los motivos.

De la resolución del Tribunal Supremo parece deducirse que es posible el concurso entre causas de justificación, pero este concurso debe resolverse siempre en favor de una sola de ellas. Sólo cuando sean varios los hechos a justificar, podrán ser apreciadas también distintas causas de exclusión del injusto (69). Luego, cabría concluir que el Tribunal Supremo admite las hipótesis de concurso de leyes (cuando se trate de un solo hecho) y concurso real (cuando se trate de varios hechos) entre causas de justificación. En el caso del concurso aparente de leyes, resulta preciso según la jurisprudencia aplicar una sola de las causas de justificación, siendo preferente aquella cuyo fundamento y requisitos se adapte en mayor medida al supuesto de hecho. Una última consecuencia que cabe extraer de la sentencia comentada es que la causa de justificación desplazada no produce ningún efecto, aunque ésta pudiera darse en su modalidad completa y sin embargo la causa de justificación preferente sólo sea apreciable como incompleta.

(69) La Sala apunta en esta dirección al declarar que la legítima defensa y el cumplimiento del deber «son compatibles por fundamentación y condicionamientos, cuando tengan supuestos [sc., de hecho] diferentes en que basarse».

IV

En la ciencia penal alemana, el concurso entre causas de justificación ha sido objeto de un tratamiento más genérico pero también más detenido que en la doctrina y jurisprudencia españolas. Se debe a Warda el mérito de haber iniciado la discusión en 1972 y de haber planteado soluciones en este ámbito (70).

El punto de partida de Warda puede formularse con una pregunta: ¿qué ocurre cuando son aplicables varias causas de justificación, por cumplirse todos sus presupuestos, a un mismo supuesto de hecho? Un caso de estas características se suscita en el ejemplo, ya contemplado, de la agresión al agente de la Policía municipal que se encuentra de servicio, pero con una modificación: el agente repele la agresión con su arma reglamentaria, causando, no la muerte, sino lesiones al agresor; para justificar aquí el hecho de las lesiones cabe recurrir a la legítima defensa y al cumplimiento del deber, e incluso al estado de necesidad. La solución de Warda es que las causas de justificación son *por regla general* independientes entre sí, y en consecuencia aplicables una junto a otra; pues aunque todas ellas den lugar a la misma consecuencia jurídica de la conformidad a Derecho, nada se opone a que un mismo efecto se derive de varias razones jurídicas (71). Desde un punto de vista práctico reconoce no obstante este autor que el juez podrá fundamentar la exclusión del injusto solamente en una causa de justificación, eligiendo aquella cuyos presupuestos sean más fáciles de comprobar o cuyo enjuiciamiento resulte más sencillo (72). Según esto, en la variante propuesta del ejemplo del policía que lesiona al agresor, el fallo de la resolución absolutoria podría quedar fundamentado apreciando solamente el cumplimiento del deber, puesto que los requisitos que rigen en esta eximente —condición de agente de la Autoridad, necesidad y proporcionalidad— son menos numerosos que los exigidos para la legítima defensa o para el estado de necesidad.

Una vez establecida la regla de que las causas de justificación son independientes entre sí y aplicables una junto a otra, se plantea Warda la cuestión de si tal principio general cuenta con *excepciones* (73). En su opinión, tales excepciones tienen lugar cuando entre dos causas de justificación se origina una relación de especialidad, de manera que una goza de preferencia, desplazando a la otra. Ahora bien, este efecto de preferencia sólo tiene relevancia práctica cuando se da la «situación de regulación» de la causa de justificación especial pero

(70) Cfr. WARDÁ «Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen» en *Festschrift für Maurach* 1972 pp. 143-171.

(71) Cfr. WARDÁ op. cit. p. 149.

(72) Cfr. WARDÁ op. cit. p. 150.

(73) Cfr. WARDÁ op. cit. p. 151.

sin embargo no se cumplen sus requisitos, es decir, cuando se presenta una situación que se corresponde al ámbito en que actúa una causa de justificación, pero no obstante no es aplicable dicha causa de justificación al caso concreto por faltarle alguno de sus presupuestos; en tal caso, no resulta permitido recurrir a la causa de justificación general (a la causa de justificación desplazada), aunque con ella se llegara a la conclusión de que el hecho está justificado (74). Dicho con otras palabras: la causa de justificación especial o preferente tiene un efecto oclusivo, de forma tal que si se presenta en el caso concreto su situación o ámbito de regulación, la conformidad o contrariedad a Derecho de la conducta sólo puede ser enjuiciada a la luz de tal causa de justificación especial. Si por ejemplo se practica un aborto para salvar la vida de la embarazada por una persona lega en medicina, la conducta abortiva se adecúa al ámbito de regulación de la indicación terapéutica contenida en el artículo 417 bis, 1, 1.ª del Código Penal, pero como no se cumple el requisito exigido por el precepto de que el aborto sea «practicado por un médico, o bajo su dirección», resultará —siguiendo a Warda— la contrariedad a Derecho del aborto efectuado, sin que haya posibilidad de recurrir al estado de necesidad genérico del artículo 8, 7 (75). El efecto oclusivo de la causa de justificación especial que aparece en el artículo 417 bis impide, según esto, aplicar la eximente del artículo 8, 7, aunque se cumplieran todos los requisitos de esta última.

Warda advierte que en este ámbito se suscita una paradoja (76). En efecto, los casos problemáticos de especialidad entre causas de justificación aparecen cuando la causa de justificación especial (por ejemplo, indicación terapéutica en el aborto) no produce el efecto justificante por no cumplirse sus presupuestos, y sin embargo el hecho sigue quedando amparado por la causa de justificación general (en ese mismo ejemplo, por el estado de necesidad genérico). ¿Cómo es posible entonces hablar de un «concurso» —que exige la aplicabilidad de todas las normas en juego— entre dos causas de justificación, si una de ellas no es aplicable? Y ¿cómo es posible resolver este concurso a favor de la causa de justificación especial que no es aplicable —con la consecuencia entonces de la contrariedad a Derecho de la conducta—, y no a favor de la causa de justificación genérica que

(74) Cfr. WARDÁ op. cit. pp. 159 y 170.

(75) Ya apunté este problema en CUERDA RIEZU «El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal» *Documentación Jurídica* núms. 37-40 1983 vol. 1 p. 376.

(76) WARDÁ op. cit. pp. 170-171 se expresa en los siguientes términos: «es digno de resaltar sin embargo, en relación a esto, que el desplazamiento de una causa de justificación que se da típicamente, tiene lugar no a través de la existencia, sino en consideración a la *no existencia* de otra norma determinada de justificación, en cuyo ámbito de regulación encaja el supuesto de hecho que hay que enjuiciar, sin que tal supuesto de hecho cumpla los presupuestos que para la exclusión de la antijuridicidad están previstos de forma definitiva en esa norma para la situación regulada por ella».

sigue siendo aplicable por entero al caso? Con posterioridad a Warda, otro autor alemán, Seelmann, ha intentado resolver esta paradoja, alegando que los límites del ámbito de regulación de una causa de justificación no son idénticos a los límites de su efecto de justificación; de conformidad a este planteamiento, las causas de justificación regulan también una clase parcial de aquellos casos en los que la conducta que cumple el tipo positivo no está justificada (77). Aplicado esto a nuestro ejemplo, significa que en caso de que se efectúe una práctica abortiva, es preciso constatar en primer lugar si concurre la indicación terapéutica, pues tal supuesto encaja en el ámbito de regulación del artículo 417 bis, 1, 1.ª; y si no se dan los requisitos de la indicación, la conducta es definitivamente contraria a Derecho, sin que esté permitido recurrir al estado de necesidad genérico del artículo 8, 7 (78).

Hasta ahora se ha considerado la opinión de Warda, que resumidamente se puede concretar en dos enunciados: primero, como *regla general* las causas de justificación son aplicables una junto a otra; segundo, *excepcionalmente* puede surgir una relación de especialidad entre dos causas de justificación, que obligue a estimar solamente la causa especial (efecto oclusivo). A ello hay que añadir que en estas excepciones sólo surgirán problemas cuando el supuesto de hecho no cumpla todos los requisitos que exija la causa especial de exclusión del injusto; paradójicamente, seguirá existiendo un concurso en estos casos. Si por el contrario, la causa de justificación especial cumple todos sus presupuestos en relación al caso concreto, no se origina ninguna dificultad, pues evidentemente también habrá que estimar esta causa de justificación especial, pero la consecuencia sería la misma si se aplicara la causa de justificación general (conformidad a Derecho de la conducta).

La siguiente cuestión que se plantea ante tales excepciones a la regla general, consiste en determinar cuándo surge una relación de especialidad entre dos causas de justificación. Para Warda no basta

(77) Vid. SEELMANN *Das Verhältnis von § 34 zu anderen Rechtfertigungsgründen* 1978 p. 61.

(78) Para determinar el ámbito de regulación de una causa de justificación especial, SEELMANN *Das Verhältnis* cit. pp. 63 ss., elabora el concepto de «tipo de conflicto» (*Konfliktstypus*); este concepto equivale en gran medida a la noción de «*typus*» que se emplea en la labor jurídica de la subsunción, y que consiste en la imagen rectora que el legislador determina normativamente y que se encuentra presupuesta en la ley. La delimitación del «tipo de conflicto» sólo se puede alcanzar según Seelmann poniendo en conexión tres elementos: el marco de valoración del § 34 StGB, la causa especial de justificación y el caso concreto. Desde un punto de vista práctico, Seelmann manifiesta que constituye un indicio de que un supuesto de hecho se ajusta a un «tipo de conflicto» el que la conducta en cuestión únicamente no cumpla alguno de los presupuestos de la causa de justificación.

Una crítica al concepto de «tipo de conflicto» ha dirigido PETERS, «Wertungsrahmen» und «Konflikttypen» bei der Konkurrenz zwischen § 34 StGB und den besonderen Rechtfertigungsgründen?» *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1981 pp. 444-471.

con apreciar una «relación de especialidad lógica», o expresado de otra forma, no es suficiente que la *lex specialis* contenga todos los elementos de la *lex generalis* y además alguno suplementario; en su opinión, no se puede aceptar que la ley especial derogue sin más a la general, sino que ello depende del tenor literal, contenido y fin de los preceptos en cuestión, así como del objeto y conexiones entre sus consecuencias jurídicas (79). Por ello, este autor prefiere exigir una relación de especialidad «en sentido funcional», que es en parte más reducida y en parte más amplia que la especialidad en sentido lógico; es más reducida, en cuanto que de la constatación de que la ley especial contiene todos los elementos de la general, no se deriva el efecto de derogación de la ley general, sino que es preciso acudir a una interpretación literal, lógico-sistemática y teleológica para determinar si se impone o no el efecto de derogación; y, por otra parte, el concepto de especialidad funcional es más amplio que el de especialidad lógica, dado que aquél se aplica no sólo a los casos en que la ley especial contiene todos los elementos de la general y además alguno suplementario, sino también a los supuestos en que los tipos de los preceptos se solapan parcialmente, como círculos que tienen una parte en común, produciéndose una interferencia entre ellos (80).

Warda pone de relieve que esta relación de especialidad funcional en el ámbito de las causas de justificación se da sobre todo en tres casos (81):

- a) cuando una causa de justificación exige presupuestos más estrictos o suplementarios que otra (82);
- b) cuando una causa de justificación está prevista para determinadas acciones típicas o cuando de forma similar está limitada según su clase o ámbito (83); y
- c) cuando una causa de justificación, además del efecto de la conformidad a Derecho, impone o excluye otras consecuencias jurídicas, como por ejemplo, la reparación del daño (84).

La doctrina alemana ha aceptado en líneas generales el planteamiento de Warda consistente en formular una regla —las causas de justificación son independientes y aplicables una junto a otra—, que no obstante conoce excepciones —la conformidad o contrariedad a

(79) Cfr. WARDÁ en *Festschrift für Maurach* cit. p. 158.

(80) Cfr. WARDÁ op. cit. p. 166.

(81) Cfr. WARDÁ op. cit. pp. 165-166.

(82) Warda incluye en esta modalidad el estado de necesidad agresivo del § 904 BGB como especial frente al estado de necesidad genérico del § 34 StGB.

(83) Warda ofrece el siguiente ejemplo: el § 26 BJagdG, que autoriza al propietario de una finca o al legitimado para su aprovechamiento a apartar o ahuyentar la caza de su finca para evitar los daños provocados por la caza, es especial frente al estado de necesidad defensivo del § 228 BGB.

(84) Según Warda esta modalidad de especialidad funcional se da en el estado de necesidad defensivo del § 228 BGB en referencia al estado de necesidad agresivo del § 904 BGB.

Derecho sólo puede derivarse de la causa de justificación específica—; si bien y como es lógico no siempre reina el acuerdo sobre los casos concretos en que se puede reconocer la especialidad de una causa de justificación frente a otra ni sobre otras particularidades (85).

En contra de este planteamiento mayoritario han surgido sin embargo algunas voces discrepantes. Una de ellas es la de Seelmann (86). En su análisis de las relaciones del estado de necesidad del § 34 del Código Penal alemán con otras causas de justificación, este autor admite la especialidad lógica —lo que Warda rechazaba— y amplía las posibilidades de tal relación de especialidad. Para ello parte Seelmann de una teoría monista sobre el fundamento de las causas de justificación, conforme a la cual todas ellas responden al principio de la ponderación de intereses, valores o bienes jurídicos, con la sola excepción del consentimiento (87). Con la teoría monista le resulta fácil a este autor llegar a la conclusión de que el estado de necesidad del § 34 del Código Penal alemán ostenta la categoría de una ley general frente a todas las demás causas de justificación: pues el § 34 sólo expresa el principio general de justificación, esto es, la necesidad de ponderar intereses y de elegir el de mayor rango, mientras que las restantes causas de justificación consisten en valoraciones más concretas del principio de ponderación de intereses, siendo pues especiales, y por tanto preferentes, respecto a aquél (88). Por lo que respecta al consentimiento, Seelmann estima que no se da en él la estructura de la ponderación de intereses, puesto que si el titular de un bien jurídico individual consiente en su menoscabo, no hay en realidad lesión del bien jurídico y por consiguiente no puede haber un conflicto con otro bien jurídico o con otro interés (89).

Así pues, de la mano de la teoría monista fundamenta Seelmann la especialidad en sentido lógico de la mayoría de las causas de justificación en sus relaciones con el § 34. Pero no se contenta con esa relación de especialidad lógica, sino que busca argumentos teleológicos en favor de la preferencia de las causas de justificación especiales sobre el estado de necesidad del § 34. El primer argumento es la primacía de las valoraciones ya resueltas por el legislador en una causa de justificación especial, sobre la valoración que ha de realizar el juez en virtud del principio general de la ponderación de intereses; si el

(85) Aceptan el planteamiento «regla-excepción»: SCHMIDHAUSER *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch* 1982 pp. 137 y ss.; JAKOBS *Strafrecht. Allgemeiner Teil* 1983 p. 293; HIRSCH en *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)* 10.^a ed. 1985 núm. marg. 46 previo al § 32; BAUMANN/WEBER *Strafrecht. Allgemeiner Teil* 9.^a ed. 1985 pp. 342 s.; MAURACH/ZIPF *Strafrecht. Allgemeiner Teil* TB 1. 7.^a ed. 1987 p. 337; ROXIN «Grundfragen der Unrechtslehre» (ponencia mecanografiada presentada en Barcelona en 1989) p. 15.

(86) SEELMANN *Das Verhältnis von § 34 zu anderen Rechtfertigungsgründen* 1978.

(87) Cfr. SEELMANN op. cit. pp. 32 y 74.

(88) Cfr. SEELMANN op. cit. pp. 32 ss., 43 y 74.

(89) Cfr. SEELMANN op. cit. pp. 30 ss.

legislador ha adoptado ya una decisión, ésta no puede quedar desplazada por una decisión judicial distinta; la primacía de la ley sobre la decisión judicial se deriva, según este penalista, del artículo 20, párrafo segundo de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (90). El segundo argumento recurre al principio de legalidad; para Seelmann este principio quedaría infringido en el caso de que se dejara a la decisión del juez la determinación de si el interés salvaguardado supera esencialmente al menoscabado, cuando ya existe una causa de justificación especial que decide la cuestión de forma definitiva; pues una interpretación restrictiva de una causa de justificación aumenta la punibilidad del que ejercita esa causa de justificación, mientras que una interpretación amplia de una causa de justificación aumenta el deber de tolerancia del afectado por ella y, en consecuencia, reduce su derecho a la legítima defensa; puesto que estos riesgos no se corren cuando la decisión se adopta en virtud de la causa de justificación específica, resulta preferente ésta, impidiéndose así una posible infracción del principio de legalidad (91).

Indirectamente rechaza Seelmann la regla formulada por Warda de que las causas de justificación son aplicables en principio una junto a otra; para aquél los casos de especialidad son más numerosos que para éste. Seelmann tampoco acepta como fundamento de la especialidad el que una causa de justificación exija presupuestos más estrictos o suplementarios frente a otra (92), ni que en los casos en que una causa de justificación establezca, además del efecto de la conformidad a Derecho, otra consecuencia jurídica (como la reparación del daño), haya que aceptar necesariamente la especialidad (93). No obstante, Seelmann sí que coincide con Warda en la consecuencia que se deriva de la aceptación de la especialidad respecto de una causa de justificación: en tal caso, se produce una derogación de la causa de justificación general y el consiguiente efecto oclusivo de la causa de justificación específica, con lo que la conformidad o contrariedad a Derecho de la conducta típica sólo puede enjuiciarse a la luz de la causa de justificación especial (94).

Otro autor que se separa de la opinión mayoritaria es Günther. En su obra sobre «Antijuridicidad jurídicopenal y exclusión del injusto penal», se ocupa del concurso de preceptos permisivos de Derecho civil y de autorizaciones e intervenciones del Derecho administrativo con las que él denomina causas de exclusión del injusto penal (95).

(90) Cfr. SEELMANN op. cit. pp. 46 s. y 75.

(91) Cfr. SEELMANN op. cit. pp. 47 s. y 75.

(92) Cfr. SEELMANN op. cit. pp. 39 ss.

(93) Cfr. SEELMANN op. cit. pp. 36 ss.

(94) Cfr. SEELMANN op. cit. pp. 60 y 76.

(95) Cfr. GÜNTHER *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß* 1983 pp. 365

Günther parte también de la idea de que si a un supuesto de hecho son aplicables esos preceptos civiles o administrativos por un lado y las causas de exclusión del injusto penal por otro, cumpliéndose las presupuestos de unos y otras, rigen todos ellos, por lo general y salvo excepciones, de forma cumulativa (96), con lo que en este punto no se opone a la «regla» formulada por la mayoría de la ciencia penal alemana. Sin embargo, en los supuestos en que no conducen a la misma consecuencia jurídica los preceptos civiles de autorización o de intervención administrativa por un lado y las causas de exclusión del injusto penal por otro, cree Günther que no se puede aceptar la solución mayoritaria que propone un efecto oclusivo del precepto más especial; a su juicio, para el ámbito de la exclusión del injusto penal rige el precepto más amplio, el más beneficioso para el autor, incluso aunque no se cumplan los presupuestos del precepto más estricto (97). Este autor fundamenta esa solución en su teoría de la antijuridicidad juridicopenal, según la cual es posible que una causa de exclusión del injusto juridicopenal no produzca efectos en los restantes sectores del ordenamiento jurídico; sin embargo —objeta Günther— la teoría que aboga por un concepto unitario de la antijuridicidad, se ve forzada a aceptar el efecto oclusivo del precepto más estricto, porque en caso contrario surgiría una contradicción de normas: el ordenamiento jurídico aprobaría en Derecho Penal lo que desaprobaría en Derecho civil o en Derecho administrativo (98).

V

Para tomar posición sobre algunas de las cuestiones suscitadas en este repaso de opiniones doctrinales y jurisprudenciales, resulta preciso ocuparse de las concretas modalidades de concurso que pueden originarse entre las causas de justificación.

Puede pensarse, en primer lugar, en la hipótesis del concurso real. En el ámbito de los delitos, el concurso real surge cuando a una pluralidad de hechos hay que aplicar también una pluralidad de normas. Pero esta posibilidad no plantea ningún problema en relación a las causas de justificación; pues si se presentan varios hechos es preciso comprobar la conformidad o contrariedad a Derecho de cada uno de ellos, con independencia de los demás. Desde un punto de vista práctico no se plantean diferencias entre el supuesto de varias causas de justificación aplicables a distintos hechos y el supuesto de una causa de justificación aplicable a un solo hecho, pues la categoría del injusto o su exclusión debe comprobarse necesariamente respecto

(96) Cfr. GÜNTHER op. cit. p. 365.

(97) Cfr. GÜNTHER op. cit. p. 366.

(98) Cfr. GÜNTHER op. cit. pp. 3 y 365.

a cada hecho. Cada una de las detenciones que lleva a cabo un policía en cumplimiento de su deber ha de estar justificada para no constituir un injusto (99).

Ahora bien, si es cierto que el presupuesto del concurso real no suscita ningún problema entre causas de justificación, conviene determinar si la consecuencia jurídica de esta modalidad concursal tiene algún sentido en esta ámbito. Recordemos que según Warda y el sector de la doctrina que está de acuerdo con él, en el caso de que sean aplicables a un mismo hecho varias causas de justificación por cumplirse todos sus presupuestos, todas ellas producirán sus efectos una junto a otra, si bien el juez podrá fundamentar la exclusión del injusto solamente en la causa de justificación más sencilla de comprobar. Esta aplicación conjunta y simultánea resulta similar al principio de acumulación que todavía rige en el Código Penal español para determinar la penalidad del concurso real. Pero en mi opinión no resulta necesaria tal acumulación de consecuencias jurídicas por obra de varias causas de justificación. Si el hecho ya no representa un injusto porque ha intervenido una causa de justificación, ¿qué es lo que tendrían que justificar las restantes causas de justificación? Desde un punto de vista lógico no es posible recurrir a otras causas de justificación cuando ya ha intervenido una produciendo el efecto de la conformidad a Derecho. Y desde un punto de vista formal, tampoco existen razones para que todas las causas de justificación aplicables a un hecho por cumplirse todos sus presupuestos tengan que aparecer en el tenor de la sentencia absolutoria. Basta, pues, que se demuestre la presencia de una sola causa de justificación. Y esto no se corresponde con el principio de la acumulación, sino más bien con todo lo contrario: podría hablarse del principio de la libertad de elección de la causa de justificación que excluye el injusto, siempre que las demás causas concurrentes sean aplicables al supuesto de hecho y se cumplan todos sus presupuestos.

La modalidad del concurso real, tal y como la conocemos en el campo de los delitos, no se adapta por consiguiente ni en sus presupuestos ni en sus consecuencias jurídicas al ámbito de las causas de justificación. De esto se deduce que únicamente surge un concurso entre ellas, cuando varias son aplicables respecto a *un solo hecho* (100). No se plantea pues una situación de concurso cuando existen diferentes hechos que originan un «conflicto» o «colisión» entre diversas causas de justificación (lo que es distinto a un verdadero concurso); por ejemplo: A obliga a B bajo amenaza de muerte a lesionar a C, y cuando B, sometido a la intimidación, se dispone a lesionar a C, este último a su vez lesiona a B (101); aquí se presentan dos hechos,

(99) Descarta también el concurso real entre causas de justificación WARDa en *Festschrift für Maurach* cit. p. 151.

(100) Cfr. en este sentido también WARDa op. cit. p. 148.

(101) El ejemplo proviene de GALLAS; cfr. BAUMANN/WEBER *AT* cit. p. 343.

el de B y el de C, que dan lugar a distintas posiciones jurídicas de ambos sujetos, y en consecuencia no surge un verdadero concurso (se trataría en mi opinión de dos estados de necesidad enfrentados) (102). Lo mismo ocurre en el supuesto imaginado por Mir Puig: el policía A detiene a B en virtud de una orden cuya antijuridicidad no puede resultar manifiesta, pero B se defiende contra A (se trataría de una obediencia debida enfrentada a un estado de necesidad) (103).

Afirmada la necesidad de la unidad de hecho, cabe preguntarse si es imaginable en este ámbito el concurso ideal. La esencia del concurso ideal entre delitos radica en que un mismo hecho contiene elementos de injusto de dos o más infracciones, de manera que es preciso aplicar a ese hecho las distintas normas infringidas, porque ninguna de ellas por sí sola acoge totalmente el desvalor del hecho. Con el objeto de analizar si cabe un concurso ideal entre causas de justificación, resulta conveniente tratar de forma separada las modalidades de concurso medial (también denominado concurso teleológico o relación de medio a fin), de concurso ideal y del «efecto abrazadera».

Dentro de la figura del concurso medial es posible discutir dos grupos de casos. En primer lugar, aquellos supuestos en que una misma causa de justificación ampara tanto al delito-medio como al delito-fin; así, por ejemplo, cuando un sujeto falsifica un documento público para realizar con él un delito de estafa, siendo esta la única vía que tiene el autor para conseguir recursos económicos con los que sobrevivir. En estos supuestos no existe un concurso de causas de justificación, puesto que se trata de *una sola* causa de justificación, de un estado de necesidad —y por tanto no es posible hablar de concurso—, que surge en virtud de una única situación de necesidad (104). El segundo grupo de supuestos se caracteriza por la circunstancia de que cada uno de los delitos de la relación medio a fin está cubierto por una diferente causa de justificación; un caso así se da en el siguiente ejemplo: A tiene en su domicilio secuestrado a B; C, padre de B, allana la morada de A para liberar a B, pero como el secuestrador A le intenta agredir, C se defiende matando a A. Aquí el delito-medio (allanamiento de morada) está amparado por estado de necesidad, o más concretamente por auxilio necesario, mientras que el delito-fin (homicidio) está amparado por legítima defensa propia. Verdaderamente, este caso no se diferencia de las hipótesis de concurso real de causas de justificación, pues se trata de va-

(102) Cfr. sobre esta posibilidad CUERDA RIEZU *Colisión de deberes* cit. pp. 287 ss., especialmente pp. 311 ss.

(103) Vid. MIR PUIG PG, cit. pp. 438 s.

(104) La única particularidad de este supuesto de estado de necesidad es que no «se lesiona un bien jurídico», como exige el artículo 8, 7 del Código Penal, sino varios, que «el mal causado» no es único sino plural. No creo sin embargo que ello impida la apreciación de tal causa de justificación; el problema se desplaza a determinar si se cumple en este caso el requisito de la proporcionalidad.

rias infracciones realizadas mediante varios hechos y cubiertas cada una de ellas por una distinta causa de justificación. No existe pues un único hecho, que como sabemos es el presupuesto del concurso ideal.

La segunda modalidad consiste en los casos de auténtico concurso ideal. Imaginemos ahora que un concurso ideal de delitos está justificado por una sola causa de exclusión del injusto; por ejemplo, una atracadora embarazada amenaza con matar al cajero del banco, por lo que éste se defiende efectuando un disparo con el propósito de provocar la muerte de la mujer y el aborto, consiguiendo ambos objetivos. En este ejemplo, hay un solo hecho (disparo) que da lugar a varios tipos positivos (homicidio y aborto), pero no existen diferentes causas de justificación, sino una sola, la legítima defensa y, por lo tanto, no se presenta un concurso. Pero también es posible que cada una de las infracciones que concurren idealmente esté amparada por una distinta causa de justificación, como cuando ante la agresión de C, A toma el jarrón de B, y lo arroja contra C, provocando la destrucción del jarrón y lesiones a C; aquí el hecho es único (arrojar el jarrón) y existe un tipo positivo de daños cubierto por estado de necesidad y un tipo positivo de lesiones cubierto por legítima defensa. Ahora bien, en mi opinión no surge en este supuesto un concurso ideal de causas de justificación, puesto que cada causa de justificación se limita a determinar la conformidad a Derecho de un tipo positivo distinto, actuando de manera separada, y por lo tanto aquéllas no concurren idealmente (105). De esto cabe deducir una regla: el concurso ideal de causas de justificación además de exigir un único hecho, requiere un *único tipo positivo*, cuya justificación total solamente es posible mediante la intervención conjunta de dos o más causas de justificación. Esta es la única manera de que el concurso ideal entre causas de justificación sea la contrapartida exacta del concurso ideal de delitos, puesto que en este último resulta preciso aplicar todas las normas infringidas —con independencia del sistema de determinación de la pena que se siga— para abarcar completamente todos los desvalores del hecho; por consiguiente, lo mismo debe regir *mutatis mutandis* en el concurso ideal entre las causas que excluyen el injusto: resultará preciso aplicar todas las causas de justificación concurrentes para alcanzar la consecuencia jurídica de la conformidad

(105) Esta es la solución coherente con la teoría de la pluralidad, a la que me adhiero, y que afirma que en el concurso ideal de delitos hay una pluralidad de infracciones aunque se haya producido mediante una única acción o hecho. Sin embargo, desde el punto de vista de la teoría de la unidad, para la que el concurso ideal de delitos constituye una sola infracción, la circunstancia de que intervengan distintas causas de justificación, como ocurre en el ejemplo propuesto en el texto, obliga a aceptar un auténtico concurso ideal de causas e justificación. Sobre la polémica entre teoría de la unidad y teoría de la pluralidad en el concurso ideal cfr. SANZ MORÁN *El concurso de delitos* cit. pp. 144 s.

a Derecho de la conducta. Si se dan estas condiciones —unidad de hecho y de tipo positivo, y necesidad de aplicar conjuntamente dos o más causas de justificación—, creo que es posible un concurso ideal de causas de justificación. Con ello me separo del parecer de Warda, para quien no cabe un concurso ideal de causas de justificación (106), y me aparto asimismo de la opinión del Tribunal Supremo, conforme a la cual no se pueden apreciar conjuntamente dos causas de justificación.

Mediante esa regla es posible abordar la modalidad del concurso ideal por efecto de abrazadera. Esta tiene lugar cuando un delito A que se prolonga en el tiempo tiene elementos comunes con otros dos delitos B y C, pero estos dos no tienen entre sí nada en común. Pues bien, como el efecto abrazadera implica al menos tres infracciones, no cabe trasladarlo al ámbito de las causas de justificación.

Aunque admito la figura del concurso ideal de causas de justificación, reconozco la dificultad de que se dé un caso con estas características en la realidad. No obstante, pienso que algunos grupos de tipos pueden resultar más accesibles a esta modalidad concursal; me estoy refiriendo a aquellos tipos que se pueden descomponer en otros más simples, como los tipos complejos, los tipos cualificados por el resultado, los tipos de hábito en los que cada acto es constitutivo por sí de otra infracción, etc. (107). Efectivamente, en estos tipos son imaginables supuestos en los que interviene una causa de justificación distinta respecto de cada uno de los tipos simples en los que se pueden descomponer. Un ejemplo concreto, si bien rebuscado y de laboratorio, podría ser el siguiente: A, líder de una banda criminal, se quiere vengar por cualquier medio de B, que se ha salido ya de la organización, habiendo ordenado a los miembros de la banda que den muerte a B, mientras A por su parte ha ideado publicar en la prensa calumnias sobre B; enterado B de que A pretende difamarle, B planea apoderarse de la información que posee A y que éste quiere hacer pública; cuando B se dispone a sustrar esa información, C, un miembro de la banda que no tiene conocimiento de las intenciones de B y que sólo quiere cumplir la orden de muerte que pesa sobre B, va a agredir a B, por lo que éste para defenderse se ve obligado a matar a C. En este caso el tipo positivo realizado por B es el de robo por homicidio, pero la sustracción está justificada por estado de necesidad mientras que la muerte está justificada por legítima defensa; el injusto total de la conducta sólo queda excluido mediante

(106) Cfr. WARDÁ op. cit. p. 151.

(107) Debo hacer público mi agradecimiento al profesor Suárez Montes, quien precisamente me hizo ver la posibilidad de un concurso ideal entre causas de justificación, haciendo referencia a algunas de estas clases de tipos. La observación de Suárez Montes tuvo lugar en el debate que siguió a la exposición de esta ponencia en el Seminario Hispano-Alemán sobre «Causas de justificación y de exclusión de la tipicidad y del injusto penal» celebrado en marzo de 1990 en Barcelona y Alcalá de Henares, bajo la dirección de los Profesores Mir Puig y Luzón Peña.

la aplicación conjunta de ambas causas de justificación, por lo que concurren indealmente.

Me interesa en este momento analizar aquellas resoluciones de nuestro Tribunal Supremo que aceptan la apreciación conjunta de legítima defensa y miedo insuperable, atribuyendo a este último la función de cubrir el exceso en la legítima defensa. De entrada, debo resaltar —y criticar— la contradicción que se suscita entre esta opinión y el principio general afirmado reiteradamente por la jurisprudencia de que de unos mismo hechos no se pueden derivar varias eximentes. Ambas tendencias no se presentan en la jurisprudencia según la relación regla-excepción, sino más bien como declaraciones carentes de conexión entre sí. Pero entonces es preciso reconocer que o una cosa o la otra, *tertium non datur*. En mi opinión, el pretendido principio de que un mismo hecho no puede dar lugar a varias circunstancias eximentes no es cierto, precisamente por la generalidad con que está expresado. Aunque encierra un núcleo de verdad, que se puede reconducir al principio más general del *non bis in idem*, comparto las objeciones de un sector doctrinal según las cuales no es el hecho, sino que es el mismo objeto de valoración el que se opone a la duplicidad de efectos jurídicos (108). Pero a mi juicio ello no impide, conforme acabo de argumentar, que pueda surgir un concurso ideal entre causas de justificación. La cuestión que debe plantearse ahora es si es ésta la modalidad concursal que se presenta en los casos que según la jurisprudencia son compatibles la legítima defensa (normalmente incompleta) y el miedo insuperable. Desde el punto de vista —que comparto— que atribuye al miedo insuperable la naturaleza de una causa de justificación, opino que hay que responder negativamente. Pues si el exceso debido al miedo constituye otro hecho diferente de la reacción defensiva (por ejemplo, tras el disparo que hiere al agresor y le deja fuera de combate, el agredido le dirige un segundo disparo por miedo (109), no se da el presupuesto exigido en el concurso ideal de que se trate de un solo hecho y un solo tipo positivo; sería más bien un «concurso real» de causas de justificación, es decir, de legítima defensa y de miedo insuperable. Y si desde un principio la legítima defensa es incompleta por exceso intensivo, pero se actúa así movido por miedo insuperable, deberá aplicarse únicamente la causa de justificación completa del miedo insuperable en virtud del principio de preferencia de la calificación jurídica más benigna, que otorga en este caso la primacía a la causa de justificación (art. 8, 10) frente a la circunstancia de atenuación (art. 9, 1) (110).

(108) Cfr. al respecto las opiniones de COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN y GONZÁLEZ CUSSAC indicadas *supra* nota 61.

(109) En realidad, el segundo hecho de esta hipótesis no constituye legítima defensa ni completa ni incompleta, puesto que se trata de un exceso extensivo.

(110) Estoy de acuerdo en este punto con la opinión de GÓMEZ BENÍTEZ; vid. la referencia *supra* nota 55.

Una vez tratadas las figuras del concurso real y del concurso ideal, sólo resta por analizar la posibilidad del concurso de leyes entre causas de justificación. Mediante el concurso de leyes (también denominado unidad de ley) se resuelve la aparente contradicción de varias normas, aplicando finalmente sólo una de ellas. Evidentemente, es factible transportar esta idea al ámbito de la exclusión del injusto, resultando que el concurso de leyes entre causas de justificación se presenta cuando aparecen aplicables varias de ellas a un mismo hecho, pero mediante el uso de diversos criterios de solución se va a aplicar finalmente una sola. La pregunta que surge entonces es cuál de los principios que resuelven el concurso de leyes rige en materia de justificación. Warda rechaza el criterio de la alternatividad — como la mayoría de la doctrina germana actual (111)—, basándose en que tal figura o bien carece ya de objeto al haber evitado el legislador duplicidades legales, o bien es innecesaria en cuanto que se pueden alcanzar los mismo resultados con la especialidad o con la subsidiariedad (112). En mi opinión, sin embargo, puede aceptarse la idea de la alternatividad cuando existan varias causas de justificación aplicables a un hecho por cumplirse todos sus presupuestos, con la consecuencia de que en tal caso habrá libertad para optar por cualquiera de ellas.

También se opone Warda al pensamiento de la consunción en el campo de las causas de justificación, con el argumento de que este criterio sólo es imaginable entre tipos delictivos con distinto contenido de injusto y con distintos marcos penales, lo que no ocurre entre causas de justificación, pues todas ellas conducen a la misma consecuencia jurídica (113). Por mi parte, creo que ciertamente la consunción no puede darse en sentido técnico entre las causas de exclusión del injusto, pero sí es verdad que en ocasiones el legislador convierte en simple presupuesto o elemento de una causa de justificación, lo que en otros casos constituye una causa de justificación autónoma e independiente. Así ocurre, por ejemplo, con el consentimiento del donante y del receptor en los casos de trasplante de órganos efectuados de conformidad a lo que dispone la Ley que regula esta materia (114).

Por lo que se refiere al criterio de la subsidiariedad, éste consiste como es sabido en que un precepto (ley subsidiaria) sólo es aplicable en el caso de que no sea aplicable otro (ley principal). En relación

(111) Cfr. SANZ MORÁN «Alternatividad de leyes penales» en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor* 1989 p. 669.

(112) Cfr. WARDA op. cit. p. 152, quien a su vez se remite a GEERDS *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht* 1961 pp. 244 ss.

(113) Cfr. WARDA op. cit. pp. 152-153.

(114) La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, exige además del consentimiento del donante y del receptor otros requisitos; cfr. sobre ello ROMEO CASABONA *El médico ante el Derecho* 1985 p. 17.

al Derecho alemán, manifiesta Warda que no se presenta ningún caso de subsidiariedad expresa entre causas de justificación (115). Lo mismo cabe decir del Derecho español, pues en efecto no existe ninguna causa de justificación que disponga que sólo será aplicable en el caso de que no lo sean otra u otras. En cuanto a la subsidiariedad tácita, nuevamente es rechazada por Warda con similares argumentos a los utilizados para descartar la consunción (116).

Debo advertir, no obstante, que el término «subsidiariedad» tiene un doble significado: subsidiariedad en el ejercicio de una causa de justificación y subsidiariedad como relación concursal (117). El primer sentido hace referencia a la cuestión de si una causa de justificación tiene o no carácter residual, es decir, si para ejercitar una causa de exclusión del injusto es preciso o no haber agotado otras vías, si es o no preciso recurrir a otros medios de solución. Así por ejemplo, se reconoce sin discusión que la colisión de intereses encuadrada en el estado de necesidad es subsidiaria, queriéndose expresar con ello que no quede otro medio menos lesivo para salvaguardar un interés que la lesión de otro interés; en ocasiones, se pretende designar lo mismo aunque se emplee otra expresión, y así la jurisprudencia y un sector doctrinal exigen que el estado de necesidad tenga «carácter absoluto» (118). Sin embargo, la misma cuestión es objeto de mayor debate en la legítima defensa, de manera que algunos autores afirman la no subsidiariedad de esta causa de justificación (119), mientras que otros manifiestan lo contrario (120). Pero el término subsidiariedad tiene también un segundo significado, y éste es estrictamente concursal. Con este sentido de subsidiariedad entre causas de justificación se manifiesta que la conducta a enjuiciar encaja en el ámbito de aplicación de dos causas de justificación distintas, ahora bien sólo va a ser estimada una de ellas, la que tenga carácter de principal.

Una vez centrada la subsidiariedad como categoría concursal, me parece demasiado aventurado negar, como hace Warda, toda posibilidad de subsidiariedad tácita entre dos causas de justificación. Quizá pueda aceptarse tal relación de subsidiariedad en los casos en que un sujeto se enfrenta a una situación de conflicto de intereses que se encuentran ambos en la esfera de decisión de otra persona, siendo entonces el estado de necesidad subsidiario respecto del consentimiento

(115) Cfr. WARDA op. cit. p. 168.

(116) Cfr. WARDA op. cit. p. 169.

(117) Cfr. sobre esta distinción CUERDA RIEZU *Colisión de deberes* cit. pp. 265/266.

(118) Vid. las referencias bibliográficas en CUERDA RIEZU *Colisión de deberes* cit. pp. 190-191 notas 286 y ss.

(119) Cfr., por ejemplo, LUZÓN PEÑA en *Comentarios a la legislación penal* t. V cit. pp. 246 s.

(120) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO «Todavía sobre el carácter subsidiario y el ámbito de aplicación de la legítima defensa» en *Estudios jurídicos. Homenajes al Profesor Alfonso Otero* 1981 pp. 771 ss.

to; esto es lo que ocurre en el caso de intervenciones médicas, en las que es preciso el consentimiento por escrito del paciente, excepto «cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento» (art. 10.6, c de la Ley General de Sanidad); luego entonces el médico debe intentar conseguir en primer lugar el consentimiento del paciente, y sólo en el supuesto de que ello no sea posible podrá recurrir al estado de necesidad (121).

En el contexto de la subsidiariedad deben recordarse también las opiniones de la doctrina española favorables o contrarias a lo que he denominado «técnica de la remisión a otra causa de justificación», que parece aludir a una relación de subsidiariedad tácita. Pero esta discusión se centra más que en la relación misma, en la consecuencia jurídica que se deriva de dicha relación, aspecto sobre el que trataré más adelante.

Queda por comprobar la relación de especialidad entre causas de justificación, que para Warda es la única posible situación concursal que se puede originar en esta ámbito. Lo característico de la especialidad entre causas de justificación es, como ya se puso de relieve, que sólo tiene relevancia cuando el supuesto de hecho no cumple todos los presupuestos de la causa de justificación especial. Y esto es lo que diferencia tal especialidad con la que surge entre las normas que prevén delitos. En la especialidad «normal», es decir: entre delitos, tanto la ley general como la ley especial son aplicables al supuesto de hecho; mientras que en la especialidad entre causas de exclusión del injusto, sólo se plantean problemas cuando la causa de justificación especial no es aplicable al caso concreto aunque sí se dé su ámbito de regulación. Se constatan pues la diferencias que afectan al concurso entre causas de justificación.

Al abordar la especialidad resulta necesario tratar la cuestión de su ámbito, esto es, los grupos de casos que pueden ser incluidos bajo este criterio concursal según el Derecho español. La situación de especialidad lógica no se da entre causas de justificación. La especialidad lógica surge cuando la ley especial contiene todos los elementos de la ley general más uno suplementario: la ley general incluye los elementos a y b, y la ley especial contiene los elementos a, b y c. Pero si se pretende descubrir esta especialidad lógica en los supuestos en que podría resultar más evidente, enseguida surgen dificultades. Me refiero a los casos en que el legislador ha previsto una causa de justificación para una concreta figura delictiva. El artículo 491 prevé en relación al allanamiento de morada una exclusión de pena para los

(121) En contra de que estos casos constituyan un supuesto de subsidiariedad, se manifiesta WARDÁ op. cit. p. 168, con el argumento de que entonces la aplicabilidad del estado de necesidad no se hace depender de la no existencia del consentimiento, sino de la imposibilidad de obtener el consentimiento.

supuestos en que la entrada en la morada ajena se efectúa para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, o para prestar algún servicio humanitario o a la justicia. En principio, el artículo 491 parece regular una concreta modalidad de estado de necesidad, en la que preponderan otros intereses públicos o privados frente a la inviolabilidad de la morada. La doctrina española ha puesto de manifiesto sin embargo que este precepto no exige expresamente los requisitos de proporcionalidad, falta de provocación suficiente y ausencia de la obligación de sacrificarse, que sí se precisan para alcanzar la justificación del 8.º, 7 (122). Ante estos «silencios» de la norma contenida en el artículo 491, la doctrina española se enfrenta a una alternativa: o bien interpretar el artículo 491 analógicamente con el estado de necesidad del artículo 8.º, 7, o bien interpretar el artículo 491 *a contrario sensu* del 8.º, 7. Con la primera posibilidad regirían en el 491 los requisitos no mencionados del estado de necesidad, mientras que con la segunda no regirían tales requisitos. En cualquier caso, para llegar a uno u otro resultado, la doctrina utiliza argumentos históricos y teleológicos. Pero con una estricta lógica, es preciso reconocer que el artículo 491 no contiene todos los elementos del artículo 8.º, 7 más alguno suplementario. Solamente cabe admitir entonces una especialidad funcional en el sentido de Warda. Lo mismo ocurre con las indicaciones previstas para el delito de aborto; pues tampoco se mencionan en el artículo 417 bis los requisitos de la falta de provocación intencionada ni la ausencia de la obligación de sacrificarse.

Si se acepta esa conclusión, debe rechazarse la opinión de Seelmann de que el estado de necesidad ostenta la condición de una causa de justificación genérica frente a las restantes causas de justificación (con la excepción del consentimiento). Pues Seelmann fundamenta esa especialidad lógica en la circunstancia de que las causas de justificación son concreciones efectuadas por el legislador del principio de la ponderación de intereses. Pero eso sólo es posible mediante una «espiritualización» de las causas de justificación, mediante una referencia a su fundamento o a los principios de justificación, olvidando los concretos requisitos o presupuestos que exige la ley para cada una de ellas (123). Ha de tenerse en cuenta además que la postura de Seelmann no resuelve todos los problemas, pues la especialidad ha de analizarse respecto de cada causa de justificación en sus relaciones con otra u otras causas de justificación. Seelmann sólo pretende determinar las relaciones que surgen entre el estado de necesidad y otras causas de justificación, pero no las de éstas entre sí.

(122) Cfr. en este sentido: SUÁREZ MONTES *El delito de allanamiento* cit. p. 39; QUINTANO RIPOLLES *Tratado* cit. p. 991; JORGE BARREIRO *El allanamiento* cit. p. 86.

(123) Efectúa también esta crítica PETERS *GA* 1981 p. 453.

En definitiva: puede suscitarse una relación de especialidad entre causas de justificación, pero difícilmente en sentido lógico. Como indica Warda, las causas de exclusión del injusto presentan zonas de interferencia y zonas distintas entre sí.

De la hipótesis de relación de especialidad en sentido funcional mencionadas por Warda, pueden plantearse en Derecho español algunos supuestos. Debo advertir, no obstante, que no pretendo sentar conclusiones definitivas, sino sólo suscitar posibles situaciones de especialidad, cuyo análisis más profundo no puede efectuarse aquí:

a) Como supuestos en que una causa de justificación exige presupuestos más estrictos o suplementarios que otra, cabría mencionar la legítima defensa (art. 8.º, 4) o el estado de necesidad (art. 8.º, 7) como especiales frente al ejercicio de un derecho (art. 8.º, 11). También podrían entrar en esta constelación de casos, supuestos como el que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1982, es decir: la especialidad del cumplimiento de un deber (art. 8.º, 11) frente a la legítima defensa (art. 8.º, 4).

b) En cuanto a las causas de justificación previstas para determinadas figuras delictivas, es posible someter a discusión si los artículos 491 y 417 bis son especiales frente al genérico estado de necesidad (art. 8.º, 7).

c) Por último, existe especialidad según Warda cuando una causa de justificación impone además de la conformidad a Derecho otras consecuencias jurídicas, como por ejemplo la responsabilidad civil. En Derecho Penal español, éste es el caso del estado de necesidad del artículo 8.º, 7. Pero en mi opinión, el solo dato de la imposición de responsabilidad civil no es capaz de fundamentar la especialidad. Únicamente cuando el estado de necesidad sea especial en sentido funcional respecto a otra causa de justificación, será aquél preferente.

Hasta ahora sólo me he ocupado de las modalidades concursales que pueden jugar un papel en el ámbito de las causas de justificación, habiendo reconocido la posibilidad de un «concurso real» (aunque carente de dificultades y de importancia práctica), de un concurso ideal y de un concurso de leyes por relación de alternatividad, subsidiariedad y especialidad. Pero en este capítulo es preciso todavía abordar un segundo grupo de problemas: el relativo a las consecuencias jurídicas que se derivan de esas figuras concursales.

Nada hay que añadir a lo que ya he manifestado en referencia al «concurso real» de causas de justificación; de estos casos cada circunstancia operará por separado respecto al hecho al que afecta. En cuanto al concurso ideal, cabría calificar el efecto que produce de «acumulación» de consecuencias jurídicas, dado que la justificación total del hecho se deriva de la suma de dos o más causas de justificación. En el caso de que el tipo complejo esté justificado sólo en parte, de modo que únicamente exista una causa de justificación que ampare uno de sus componentes, habrá que proceder a desmembrar

el tipo de complejo, imponiendo una pena sólo respecto al componente no justificado (124).

Más problemas plantea la determinación de la consecuencia jurídica que se deriva del concurso de leyes. Ya me he pronunciado sobre el efecto que corresponde a la alternatividad; cuando las causas de justificación concurrentes no se encuentran en relación de especialidad ni subsidiariedad, y además se cumplen todos sus presupuestos, creo que es preciso reconocer la libertad de elección de la causa de exclusión del injusto que va a ser aplicada; en mi opinión, no tiene ningún sentido aplicarlas todas conjuntamente.

La consecuencia jurídica que corresponde a la especialidad merece un tratamiento más detenido. La opinión mayoritaria en Alemania entiende que la causa de justificación especial es preferente en relación a la causa de justificación genérica, quedando esta última desplazada. Ahora bien, este efecto de desplazamiento carece de consecuencias prácticas cuando el supuesto de hecho cumple todos los presupuestos de la causa de justificación especial; pues entonces la conformidad a Derecho se va a derivar de una y no de otra causa de justificación, pero en definitiva se va a producir la consecuencia de la exclusión del injusto. El problema se plantea cuando, una vez afirmada la relación de especialidad, el supuesto de hecho se adecúa al ámbito de regulación de la causa de justificación especial, pero sin embargo no cumple todos los requisitos que ésta exige. En esta hipótesis, la mayoría de los penalistas alemanes mantiene el efecto de preferencia de la causa de justificación especial, es decir, un efecto oclusivo que obliga a enjuiciar el hecho desde la perspectiva de esa causa de justificación. Ello impide, por tanto, recurrir a la causa de justificación genérica que daría lugar a la conformidad a Derecho de la conducta. El resultado final es que la conducta no estará justificada por no cumplir los presupuestos de la causa de justificación especial. Si, por ejemplo, el aborto no se efectúa dentro del plazo exigido en el artículo 417 bis para la indicación criminológica (doce primeras semanas de gestación), no es posible ya ampararlo en el estado de necesidad genérico del artículo 8.º, 7, y en consecuencia la conducta abortiva será contraria a Derecho.

Por mi parte, estoy de acuerdo en principio con el efecto oclusivo de la causa de justificación especial. Si el legislador regula en un precepto una causa de justificación de forma más estrecha o para una determinada conducta, el principio de vigencia de ese precepto obliga a reconocerle un ámbito de aplicación. En caso contrario, podría eludirse recurriendo a otro precepto del que se derivara una consecuen-

(124) Me parece preferible esta solución a la de castigar por todo el delito complejo con causa de justificación incompleta, puesto que la causa de justificación se presenta en realidad completa, si bien en relación a uno de los componentes.

cia jurídica más beneficiosa. Pero si se opera así, se estaría negando la vigencia del precepto especial.

Algún autor, sin embargo, admite excepciones al efecto oclusivo. Cabe mencionar aquí a Seelmann (125) y a Roxin. Este último es partidario de permitir el recurso a la causa de justificación genérica cuando el supuesto de hecho no se adapta exactamente al ámbito de regulación de la causa de justificación especial por la inclusión de algún elemento adicional; Roxin ofrece un caso de estas características que puede ser trasladado *mutatis mutandis* al Derecho español: entre otros supuestos, el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al particular a detener al delincuente *in fraganti*; si el particular se encuentra varios días más tarde del hecho al presunto delincuente, no le podrá detener amparándose en el genérico estado de necesidad del artículo 8.º, 7, porque si el legislador hubiera querido permitir esa posibilidad, habría previsto una excepción en tal sentido al requisito de que el hecho fuera flagrante; ahora bien, si ese mismo delincuente, varios días después del hecho, se dispone a pasar la frontera y desaparecer, la situación ya no está abarcada por la *ratio* del artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; pues la estricta limitación de la autorización a los particulares para que detengan, se basa en la idea de que siempre resulta posible una detención por los órganos estatales competentes, por lo que si ya no existe esa posibilidad, cabrá alcanzar la justificación mediante el estado de necesidad genérico del artículo 8.º, 7 (126).

Creo que es correcta esta matización. En efecto, resulta imaginable que el supuesto de hecho se adapte en principio al ámbito de regulación de la causa de justificación especial (en el caso anterior, la detención por un particular), pero bajo una interpretación más detenida se compruebe que ese supuesto de hecho contiene elementos suplementarios que no se adaptan ya a tal causa de justificación especial. Si ante el peligro para la vida de la mujer embarazada, no es posible localizar a un médico para realizar el aborto, y la conducta es efectuada por un estudiante de medicina, surge una nueva situación de necesidad en la que además de un riesgo de muerte de la embarazada existe la imposibilidad de encontrar un facultativo, lo que a mi juicio permite recurrir a la causa de justificación genérica del artículo 8, 7, que regula el estado de necesidad. Pero si por el contrario el aborto necesario para salvar la vida de la mujer es efectuado por un alumno de medicina, a pesar de que no hubiera resultado difícil localizar a un médico, se produce el efecto oclusivo del artículo 417 bis, con la consecuencia de que en tal caso no quedará excluido el injusto (aunque sí fuertemente atenuado). La única duda

(125) Cfr. SEELMANN *op. cit.* pp. 65 ss.

(126) Cfr. ROXIN «Grundfragen der Unrechtslehre» *cit.* p. 18.

que me surge al respecto es si aquellos casos que permiten recurrir a la causa de justificación genérica representan una excepción al efecto oclusivo, o más bien constituyen situaciones que no dan lugar a una relación de especialidad en sentido funcional, pues en realidad no se da exactamente el ámbito de regulación de la causa de justificación especial.

Parecidas cuestiones surgen respecto a la consecuencia jurídica que hay que atribuir una vez que se ha determinado que dos causas de exclusión del injusto se encuentran en relación de subsidiariedad. No plantean problemas aquellos casos en los que la conducta cumple todos los requisitos tanto de la causa de justificación subsidiaria como de la causa de justificación principal, pues entonces habrá que apreciar la principal, pero la justificación se produciría igualmente con la estimación de la subsidiaria. Las dificultades aparecen nuevamente cuando no se cumplen todos los requisitos de la causa de justificación principal y por el contrario se cumplen todos los presupuestos de la causa de justificación subsidiaria. Pienso que en tal caso, y como regla general, se produce también el efecto oclusivo, con lo que la consecuencia será que la conducta no estará justificada. No me parece legítimo aplicar aquí el principio de preferencia de la calificación jurídica más benigna. Cuando el médico no recaba el consentimiento del paciente pudiendo hacerlo, y no obstante le somete a una intervención quirúrgica porque pelagra su vida, habrá que desestimar el estado de necesidad y, por consiguiente, imponer una pena por la ausencia de consentimiento. Sólo en el supuesto de que la conducta no se adapte al ámbito de regulación de la causa de justificación principal por la inclusión de algún elemento suplementario, será posible que la causa de justificación subsidiaria ejerza una «función de recogida», produciendo el efecto de la conformidad a Derecho de la conducta.

VI

A lo largo de toda la exposición anterior ya se ha efectuado alguna mención a las causas de justificación incompletas, pero no está de más, creo yo, dedicarles una atención específica (127).

En la modalidad de «concurso real» cada uno de los hechos afectados por una causa de justificación incompleta gozará de la atenuación del artículo 9, 1. En los casos de concurso de leyes, será preciso en primer lugar determinar la relación que surja entre las circunstancias. Si esta relación consiste en especialidad o en subsidiariedad, será

(127) En lo que sigue he efectuado algunas modificaciones respecto a mi planteamiento inicial del tema, gracias a las observaciones que me dirigió el profesor Mir Puig en el coloquio citado en nota 107.

preciso aplicar la consecuencia jurídica que corresponda, según se ha especificado en el apartado anterior; ello implica que habrá que hacer abstracción en un primer momento de si la causa de justificación se presenta en su versión completa o en su versión incompleta. Si la relación que se suscita entre dos causas de justificación incompletas es de alternatividad, entrarán en juego las reglas sobre compatibilidad o incompatibilidad entre atenuantes, sin que sea desacartable *a priori* la posibilidad de que ambas actúen conjuntamente; en tal caso, creo que son acumulables los efectos que determina el artículo 66, es decir, que habrá que aplicarlo tantas veces como causas de justificación incompletas —pero compatibles entre sí— se presenten. A la misma solución habrá que llegar cuando las causas de justificación incompletas concurren idealmente.

VII

Comencé este trabajo planteando la pregunta de si el concurso entre causas de justificación se puede regir por los mismos criterios que los de la teoría «tradicional» del concurso. Según he tratado de fundamentar, pienso que el bagaje de conceptos que ofrece la teoría tradicional del concurso tiene un gran valor en el ámbito de las causas de justificación, pero a mi juicio ni los presupuestos concursales ni las consecuencias jurídicas concursales son exactamente equiparables en ambos casos.

En la teoría del concurso entre causas de justificación queda todavía un largo camino por recorrer; con el presente trabajo he pretendido analizar los aspectos generales del problema, pero aún queda abierto a la investigación el estudio de las particulares relaciones concursales que mantiene cada causa de justificación con las demás.

Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal (*)

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

Profesor Titular de Derecho penal
de la Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCION

La presente exposición se refiere a un fenómeno relativamente reciente —pues su historia comienza en los primeros años de la década de los ochenta—, que está teniendo lugar especialmente en los Estados Unidos de América (EE.UU.), pero que ya está tratando de importarse por algunos países europeos —como, por ejemplo, Francia o el Reino Unido—, y que se concreta, para entusiasmo de unos y escepticismo o rechazo de otros, en la gestión por parte de empresas privadas que actúan a título lucrativo de centros y establecimientos penitenciarios de todo tipo; es decir, que se concreta en la «privatización» de la ejecución penal.

De todas formas, se ha de puntualizar que hablar, hoy por hoy, de privatización, desde la perspectiva de los sistemas de administración de justicia, ya sea civil o penal, es hablar de fenómenos de muy diversa naturaleza que se suceden y afectan a sectores o parcelas también muy diversas del ámbito de la prevención del delito, de la administración de justicia o de la ejecución penal. Bajo tal denominación se podrían incluir, por ejemplo, los programas de creación de mecanismos arbitrales o de mediación extra-judiciales, privados, para la resolución de disputas civiles entre particulares o para la resolución

(*) El texto se corresponde, básicamente —aunque ampliado con las notas y algunas referencias complementarias—, con el de la conferencia pronunciada el día 5 de abril de 1990 en Tarragona, dentro de las Jornadas para directivos de Centros Penitenciarios de Cataluña organizadas por el *Centre d'Estudis i Formació del Departament de Justícia* de la *Generalitat de Catalunya*. El autor desea expresar su agradecimiento al *Centre d'Estudis*, y muy especialmente a su directora, doctora Esther Giménez-Salinas Colomer, por la invitación para participar en dichas Jornadas; agradecimiento que hace extensivo al personal del *Centre* por su extraordinaria acogida.

del conflicto, personal y material, que se produce entre el delincuente y su víctima (1); la puesta en marcha de mecanismos de vigilancia electrónica para el cumplimiento de penas o arrestos preventivos, o para limitar los movimientos de una persona dentro de un determinado ámbito espacial, lo que permite controlar a distancia, y con muy poco personal, los movimientos del sometido a vigilancia (2); la intervención de la iniciativa privada en sectores tradicionalmente abandonados o no cubiertos suficientemente por la pública, como pueden ser la asistencia social post-penitenciaria o el tratamiento de toxicómanos delincuentes; la participación de entidades o asociaciones privadas, benéficas o no lucrativas, en la organización de la ejecución de sanciones penales alternativas a la privación de libertad, como son los trabajos de utilidad social o los programas de educación o formación profesional (3); la participación de comunidades vecinales en programas de vigilancia local contra el delito (4); la intervención de em-

(1) Experiencias de este tipo las ha habido —y las hay— es muy diversos lugares. En California (EE.UU.), por ejemplo, es muy conocido el proyecto que, bajo el nombre de *San Francisco Community Board*, puso en marcha Raymond Shonholts en 1977, y que funciona como un intento de organización de un nuevo sistema de administración de justicia, al margen completamente del institucional, que, controlado enteramente por vecinos no profesionalizados, trata de ofrecer solución a conflictos y pleitos tanto de orden civil como criminal (v., SHONHOLTS, R., *Neighbourhood justice systems: work, structure and guiding principles*, en «Journal of Mediation Quarterly», vol. 5, 1984, pp. 3 y ss.; del mismo, *The Citizen's role in justice: building a primary justice and prevention system at the neighborhood level*, en «Annals of the American Academy of Political and Social Sciences», vol. 42, 1987, pp. 42 y ss.). En el Reino Unido, también existen proyectos que han adquirido bastante trascendencia como el *Newham Conflict and Change Project*, puesto en marcha en 1984, o el *Sandwell Mediation Scheme*, en 1985, ambos dirigidos y gestionados enteramente por residentes locales voluntarios (v., MARSHALL, T. F., *Informal justice: the British experience*, en R. Matthews, ed., «Informal Justice?», London, Newbury Park, Beverly Hills, New Delhi, 1988, pp. 150 y ss.).

(2) La utilización de estos mecanismos se concreta, normalmente, en la implantación de una pequeña pulsera que detecta y delata, en la pantalla del vigilante, los movimientos de su portador. En los EE.UU., los medios de vigilancia electrónica se han utilizado, tanto para controlar los movimientos de individuos que se encuentran en libertad provisional a la espera de juicio, como para controlar los de individuos ya sentenciados y sometidos a *probation* o en libertad condicional (v., BERRY, B. y MATTHEWS, R., *Electronic monitoring and house arrest: making the right connections*, en R. Matthews, ed., «Privatizing Criminal Justice», London, Newbury Park, New Delhi, 1989, pp. 107 y ss.).

(3) Por citar algún ejemplo significativo, en Ontario (Canadá), la intervención de este tipo de entidades o asociaciones (*Howard Society*, *St. Leonard's Society*, *Rotary*, *Salvation Army*, etc.) en la organización y puesta en marcha de las *community service orders* (mandamientos de servicio a la comunidad), que van asociadas a una sentencia de *probation*, ha sido muy importante (v., VASS, A. A. y MENZIES, K., *The community service order as a public and private enterprise*, en «The British Journal of Criminology», vol. 29, 1989, pp. 255 y ss.).

(4) Son muy característicos de este tipo de experimentos los famosos «neighbourhood watch» británicos (v., DONNISON, H.; SCOLA, J.; y THOMAS, P., *Neighbourhood Watch: Policing the People*, London, 1986; BENNET, T., *An assessment of the design, implementation and effectiveness of neighbourhood watch in London*, en «The Howard Journal of Criminal Justice», vol. 27, 1988, pp. 241 y ss.).

presas privadas lucrativas en el sector de la seguridad, y no sólo de personas, comercios o entidades privadas sino, incluso, de personajes, establecimientos y organismos públicos (5); o, como veremos a lo largo de esta exposición, la gestión plena por parte de empresas privadas, que desarrollan su labor a título lucrativo, de centros o establecimientos tutelares o penitenciarios, gestión que puede llegar a incluir la construcción del centro o la habilitación del ya existente.

El surgimiento de todos estos fenómenos, y el de otros muchos que se podrían mencionar, tienen, desde nuestro punto de vista, un motivo o una causa común, y es la total desconfianza en que el aparato del Estado vaya a ser alguna vez capaz de resolver los problemas, o mejor, la agudización en las dos últimas décadas de los problemas a los que tradicionalmente se han venido enfrentando la policía, la administración de justicia o la administración penitenciaria y, por contra, la confianza en que la gestión o la iniciativa privadas ofrezcan soluciones allí donde la burocracia estatal ha demostrado su total ineficacia.

Por supuesto que en esa desconfianza coinciden muchos y muy diversos sectores ideológicos, pero, obviamente, los intereses que animan a unos u otros no son coincidentes. Así, los hay que tienen la esperanza de que involucrando más activamente a los miembros de la comunidad en programas sociales de prevención del delito o de tratamiento en libertad del delincuente se pueda lograr una mejor solución *social* al problema de la delincuencia, atacándolo, precisamente, en su origen. Otros, sin embargo, lo único que pretenden es incrementar el férreo control sobre los delincuentes, inocularlo al mayor número posible de ellos, pero sin invertir dinero público o sin invertir tanto dinero público en dicho menester.

En cualquier caso, todas estas transformaciones en las estructuras del aparato de la administración de justicia o de la administración penitenciaria, aparte de añadir un fracaso más en la larga lista de frustraciones y expectativas incumplidas por el modelo político-criminal del «Estado del bienestar», evidencian profundos cambios en la ideología, en la filosofía y en la actitud con la que se contempla, en los finales del siglo XX, el fenómeno delincuente y, por lo mismo, el funcionamiento de las instituciones tradicionales de control del delito y enjuiciamiento y tratamiento del delincuente. Lo que ya no está tan claro es adónde nos van a llevar esos cambios: si a un modelo de control más sofisticado, del tipo del que George Orwell predije-

(5) Según un informe elaborado por JESÚS DUVA (v., *La ira de los vecinos*, en «El País», suplemento: «Temas de nuestra época», 11 de enero de 1990), «en el año 1982 había en España 333 empresas (de seguridad) y ahora hay casi 1.400, que mueven una cartera de negocios cifrada en 140.000 millones y manejan un auténtico ejército parapolicial integrado por 70.000 hombre»; casi la mitad de los que integran, conjuntamente, el Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil y la Policía Municipal (160.000 en total).

ra en su magnífica novela, *1984*, o, por el contrario, a un modelo más flexible de aproximación a la raíz y a las causas de los problemas que nos ayude a superar un modelo de Derecho penal caduco y esclerótico.

Una parte, más o menos significativa, de todas estas mutaciones están ya teniendo lugar en España desde hace algún tiempo. Incluso, en algún caso, como es el de la gestión privada de centros de deshabituación para delincuentes toxicómanos (6), han logrado impulsar una reforma legislativa que, como la del artículo 57.1 del Reglamento Penitenciario, autoriza a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias a trasladar a los penados clasificados en tercer grado, que presenten problemas de drogadicción, a esas instituciones extrapenitenciarias privadas para que se les aplique el correspondiente tratamiento deshabituador. Sin embargo, las dimensiones que el fenómeno de la privatización, en su conjunto, está adquiriendo más allá de nuestras fronteras y el debate que sobre el sentido y ser de la pena y del funcionamiento actual del aparato de justicia criminal está provocando el mismo en el seno de los sectores interesados, hacen que lo que pueda estar aconteciendo en nuestro país no sea más que un tímido reflejo del fenómeno y del propio debate. Lo más sorprendente, no obstante, es que, ni desde las instancias oficiales ni desde las académicas, se «acusa recibo» del mismo; ni tan siquiera para manifestar rechazo o adhesión.

Por ello, en la medida en que lo autoricen los conocimientos de quien suscribe —que, ciertamente, no son muchos—, lo que se pretende con esta exposición es, de alguna manera, suscitar la curiosidad y el interés de los sectores afectados o involucrados por todas estas cuestiones, para, así, estimular un debate lo más amplio y generalizado posible sobre nuestro sistema de justicia criminal. Por supuesto, la amplitud del fenómeno de la privatización nos obliga a ser selectivos y detenernos, únicamente, en una de las manifestaciones del mismo —quizá una de las que puede resultar más espectacular—, como es el de la gestión privada lucrativa de los centros o establecimientos penitenciarios.

(6) Sector que ha sufrido un extraordinario y deplorable abandono por parte de la Administración penitenciaria y en el que sólo las administraciones públicas locales y autonómicas han sido capaces, aunque de forma tímida y tardía, de tomar algunas iniciativas (v., DEL ROSAL BLASCO, B., *El tratamiento de los toxicómanos en las instituciones penitenciarias*, en FERNÁNDEZ ALBOR, A. y otros, «La Problemática de la Droga en España», Madrid, 1986, pp. 257 y ss.).

II. EL REDESCUBRIMIENTO DE LA GESTIÓN PRIVADA PARA LOS ESTABLECIMIENTOS TUTELARES O DE EJECUCIÓN PENAL

El fenómeno de la gestión privada de los centros o establecimientos de custodia, tutelares, correccionales o de ejecución penal no es, ni muchísimo menos, algo nuevo en la historia del Derecho penal o del Derecho penitenciario. Sin que haga falta remontarse a épocas muy remotas, en las que no sólo la ejecución de los castigos y la llevanza de las cárceles o calabozos, sino la propia administración de la justicia estaba en manos privadas, es de sobra conocida la importantísima intervención que, hasta fechas muy recientes, han tenido las órdenes religiosas en la administración de cárceles e instituciones penales y, en general, en el ámbito de los sistemas de justicia criminal.

En España, por ejemplo, tanto la llamada originariamente Casa Galera de Mujeres de Alcalá de Henares —después llamada, sin más, Prisión de Mujeres—, como la antigua cárcel de mujeres de la calle de Quiñones de Madrid, fueron centros administrados exclusivamente por monjas hasta que, en tiempos de la II República, se crea el Cuerpo Femenino de Prisiones, que, por cierto, tras los correspondientes cursos de formación, integraría en su seno a gran parte de dichas religiosas (7). La propia Concepción Arenal, en el informe que somete al Congreso Internacional de Amberes de 1980, recomienda la creación de patronatos de reclusos y libertos, en manos de la iniciativa privada, pero estimulados y sostenidos con el apoyo moral y económico de los Gobiernos, para ayuda y asistencia penitenciaria y post-penitenciaria de los internos (8).

En el Reino Unido, por citar otro ejemplo que puede ser significativo, la mitad de las cárceles existentes en el siglo XVIII estaban en manos de miembros de la nobleza o el clero que las arrendaban a guardianes que, a su vez, obtenían pingües beneficios económicos mediante la extorsión o el expolio de los privados de libertad (9). Ya en el presente siglo, la intervención de los *misioneros* de la Sociedad de Templanza de la Iglesia de Inglaterra ante los tribunales de magistrados, fue absolutamente decisiva para la configuración del actual sistema de determinación de la pena en Inglaterra, ya que el llamado «informe social» realizado por los funcionarios de *probation*, legal-

(7) V., SALILLAS, R., *La Vida Penal en España*, Madrid, 1888, pp. 269 y ss.; KENT, V., *Las reformas del sistema penitenciario durante la II República*, en «Historia 16», núm. extra VII, octubre de 1978, pp. 105 y ss.

(8) V., *Obras Completas de doña Concepción Arenal*, t. XIV, «Informes presentados en los Congresos Penitenciarios de Estocolmo, Roma, San Petersburgo y Amberes», Madrid, 1986, pp. 214 y ss.

(9) WEIS, R. P., *Private Prisons and the State*, en R. Matthews, ed., «Privatizing Criminal Justice», London, Newbury Park, New Delhi, 1989, p. 29.

mente preceptivo para que el juez adopte determinadas decisiones (10), tiene su origen, precisamente, en los informes orales que los *misioneros*, que actuaban como asistentes voluntarios de los reclusos y de los sometidos a la justicia penal, exponían al juez sobre la persona del reo o del sometido a cualquier medida penal (11).

Lo que sucede es que este «redescubrimiento» de las prisiones privadas que nos ha traído, la década de los ochenta, se produce en un contexto histórico de relaciones sociales, políticas y económicas muy diferente al de experiencias anteriores; y, además, tiene unas peculiaridades que también lo distancian de cualquier tentativa de símil previo que se quiera establecer.

En primer lugar, después de haberse superado las posiciones retribucionistas más puras, de origen iusnaturalista o de origen racionalista, y, sobre todo, después de haberse vivido todo el movimiento reformador de las prisiones durante los siglos XIX y XX, con el auge de las teorías preventivo-especiales, nos encontramos ahora en un momento de gran escepticismo respecto a la posibilidad de mantener aún vigente el modelo del «ideal rehabilitador» que, durante tantos años, animó las más profundas reformas de nuestros sistemas penales y penitenciarios. De hecho, se puede decir, sin mucho margen de error, que la ideología de la resocialización ha fracasado ya en su intento de convertirse en el cimiento sobre el que asentar las estructuras de los sistemas penales y penitenciarios. En los foros académicos, el ca-

(10) Los *social inquiry reports*, o informes sociales, son los que, solicitados por el juez o por la defensa del acusado, hace el funcionario de *probation* o persona especialmente autorizada para ello sobre la persona del acusado, su familia actual, sus antecedentes familiares, trabajo, capacidades, inquietudes, carácter, condiciones físicas o psíquicas, etc., con el fin de auxiliar al tribunal a adoptar, para el reo que ya ha sido formalmente declarado culpable, bien por un jurado, bien por su propio *guilty plea*, la decisión judicial (*sentence*) más adecuada. Estos informes son obligatorios siempre que el acusado sea menor de 17 años. En el caso de acusados menores de 21 años o de delincuentes primarios, el tribunal también está obligado a solicitar un informe social cuando vaya a imponer una pena de prisión (sección 20 de la *Powers of Criminal Courts Act* de 1973). Y si impusiera tal pena sin haber solicitado un informe social, el tribunal está obligado a explicar en una audiencia pública las razones que le han llevado a adoptar dicha medida (sección 62 de la *Magistrates. Courts Act* de 1980). No obstante, la sección 45, subsección 3, de la *Powers of Criminal Courts Act* de 1973, establece que «ninguna sentencia será invalidada por no haber tomado en consideración el tribunal el informe social..., pero cualquier otro tribunal, en apelación, deberá considerar tal informe para determinar si se debía o no haber dictado para el apelante una sentencia diferente a la dictada por el tribunal de instancia». La utilización de los *social inquiry reports* está, igualmente, muy extendida en el ámbito de la justicia tutelar juvenil y en el penitenciario (v., SHAW, R., *Who uses social inquiry reports?*, Institute of Criminology, Cambridge, 1981).

(11) V., McWILLIAMS, W., *The Mission to the English Police Courts 1876-1936*, en «The Howard Journal of Penology and Crime Prevention», vol. 22, 1983, pp. 129 y ss. También existen antecedentes de explotación privada de prisiones o del trabajo de los reclusos en los EE.UU. Muchos de tales antecedentes, que implicaban una auténtica situación de esclavitud para los presidiarios, son narrados por SELLIN, T., *Slavery and the Penal System*, New York, 1976. El movimiento reformador de los comienzos del siglo XX puso en evidencia las brutalidades que se cometían en estas «prisiones privadas» y el control de las mismas volvió a manos públicas.

mino hacia tal escepticismo se consolidó definitivamente con las investigaciones de Lipton, Martinson y Wilks (12), en las que a toda una serie de preguntas sobre la viabilidad y eficacia de los programas de tratamiento se contestaba con aquel famoso y lacónico: *nothing works* (nada funciona). «Con algunas aisladas excepciones —diría Martinson (13)—, los esfuerzos rehabilitadores de los que se posee información hasta el presente no han tenido una incidencia apreciable en las cifras de reincidencia». A partir de ese momento, y especialmente entre los autores más liberales y progresistas de la literatura científica de los EE.UU. —tan influyente en el ámbito de los países más inbuidos por el espíritu resocializador (Reino Unido, países escandinavos, Canadá, Australia)—, se llegó al convencimiento de que no existía, ni podía existir, investigación alguna capaz de ofrecer datos sobre programas rehabilitadores que, en relación con el número de delinquentes que ingresan anualmente en prisión, arrojen un mínimamente relevante número de éxitos, o, cuando menos, un número de éxitos suficiente, como para que mereciera el esfuerzo en medios humanos y materiales que se había estado invirtiendo en ellos durante décadas (14).

Bien es cierto, como señaló en su momento Allen (15), que nada nuevo había en el escepticismo expresado por Martinson, salvo quizá el hecho de que viniera corroborado por un estudio elaborado sobre una muestra más amplia que la de trabajos anteriores, porque opiniones similares a la suya abundaban en la literatura penológica desde finales de la II Guerra Mundial (16). Pero la repercusión que las conclusiones de Martinson tuvieron fueron definitivas para crear un clima de pesimismo penológico muy extendido en el que, por una parte, se ha impuesto la idea de que todo lo que cabe esperar de la aplicación de penas privativas de libertad es que sirvan al fin de la inocuidad o, expresado en términos muy al uso en la literatura anglosajona, de la *humane containment* (contención humana) (17) y, por otra,

(12) LIPTON, D.; MARTINSON, R.; WILKS, J., *The Effectiveness of Correctional Treatment*, New York, 1975; también, MARTINSON, R., *What works?: questions and answers about prison reform*, en «The Public Interest», 35, 1974, pp. 22 y ss.

(13) MARTINSON, R., *What works?...*, *ob. cit.*, p. 25. Subrayado en el original.

(14) Uno de los más significativos e influyentes representantes de dicho grupo de autores, ANDREW VON HIRSCH, no tuvo reparo en concluir y airear una afirmación tan rotunda como ésta en una gran parte de sus más importantes trabajos publicados desde mediados de la década de los setenta hasta mediados de la década de los ochenta (v., por ejemplo, *Doing Justice. The Choice of Punishments*, New York, 1976, p. 18, o *Recent trends in American criminal sentencing theory*, en «Maryland Law Review», 42, 1983, p. 11).

(15) ALLEN, F. A., *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, New Haven, London, 1981, p. 57.

(16) El propio ALLEN (*ob. cit.*, p. 115, nota 97) ofrece un buen repertorio de trabajos que expresan reservas y opiniones muy contrarias al modelo del tratamiento o al modelo rehabilitador.

(17) TAYLOR, M. y PEASE, K., *Private prisons and penal purpose*, en «Privatizing Criminal Justice», London, Newbury Park, New Delhi, 1989, p. 184.

se han modificado profundamente los criterios con los que el personal técnico y asistencial de las administraciones penitenciarias ha de enfrentar su tarea, especialmente en países como el Reino Unido, Canadá o los EE.UU., haciéndose, desde entonces, mucho más énfasis en el control y la vigilancia que en la asistencia o el apoyo (18). Y ello, a pesar de que investigaciones posteriores han podido demostrar que no existe base suficiente para afirmar, de forma tan concluyente a como lo hizo Martinson, que nada funciona en los programas de reinserción o rehabilitación (19).

Por otra parte, tampoco se puede olvidar que al rechazo del modelo resocializador también han contribuido muy eficazmente las teorías sociológicas de la desviación, surgidas a finales de los años sesenta y comienzos de los setenta, que, bien poniendo de manifiesto el carácter normal, no patológico, del fenómeno delincuente y su ubicuidad, con lo que cualquier tratamiento resocializador sería inútil, bien haciendo hincapié en la contradicción flagrante que implica querer adaptar a un hombre a una sociedad de la que se le aísla coactivamente, minaron, desde el punto de vista ideológico, una buena parte de soporte teórico sobre el que se asentaba dicho modelo (20).

Es evidente, además, que en el fracaso de la ideología de la resocialización también ha tenido una decisiva influencia el constante incremento que en la segunda mitad del siglo ha experimentado la delincuencia —y, especialmente, la delincuencia agresiva en los grandes núcleos urbanos— y la consiguiente sensación, difundida entre el público en general a través de informaciones sesgadas o manipuladas (21), de que parte de ese incremento es debido a un exceso de benignidad

(18) MCCONVILLE, S., en H. Rees and E. H. Williams, eds., *Punishment, Custody and the Community. Reflections and Comments on the Green Paper*, London School of Economics, London, 1989, p. 41.

(19) V., por ejemplo, CULLEN, F. T. y GILBERT, K. E., *Reaffirming Rehabilitation*, Santa Barbara, California, 1982; GENDREAN, P. y ROSS, R. R., *Revivification of rehabilitation: evidence from the 1980s*, en «Justice Quarterly», vol. 4, 1987, pp. 349 y ss.

(20) V., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La 'resocialización' del delincuente. ¿Un mito?*, en «Problemas Actuales de la Criminología», Madrid, 1984, pp. 245 y ss.

(21) Porque, como certeramente observa MICK RYAN (*The Politics of Penal Reform*, London, New York, 1983, p. 116), el público en general adopta la perspectiva de que el sistema penal es algo que tiene más que ver con la represión o la intimidación que con la reforma o la resocialización, y cuanto más duras y severas las penas más efectivo es el efecto disuasorio de las mismas. Teniendo en cuenta tal presupuesto, no es difícil de explicar la facilidad con la que se pueden manipular los sentimientos represivos de la opinión pública suministrándole informaciones selectivas sobre crímenes extraordinariamente violentos o repudiables, porque, además, como ha señalado MARIA JESÚS MIRANDA (v., *La sábana de los fantasmas*, en «El País», suplemento: «Temas de nuestra época», 11 de enero de 1990), «la inseguridad no es sólo el producto de la acción de pequeños delincuentes y, por tanto, no correlaciona necesariamente con la experiencia de la victimización; es, sobre todo, una interpretación distorsionada de la realidad, en virtud de representaciones sociales compartidas en tanto que difundidas».

en el trato otorgado a los delincuentes. Por ello, aunque no tanto a nivel académico, pero sí a nivel oficial y popular, el progresivo abandono de la ideología de la resocialización ha dado paso a un poderoso resurgimiento de las doctrinas del *law and order*, de la ley y el orden, que, en el mejor de los casos, han exigido la necesidad de una aplicación más estricta y más efectiva de las penas y una reducción de las «concesiones» al delincuente y, en el peor de ellos, se han lanzado a reclamar un mayor y más enérgico control del fenómeno delincuente (*aunque no de las causas que lo provoca*), que se debería de concretar en un endurecimiento de las penas, en un mayor rigor y severidad en su aplicación y en una suavización de las garantías procesales para permitir un «modus operandi» más eficaz de las fuerzas policiales.

No obstante, esta doctrina del *law and order* no es una doctrina específicamente diseñada para el ámbito de la política criminal. Especialmente en el seno de los países con gobiernos más conservadores (por ejemplo, en el Reino Unido o en los EE.UU.), ha habido, desde los años setenta y muy especialmente en los ochenta, todo un empeño en movilizar a la «mayoría silenciosa» en contra de los que se consideraba como una sociedad excesivamente tolerante y permisiva, afirmandose la necesidad de un «rearme moral» que revitalizara valores tradicionales considerados en peligro de extinción (patria, autoridad, familia, disciplina, trabajo duro, espíritu de sacrificio). La ley y el orden —democráticos, por supuesto— deben prevalecer en aras a la conservación o a la pervivencia del sistema democrático y de los valores que lo han hecho posible, y frente a la disidencia revoltosa, en el ámbito sindical, social o político, no existe mejor respuesta que la reafirmación de la autoridad del Estado y del sistema establecido. Como se ha podido afirmar, el «fácil consenso» de los cincuenta o los sesenta, ha sido sustituido por el «consenso autoritario» de los setenta y los ochenta (22); y, claro está, en este contexto queda muy poco espacio para la compasión con el que delinque.

Junto a ello, en el ámbito económico nos encontramos sumidos en un clima de euforia neoliberal, en el que el triunfo de las doctrinas monetaristas de la escuela de Chicago, han llevado —especialmente a los gobiernos más conservadores— a aplicar políticas económicas

(22) RYAN, M., *The Politics...*, *ob. cit.*, pp. 120-121. Por supuesto que todos estos fenómenos, por nuestra peculiar situación política desde el año 1939 hasta finales de los setenta, no se han vivido de la misma manera en España. Pero lo cierto es que, desde el comienzo de la década de los ochenta, y aún existiendo —al menos, teóricamente— abismales diferencias ideológicas entre los gobernantes de la Nueva Derecha de los EE.UU. o en el Reino Unido y los de nuestro país, la dialéctica y las formas de ejercicio del poder penal no difieren mucho. Tan sólo las etiquetas varían, y donde aquéllas hablan de «rearme moral», éstos lo hacen de «rearme ético»; donde aquéllos indican la necesidad de preservar «la libertad» y «el sistema de vida del mundo libre occidental», éstos afirman la conveniencia de fortalecer «la democracia»; y, finalmente, donde aquéllos hablan de «prosperidad», éstos de «progreso».

de fuerte restricción del gasto público en los sectores social y asistencial, que enfrentadas al constante incremento de la delincuencia y al de la población reclusa y a un severo problema de superpoblación y hacinamiento carcelarios, se encuentran abocadas a un difícil dilema: o se aumentan notablemente los gastos de policía, administración de justicia y, sobre todo, prisiones para, deteniendo, procesando y encarcelando más delincuentes, ser coherentes con la preconizada por esos mismos gobiernos campaña de «endurecimiento penal», satisfaciendo así la (supuesta) demanda pública, o se buscan fórmulas para restringir el ingreso de delincuentes en prisión, ahorrando una buena cantidad de dinero público, pero frustrando las (supuestas) expectativas de los electores. Como señala David Garland (23), refiriéndose al caso británico, «desde hace una década, nuestra Administración ha estado comprometida con una retórica político-criminal represiva, de línea dura, confesadamente enérgica con el delito, pero nuestros gobernantes son conscientes, también, de que los costos financieros y políticos de llevar hasta sus últimas consecuencias dicha retórica son inaceptablemente altos». Y es que, ciertamente, los electores no quieren delincuentes en sus calles, pero, por supuesto, si se les deja opinar, ni desean invertir una sola peseta en solventar ninguno de los problemas que tienen que ver con el delito y los delincuentes ni están dispuestos a contemplar el espectáculo de desmedida dureza a que conduciría una política criminal basada en la pura y dura intimidación.

La salida a ese dilema se ha concretado de formas muy diversas, según la indiosincrasia de los diferentes países y los problemas específicos a los que sus sistemas de justicia criminal se ven, enfrentados. Así, por ejemplo, en el Reino Unido, donde quizá su problema más grave es el de la superpoblación carcelaria y el alto grado de «prisionalización» de sus habitantes, se practica una especie de política esquizofrénica que, por otra parte, incrementa y endurece las medidas penales para los delincuentes peligrosos y amplía las facultades de actuación y los poderes de la policía, mientras que, por otra, estructura un complejo y variado sistema de medidas alternativas a la privación de libertad que, no obstante, en los últimos años se han visto revestidas de una apariencia menos «blanda» y más represiva que en épocas anteriores (24). En España —donde, no obstante, lo normal

(23) GARIAND, D., *Critical reflections on 'Punishment, Custody and the Community'*, en «Punishment, Custody and the Community. Reflections and Comments on the Green Paper», London School of Economics, London, 1989, p. 4.

(24) El más reciente e importante documento sobre la política criminal del Gobierno Conservador británico para los próximos años, *Punishment, Custody and the Community*, publicado por el *Home Office* en 1988, va precisamente en esa línea que DAVID GARLAND (*Critical reflections...*, *ob. cit.*, p. 4) define como de compromiso, porque la derecha conservadora consigue introducir en la política criminal un leguaje más represivo, mientras que los grupos reformistas y la izquierda liberal consiguen un compromiso de menor utilización de la pena de prisión. No obstante, el Gobierno británico

es que la política criminal se improvise según va cambiando el viento de los avatares políticos—, la desesperante lentitud de la administración de justicia, que es el más endémico de nuestros males, tampoco nos ha dejado a salvo de poder escuchar, desde las voces del poder, una doble dialéctica consistente, por una parte, en echarle la culpa la tráfico y consumo de drogas de los diversos incrementos en el índice de la delincuencia, penalizándose más severamente las conductas relacionadas con dicho tráfico y anunciándose más y más severas medidas para su control y el de la delincuencia a él asociada; pero, por otra, para el resto de infracciones menores o imprudentes (que son, en realidad, las más numerosas), se arbitran medidas despenalizadoras (así, por ejemplo, las reformas del Código Penal de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio y la de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio), fundamentalmente tendentes a «desatascar» los juzgados y Audiencias penales, pretendiendo conseguir, también, como efecto secundario, reducir el número de presos preventivos y, con ello, el número de población reclusa. Finalmente, en los Estados Unidos unas muy particulares circunstancias, que trataremos de explicar a continuación, son las que han provocado el surgimiento de las prisiones privadas como salida alternativa más económica, e, incluso, se dice por algunos, más humana, a una parte de los problemas que azotan su sistema penal.

III. LAS PRISIONES PRIVADAS EN LOS ESTADOS UNIDOS

Comprender correctamente el por qué surgen las prisiones privadas en los comienzos de los años ochenta en los Estados Unidos exige, previamente, conocer, aunque sólo sea someramente, cuál era la situación de su sistema penal y penitenciario en los comienzos de los años setenta.

En ese momento, en la práctica totalidad de los estados estaba instaurado el régimen legal de la sentencia indeterminada. California, por ejemplo, el estado quizás más comprometido, a nivel legislativo, con el sistema de sentencia indeterminada y con la filosofía preventivo-especial que lo inspiraba (25), lo introdujo en el año 1917 y, salvo una pequeña modificación operada en el año 1944, lo mantuvo inalterado hasta 1976. Desde el punto de vista de su aplicación práctica,

también se ha planteado la posibilidad de privatizar algunas de sus prisiones en el año 1995, especialmente las que alberguen población preventiva, y así lo pone de manifiesto el otro documento publicado en el mismo año por el *Home Office*, *Private Sector Involvement in the Remand System*, que ha suscitado una encendida polémica entre los *lobbies* penales y penitenciarios de signos políticos diversos.

(25) MESSINGER, S. L. y JOHNSON, P. J., *California's Determinate Sentencing Statute: History and Issues*, en «Determinate Sentencing: Reform or Regression?», Washington, D.C., 1978, p. 13.

lo que significaba un sistema de tales características era que los jueces, una vez que el jurado había pronunciado su declaración de culpabilidad sobre el acusado o que éste se había confesado culpable del delito por el que se le acusaba, se limitaban a señalar en sus sentencias que el reo quedaba condenado «por el período establecido en la Ley». Posteriormente, un órgano administrativo, la *Adult Authority* (Autoridad de Adultos), determinaba el período específico de cumplimiento entre el término mínimo y el máximo señalado en la Ley. Además, este mismo órgano (formado por miembros de procedencia diversa, y en cuyo nombramiento intervenía, fundamentalmente, el Gobernador del Estado con la anuencia del poder legislativo estatal) era el encargado de señalar cuándo ese específico período de cumplimiento se podía ver reducido, además, por el beneficio de la *parole* (libertad condicional). Lo que normalmente hacía la *Adult Authority* era retrasar su decisión sobre la determinación del período específico de cumplimiento de la sentencia para poder permitir, así, que en el momento de tomar dicha decisión el condenado se encontrara prácticamente a punto de poder verse beneficiado por la *parole*. Entre tanto, el sentenciado se suponía que estaba sujeto al cumplimiento del máximo de pena prescrito por la Ley. Por supuesto, la decisión del órgano administrativo era únicamente revisable por él mismo, pero, eso sí, cuantas veces estimara oportuno, en función del comportamiento del interno. El grado de discreción de la *Adult Authority* era tal que una condena a un máximo legal de cadena perpetua podía, según los casos, quedar reducida a cinco años, otorgándose, además, la libertad condicional a los tres (26).

A toda esta situación se le unía, además, el que en materia de ejecución penal los jueces y tribunales federales norteamericanos, hasta bien entrada la década de los sesenta, habían practicado lo que tradicionalmente se denominaba como política de *hands off* («no tocar» o «manos fuera»). Tal forma de actuar se concretaba en que el único derecho que se le reconocía a un acusado era el de someter a prueba, a través de un escrito de «habeas corpus», el hecho mismo de la legalidad de su prisión, pero nunca un juez federal atendía petición alguna de un recluso que implicara un enjuiciamiento de las condiciones de su encarcelamiento o del proceso de ejecución de su sentencia, que pudiera suponer la usurpación de las facultades otorgadas a los gobiernos estatales de administrar, de la manera que éstos entendieran como más correcta, sus propios establecimientos penitenciarios (27). En la práctica, como en su momento señaló James B. Ja-

(26) V., MESSINGER, S. L. y JOHNSON, P. J., *California's...*, *ob. cit.*, pp. 15 y ss.

(27) V., por ejemplo, la resolución del caso *Price v. Johnston*, 334 U.S. 266 (1984). En realidad, la política de *hands off* se había practicado, con carácter general, por el Tribunal Supremo Federal de los EE.UU. en todo lo relativo a los procesos administrativos de concesión o denegación de beneficios sociales, exenciones fiscales, licencias,

cobs (28), la política de *hands off* implicaba que un recluso, en el momento que ingresaba en un establecimiento penitenciario, sufría una suerte de «muerte civil», quedando privado, frente al poder de la administración penitenciaria estatal, de todos sus derechos constitucionales.

Como se puede uno imaginar, en este estado de cosas, el poder que todo este entramado legal depositaba en manos de los órganos ejecutivos de los centros penitenciarios, que en última instancia iban a ser los que informarían ante la correspondiente Junta de la *Adult Authority* sobre la conveniencia o inconveniencia de conceder la *parole* o señalar un período más corto o más prolongado de cumplimiento de pena, era prácticamente absoluto. Y, de hecho, son abundantísimas las crónicas de los años cuarenta, cincuenta y sesenta que narran los abusos, las arbitrariedades, las injusticias raciales y las diversas tropelías que los guardianes y gobernantes de las diversas prisiones cometieron durante aquel período (29).

No obstante, como señalan Messinger y Johnson (30), el sistema satisfacía a casi todo el mundo. A los jueces, porque les relevaba de la gran responsabilidad de tener que dictar sentencias determinadas; a los administradores de las prisiones, porque en sus manos se depositaba un poderoso instrumento para el control de los reclusos más hostiles y violentos; y, finalmente, a los políticos, porque ello les permitía exonerarse de responsabilidades, ya que las penas se podían endurecer sin límite, calmando así las posibles demandas públicas, sin que ello hubiera de afectar la capacidad de discreción de la junta administrativa correspondiente.

Pero los años sesenta fueron años de lucha muy intensa en favor de los derechos civiles en los Estados Unidos. Una gran diversidad de asociaciones de derechos civiles tornaron sus ojos hacia las prisiones e impulsaron y ayudaron a los reclusos a organizarse y a enfrentarse legalmente a los administradores de los centros penitenciarios. En los ambientes académicos y universitarios, así como en el seno

concesiones o contratos, etc. Fue en 1970, a raíz de la resolución del caso *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970), cuando el Tribunal Supremo reconoció la facultad jurisdiccional de revisar, de conformidad con los principios del *due process* («proceso o procedimiento con las debidas garantías»), todos estos procesos administrativos, incluyendo el proceso de concesión del beneficio de la *parole* y toda una serie de resoluciones adoptadas en el ámbito penitenciario, tales como las sanciones disciplinarias, los traslados de centros, etc. (v., SEARCHINGER, T., *The procedural due process approach to administrative discretion: the Corut's inverted analysis*, en «Yale Law Journal», vol. 95, 1986, pp. 1017 y ss.).

(28) JACOBS, J. B., *Stateville. The Penitentiary in Mass Society*, Chicago and London, 1977, p. 9.

(29) Particularmente interesante, en este sentido, resulta, aparte del libro citado de JAMES B. JACOBS (v., nota 27), el informe elaborado por el grupo de izquierda liberal, American Friends Service Committee, *Struggle for Justice. A Report on Crime and Punishment in America*, New York, 1971.

(30) MESSINGER, S. L. y JOHNSON, P. J., *California's...*, *ob. cit.*, p. 16.

de las asociaciones profesionales de abogados más progresistas, se tomó, igualmente, conciencia de una deplorable situación penitenciaria que se caracterizaba, fundamentalmente, por el hacinamiento, las inhumanas condiciones de habitabilidad y salubridad, la violencia cotidiana, el abuso del poder y la discriminación racial. El sistema de la sentencia indeterminada se convirtió, entonces, a los ojos de estos sectores más progresistas, en el responsable de todos los males y comenzó a ser objeto de fuertes críticas que trataban de poner en evidencia, por una parte, su incapacidad para cumplir con los fines a los que pretendidamente estaba destinado y, por otra, las disparidades, inseguridades e injusticias que, a la hora de la individualización de la pena, provocaba (31). Por supuesto que a estas críticas se sumaron las objeciones morales e ideológicas que, desde siempre, ha planteado el modelo del «ideal rehabilitador».

Lo más curioso es que en este rechazo del modelo de la sentencia indeterminada y de la filosofía que lo inspiraba coincidieron tanto los integrantes de las asociaciones más progresistas, incluido el *Prisoners' Union* (Sindicato de Reclusos), como los impulsores de los movimientos más reaccionarios y ultraconservadores (32). Estos últimos, más preocupados por el control del fenómeno delincuente y el efecto intimidatorio (puro) de la pena que por las injusticias del sistema, veían en el abandono del modelo legal de la sentencia indeterminada y su sustitución por otro de sentencia determinada, una buena oportunidad para endurecer las penas y lograr que éstas se cumplieran íntegramente, mientras que aquéllos anhelaban su desaparición por lo arbitrario e incierto y deseaban la instauración de un sistema en el que las reglas del juego estuvieran claramente fijadas de antemano. En concreto, los autores e integrantes de las corrientes más liberales se lanzaron a exigir la sustitución del modelo resocializador por el que ellos denominaban un *justice model* (el modelo de justicia) o, simplemente, *retribution model* (modelo retributivo) (33). Como ha explicado muy bien Anthony E. Bottoms, para este grupo su «grito

(31) El problema de lo que se ha denominado «discrecionalidad no regulada» en el sistema judicial de justicia criminal, que es sino el problema de las divergencias o discrepancias que se producen entre las partes dispositivas de las sentencias aparentemente iguales, ha constituido, sobre todo desde los años sesenta, una auténtica obsesión para la literatura penal norteamericana. Una obra muy significativa, a este respecto, es la de DAVIES, K. C., *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Baton Rouge, Louisiana, 1969.

(32) Dignos representantes de la corriente del *law and order* fueron JAMES Q. WILSON (*Thinking about Crime*, New York, 1975) y ERNEST VAN DEN HAAG (*Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question*, New York, 1975).

(33) Son muy importantes, en este sentido, los trabajos de K. C. DAVIES (*Discretionary Justice...*, *ob. cit.*), D. FOGEL (*We are the Living Proof: The Justice Model for Corrections*, Cincinnati, 1975), M. FRANKEL (*Criminal Sentences: Law without Order*, New York, 1973), así como los de A. VON HIRSCH (*Doing Justice*, *ob. cit.*), y el American Friends Service Committee (*Struggle for Justice*, *ob. cit.*). Desde el punto de vista dogmático, los postulados de este modelo conducen a un sistema de teoría

de guerra» era: «Si no es posible garantizar la resocialización y si ésta, a menudo, ha producido injusticias, déjesenos, al menos, poder contar con algo de justicia». «La justicia, en este contexto —sigue el autor—, significó, ante todo y sobre todo, la *supresión de la discrecionalidad arbitraria* en los órganos de decisión, de tal manera que el efecto práctico más importante del modelo de justicia han sido los ataques dirigidos contra la disparidad en las sentencias judiciales y en las concesiones de la *parole*, y la presión en contra de las penas flexibles para los delitos específicos. En algunos movimientos radicales de reclusos, este modelo se ha expresado a través del slogan: '*the right to punishment*' (el derecho al castigo); es decir, el derecho a ser liberado tan pronto como se haya cumplido una sentencia justa, y el derecho a cumplir la sentencia sin interferencias de psiquiatras y asistentes sociales si no se quiere» (34).

En este nuevo ambiente de defensa de los derechos civiles, hubo, además, dos decisiones del Tribunal Supremo Federal de los EE.UU. que tuvieron una extraordinaria importancia. La primera de ellas, en la resolución del caso *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1963), el Tribunal reconoció el derecho de los internados en cualquier prisión estatal a cursar una solicitud de «habeas corpus» para someter a prueba, no sólo el hecho de la legalidad de su internamiento, sino las propias condiciones del encarcelamiento; la segunda, en la resolución del caso *Cooper v. Pate*, 378 U.S. 546 (1964), el Tribunal reconoció el derecho de los reclusos a demandar ante un tribunal federal a cualquiera de los estados de la Unión, de conformidad con lo previsto en la *Civil Rights Act* de 1871, un estatuto legal que permite buscar el amparo de los tribunales federales frente a cualquier violación de los derechos civiles cometida por la Administración de un estado de la Unión. A partir de estas dos decisiones, una lluvia de demandas judiciales fueron interpuestas contra los administradores de las prisiones por abusos, malos tratos, arbitrio injustificado, revocación injustificada de la libertad condicional, inhumanas condiciones de encarcelamiento, y un largo etcétera de causas que, tras algunos intentos fallidos, lograron que los tribunales federales rompieran con su tradicional política de *hands off* y entraran a revisar los procesos de concesión de los beneficios penitenciarios y las condiciones de cumplimiento de las penas de privación de libertad.

Concretamente, en cuanto a las condiciones de encarcelamiento, los tribunales federales comenzaron a llevar a cabo una aplicación

del delito muy próximo a lo que nosotros denominaríamos como neoclásico, estructurado sobre la idea de una culpabilidad fundamentada en el libre albedrío y una concepción predominante o esencialmente retributiva de la pena (v., especialmente, FLETCHER, G., *Rethinking Criminal Law*, New York, 1978).

(34) BOTTOMS, A. E., en A. E. Bottoms y R. H. Preston, eds., *The Coming Penal Crisis*, Edingurgh, 1980, p. 10.

mucho más rigurosa de la legislación sobre derechos civiles y de la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que prohíbe expresamente la imposición de penas crueles y extraordinarias. Con una situación penitenciaria en la que una buena parte de los establecimientos se encontraban en condiciones deplorables, por la inhumanidad del trato ofrecido a los reclusos, la falta de garantías para la integridad física de los internos, la falta de mínimos de higiene, salubridad y habitabilidad, los jueces federales comenzaron a remitir a los responsables directos e indirectos de los establecimientos penitenciarios las oportunas órdenes para que los adecentaran y humanizaran, para que los dotaran con los adecuados medios y personal sanitarios y para que el personal pusiera fin al ejercicio de prácticas contrarias a los derechos civiles. En caso contrario, se encontrarían expuestos a responsabilidades criminales y a tener que hacer frente a fuertes multas. Para que se vea la trascendencia de la actuación judicial a este respecto, en el año 1969 un tribunal del distrito federal declaró contrario a la Constitución de los Estados Unidos todo el sistema correccional del Estado de Arkansas, por violación de la Octava Enmienda (*Holt v. Sarver*, 300 F. Supp. 825, E. D. Ark. [1969]); otro tanto le sucedió, en 1972, al Estado de Mississippi (*Gates v. Collier*, 349 F. Supp. 881, N. D. Miss. [1972]) y, en 1974, al Estado de Oklahoma (*Battle v. Anderson*, 376 F. Supp. 402, E. D. Okla. [1974]). Otros muchos estados vieron cómo algunas de sus instituciones penitenciarias eran, igualmente, sometidas a órdenes o intervenciones judiciales, hasta el punto de que, según pudo relatar Dan Nesbary (35), hasta diciembre de 1985, sólo ocho estados de la Unión no habían sido objeto de intervención judicial: Alaska, Minnesota, Montana, Nebraska, Nueva York, Nueva Jersey, Dakota del Norte y Vermont.

Por otro lado, la situación se complicó porque a mediados de la década de los setenta —y empezando por California, que lo hizo en 1976 con la *Uniform Determinate Sentencing Law*—, la mayoría de los estados reformaron sus sistemas de determinación legal y judicial de la pena, incrementando éstas, restringiendo el uso del *plea bargain* entre el Ministerio Fiscal y los abogados defensores, introduciendo el sistema de sentencia determinada y aboliendo, en muchos casos, la posibilidad de obtener la *parole* u otros beneficios penitenciarios, como la reducción de penas por el trabajo, tendentes a reducir o extinguir la pena impuesta por el juez. Se trataba, en una palabra, de sustituir el modelo resocializador por un modelo mixto, de consenso, entre el preventivo-general puro y el retributivo de cumpli-

(35) NESBARY, D., *Recent Trends in State Corrections Expenditures*, Denver, Colorado, 1985, p. 25.

miento cierto de la pena, lo cual, al menos en un primer momento, supuso un sustancial incremento en las cifras de población reclusa (36).

Aquella nueva actitud judicial de estricto control al poder ejecutivo, en su vertiente de Administración penitenciaria, que, además, se ha convertido en una constante a lo largo de las décadas de los setenta y ochenta, obligó a las autoridades locales y estatales a replantearse muy seriamente sus políticas penitenciarias (37). Pero adecentar las prisiones, dotándolas de las mínimas condiciones de salubridad y habitabilidad, eliminando la sobrepoblación y el hacinamiento, mejorando los servicios médicos y de alimentación, suprimiendo la inhumanidad en el trato a los reclusos; en resumen, cumplir con todas y cada una de las exigencias impuestas por los requerimientos judiciales suponía, en la mayoría de los casos, la puesta en marcha de amplios programas de inversiones públicas que los electores, presumible o ciertamente, no estaban dispuestos a sufragar (38). En este contexto, fue cuando a un ex-presidente del Partido Republicano del estado de Tennessee y avisado empresario del sector inmobiliario y de los seguros, Thomas Beasley, se le ocurrió la idea de poner en marcha instituciones penitenciarias privadas, para así —utilizando su misma expresión— «solventar el problema de las prisiones y ganar una buena cantidad de dinero al mismo tiempo» (39). Entusiasmado con la

(36) Lo cierto es que a ese primer impulso legislativo siguieron otras «reformas de las reformas», por los problemas disciplinarios y la insostenible sobrepoblación reclusa que la reforma estaba produciendo en los sistemas penitenciarios de algunos estados. Es obvio que con una fecha definitiva e inalterable de finalización de la sentencia y sin la necesidad de tener que observar buena conducta para obtener los preceptivos informes favorables del personal de la prisión, la motivación a mantener la disciplina dentro de los centros o a trabajar era mínima. Y así, en California, por ejemplo, tras suprimir los beneficios penitenciarios por buena conducta y trabajo, la directora del *Department of Corrections* (equivalente a nuestra Dirección General de Instituciones Penitenciarias), Ruth Rushen, ha tenido que introducir en enero de 1983 un sistema de *works credits* o *work incentive training programmes*, que no es sino una redención, días por día, de penas por el trabajo, penalizándose la mala conducta con la pérdida de días de remisión y condicionando la concesión de determinados privilegios penitenciarios (visitas conyugales, utilización de teléfono, etc.) al *status* laboral del interno (v. DAVIES, M., *Determinate sentencing reform in California and its impact on the penal system*, en «The British Journal of Criminology», vol. 25, 1985, p. 14).

(37) Hay que tener en cuenta que en el sistema penitenciario norteamericano existen las *prisons* (prisiones) y las *jails* (cárceles). Por regla general, aquéllas están destinadas a los responsables de infracciones castigadas con penas superiores a un año de privación de libertad (*felonies*) y las gestionan, bien el gobierno federal, bien los gobiernos estatales, mientras que éstas se reservan para los responsables de infracciones castigadas con penas inferiores a un año de privación de libertad (*misdemeanors*) o infracciones menores (*petty offences*), o para presos preventivos. Las cárceles las gestionan las autoridades del condado, a través de la oficina del *Sheriff*, o las autoridades municipales, a través del Departamento de Policía.

(38) Algunos autores no han dudado en acusar a los tribunales federales norteamericanos de traspasar los límites de sus funciones constitucionales por obligar al ejecutivo a reorientar sus políticas de asignación de recursos (por ejemplo, COX, A., *The Role of the Supreme Court in American Government*, New York, 1976).

(39) HURST, J., *Operating prisons for profit goal of entrepreneur building here*, en «Los Angeles Times-Washington Post News Service», 29 de diciembre de 1983.

idea, el gobernador republicano del estado de Tennessee, Lamar Alexander, le ofreció apoyo político y, una vez conseguido el apoyo financiero de otro grupo inversor, en concreto, el *Massey Birch Investment Group*, propietario a la sazón de famosos *Kentucky Fried Chicken*, la empresa de Beasley, *Corrections Corporation of America* (CCA), puso en marcha, en el año 1983, la prisión de Silverdale, un centro de trabajo para unos 500 reclusos sito en la localidad de Chattanooga, condado de Hamilton, estado de Tennessee (40).

Actuando con idénticos criterios de gestión empresaria que la *Hospital Corporation of America*, un gigante de la sanidad privada también propiedad del grupo *Massey Birch*, la CCA tomó por completo las riendas del régimen interior y la administración de Silverdale, si bien la propiedad de los terrenos y del edificio de la prisión se ha mantenido en manos públicas. El único propósito de la empresa, aparte del de cumplir con las condiciones del contrato firmado con el condado, era la obtención de un beneficio entre el 8 y el 12 por ciento por interno del dinero que recibía por sus servicios. La empresa, según se dejaba ver en su propia publicidad, modificó radicalmente la imagen que tradicionalmente ofrecían las prisiones norteamericanas. El régimen de vida de los «residentes» —nombre asignado a los reclusos— transcurría, dentro de los mínimos de seguridad indispensables, de una forma más libre y relajada que la del resto de las penitenciarias estatales. Aparentemente, las normalmente hostiles relaciones entre los reclusos y sus guardianes —pasados a llamar «supervisores de residentes»— desaparecieron, así como la violencia entre internos, las «mafias», los favoritismos y demás corruptelas generalizadas en otros centros. El establecimiento estaba dirigido por un «Administrador de Recursos» y contaba con un «monitor», empleado por el condado, que era el encargado de inspeccionar que se cumplieran las condiciones pactadas, y que en el caso de Silverdale era un antiguo jefe de vigilantes de la prisión. Sin embargo, desde el punto de vista de la gestión económica, la prisión se puede decir que fue un fracaso, ya que en los siete primeros meses de funcionamiento padeció un

(40) Existen antecedentes más remotos al de Silverdale en el sistema penitenciario norteamericano. Así, en 1975, la *R.C.A. Service Company*, una filial de la *R.C.A. Corporation*, puso en marcha la *Weaversville Intensive Treatment Unit*, en el estado de Pennsylvania, un centro que alberga a un muy reducido número (nunca más de 20) de delincuentes juveniles. En 1982, la *Eckerd Foundation*, una fundación privada filantrópica creada por Jack Eckerd, un magnate de los *drug stores* norteamericanos, pasó a gestionar sin fines lucrativos la *Okeechobee School for Boys* del estado de Florida, una de las tres escuelas estatales de formación, prevista para una población aproximada de 500 delincuentes juveniles (v., BORNA, S., *Free enterprise goes to prison*, en «The British Journal of Criminology», vol. 26, 1986, p. 325). No obstante, al proyecto empresarial de la CCA, que nació en Silverdale y ahora se extiende por varios estados, le cabe el dudoso mérito de haber constituido el primer y más importante proyecto de privatización lucrativa a gran escala de los sistemas penitenciarios estatales, con enorme trascendencia y repercusión en iniciativas ulteriores.

triple cambio de «Administrador de Recursos» y le costó al condado 200.000 dólares más de lo inicialmente previsto; aparte de que, según denunciaron algunos de los empleados, las condiciones laborales incluían determinados recortes en los derechos pasivos (41).

La experiencia de Silverdale permitió que vieran la luz otras muchas. La propia CCA contrató, en 1985, con el condado de Bay, en el estado de Florida, la llevanza de una prisión para preventivos y penados, hombres y mujeres, que estaba bajo apercibimiento judicial por sobrepoblación, infracción de la normativa sobre prevención de incendios y servicios médicos inadecuados. La experiencia fue considerablemente más positiva, desde la perspectiva de lo que perseguían ambas partes contratantes, que Silverdale, pues en ocho meses la empresa consiguió levantar los apercibimientos judiciales, reducir el problema de la superpoblación, emprender reformas y mejoras arquitectónicas, incrementar la plantilla del personal, aumentar las actividades de ocio de los internos y —lo que la empresa señala con más orgullo—, ahorrarle al condado 700.000 dólares. Lo más asombroso es que todo esto se logró utilizando prácticamente la misma plantilla original de funcionarios de la oficina del Sheriff del condado, que vio aumentar considerablemente sus salarios (42).

En otros casos, como sucede, por ejemplo, con la prisión de Saint Mary en el estado de Kentucky, la empresa, *United States Corrections Corporation*, no sólo gestiona la administración y el régimen interno, sino que es la propietaria del edificio y el terreno en el que se ubica el centro, un antiguo *campus* universitario que comenzó a funcionar como tal prisión en enero de 1986 (43).

No obstante, la gestión directa de los centros o establecimientos penitenciarios no ha sido la única solución «privatizadora» emprendida por los administradores norteamericanos para solventar sus problemas financieros con las prisiones. En algunos otros supuestos, lo que se ha hecho ha sido buscar la financiación privada para la construcción de centros. De esta forma, una empresa privada se encargaba de construir el centro, alquilando posteriormente las instalaciones a la institución penitenciaria. Ello le permite al estado o condado correspondiente, por una parte, esquivar todas las trabas burocráticas que la construcción de un establecimiento penal o penitenciario exige superar y, por otra, fraccionar o afrontar el pago del alquiler dentro de sus presupuestos corrientes, sin tener que acudir a los créditos extraordinarios o a las grandes cifras presupuestarias que proyectos de

(41) TOLCHIN, M., *Private operated prison in Tennessee reports \$ 200,000 in cost overruns*, en «The New York Times», 21 de mayo de 1985.

(42) BEAN, E., *Private jail firms betting they have best idea*, en «The Wall Street Journal», 30 de agosto de 1986.

(43) RYAN, M. y WARD, T., *Privatization and the Penal System. The American Experience and the Debate in Britain*, Miltin Keynes, 1989, p. 14.

este tipo requieren. Transcurrido el período de alquiler, y dependiendo de cuáles hayan sido las condiciones pactadas en el contrato, el local se vende al estado o queda en manos de la empresa propietaria, que lo destinará a otros fines (44). Esta vía, no obstante, no es una de las más utilizadas porque, como explican Ryan y Ward (45), si la población reclusa se incrementa en exceso y ya no se puede acomodar fácilmente en el centro arrendado, el estado o el condado no renovará el contrato de alquiler, con lo que el arrendador se las verá y se las deseará para poder reconvertir o realquilar, para cualquier otro fin, un edificio que, además, para colmo de males económicos, suele estar ubicado en un remoto o perdido lugar que a nadie suele interesar. Así y todo, uno de los grupos que más interés habían puesto en este tipo de negocio, el *Shearson Lehman/American Express*, informó haber facturado por este concepto, entre 1983 y 1985, 500 millones de dólares (46).

Finalmente, otra vía de privatización que también se está intentando es la de rentabilizar el potencial de mano de obra de los internos, explotándolo en el interior de los muros de las prisiones. El proyecto más conocido es el de la empresa *Control Data Corporation* que, en 1981, ofreció la posibilidad de que los reclusos de la prisión estatal de Stillwater, en el estado de Minnesota, ensamblaran los componentes de sus computadoras y material informático. La empresa traspasó completamente la organización y gestión de ese trabajo al personal de la prisión —a quienes previamente había entrenado—, preocupándose, únicamente, de comprar a la prisión el producto terminado y distribuirlo comercialmente (47). No obstante, las experiencias en este sentido no han tenido mucho éxito porque, para las empresas, ofrecen muchos problemas de gestión y rentabilización del trabajo, y ello sin mencionar los abusos que por parte de las propias empresas se suelen cometer en cuanto a la fijación de las remuneraciones o en cuanto a las condiciones laborales.

IV. ALGUNAS BREVES REFLEXIONES SOBRE EL FENOMENO DE LAS PRISIONES PRIVADAS

La verdad es que el fenómeno de las prisiones privadas está suscitando, más allá de nuestras fronteras, una apasionada controversia y un amplio repertorio de posiciones enfrentadas. Hay quien se mues-

(44) WEIS, R. P., *Private prisons...*, *ob. cit.*, p. 28.

(45) *Privatization...*, *ob. cit.*, p. 11.

(46) BECKER, C. y STANLEY, D., *The downside of private prisons*, en «The Nation», 15 de junio de 1985.

(47) *The Privatization of Corrections*, National Institute of Justice, Washington, D.C., 1985, p. 21.

tra entusiasmado con la posibilidad de una implantación masiva de las mismas, creyendo ver en ellas la definitiva solución a todos los males que azotan los actuales sistemas penitenciarios, mientras que otros alzan sus voces alarmados, aprestándose a oponerse y a atrincherarse, si fuera menester, frente a lo que consideran la más absoluta e intolerable dejación de los poderes del Estado en una parcela hasta ahora considerada el reino más sagrado y genuino de lo público. Y es que, verdaderamente, el tema no se puede negar que resulta apasionante porque nos obliga a una reflexión global sobre el sentido y significado de la prisión y de la propia existencia, en sus condiciones vigentes, de los sistemas de justicia criminal.

Lo cierto es que, aun sin pretender adoptar posiciones de principio excesivamente radicales contra un fenómeno cuya realidad no se puede negar y que es posible termine llamando a nuestras puertas antes de que finalice el presente siglo, creemos, no obstante, que hay que ser muy crítico frente a las posturas que lo contemplan con optimismo. De todas formas, es importante enfocar adecuadamente el problema para no caer en la «trampa» que generalmente suelen tender los partidarios de la privatización a ultranza. Me explico. Los que podríamos denominar como «privaticistas» —y discúlpeame lo poco ortodoxo de la expresión—reducen el análisis del problema de la actual crisis de la prisión a una cuestión de incapacidad estatal de dotar el suficiente número de plazas penitenciarias; el gobierno, se argumenta, no puede contruir suficientes cárceles porque, obviamente, las prioridades económicas se orientan en otra dirección (48). Con ello, entonces, lo que intentan es «despolitizar» la cuestión, situando la discusión entre privatización o no privatización en el terreno del binomio coste-eficacia, alegando como una de las ventajas principales de estos centros penitenciarios de gestión privada su capacidad para contener más reclusos en condiciones más dignas y humanas, a un menor coste económico. Son muy significativas, en tal sentido, las palabras del *Adam Smith Institute*, un poderoso y derechista *lobby* nacido al amparo del gobierno conservador británico, que en un informe sobre política criminal elaborado en el año 1984 decía: «La sobrepoblación carcelaria y las celdas compartidas son productos inherentes a un sistema influido por las consideraciones políticas y sometido a fuerzas políticas que permiten que se resienta la inversión de capital y reducen la flexibilidad para cambiar... Cualquier solución realista probablemente implica una mayor capitalización, una más eficaz utilización del potencial humano, una más amplia utilización de las innovaciones tecnológicas y nuevas alternativas a la prisión, quizá basadas precisamente en los avances tecnológicos... Todo esto es difícil que se produzca en un contexto como el presente, con un sistema

(48) Así, por ejemplo, YOUNG, P., *The prison Cell*, London, 1987, p. 1.

de preferente gestión política, por lo que cualquier solución radical aparece como más atractiva» (49). De esta manera, no es difícil imaginar la reflexión que para justificar la puesta en marcha de las prisiones privadas se hizo el pragmatismo mercantilista y acrítico norteamericano: si somos capaces de albergar a más reclusos en mejores condiciones y por menos dinero, que mal puede haber si, además, somos capaces de ganar algún dinero con la administración de estas prisiones privadas.

A este contexto de discusión se han prestado muchos grupos y autores progresistas, como es el caso, por ejemplo, del *American Civil Liberties Union*, que a través de la coordinadora de su *National Prison Project*, se ha limitado a oponerse a la privatización sólo en la medida en que no se garanticen, previamente, las adecuadas condiciones para el desarrollo de los derechos individuales de los internos (50). Sin embargo, y a pesar de que desde el punto de vista de la eficacia no esté tan claro que las prisiones privadas vayan a ser definitivamente más baratas ni que vayan a garantizar mejores condiciones vitales o jurídicas para los internos (51), lo cierto es que, desde el punto de vista de quien suscribe, la discusión se tiene que desplazar al terreno ético y político. Porque, como han indicado Ryan y Ward (52), al fin y al cabo, el que se esté discutiendo la posible «eficacia productiva» del sector privado en el ámbito penitenciario es un síntoma claro de que están variando las concepciones políticas y las percepciones éticas, y, en cualquier caso, resulta francamente difícil de creer que la «eficacia productiva» de cualquier servicio o institución social pueda ser medida en términos o con criterios que estén sensiblemente divorciados de los valores políticos o éticos. Es de todo punto imposible, desde la perspectiva de la legitimidad del poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que el estado reduzca todo el complejo problema social, político, filosófico y jurídico de la ejecución penal, exclusivamente, a un problema de coste-beneficio. Entre otras cosas, porque los costes también se determinan políticamente: ¿cuánta población reclusa queremos tener?, ¿cuánta sobrepoblación

(49) Adam Smith Institute, *Omega Report; Justice Policy*, London, 1984, p. 52.

(50) V., ELVIN, J., *A Civil Liberties view of private prisons*, en «Prison Journal», núm. 654, 1985, p. 50. En este mismo sentido, TAYLOR, M. y PEASE, P., *Private prisons...*, *ob. cit.*, pp. 179 y ss. En este mismo sentido es en el que parece plantearse la crítica contra la posible privatización de las prisiones, RUIZ-JARAHO COLOMER (*Prisiones Privadas*, en «Jueces para la Democracia», núm. 8, diciembre de 1989, pp. 40 y ss.), uno de los pocos autores que en España se han planteado la cuestión, quien, además, hace algunas consideraciones sobre la imposibilidad legal de su implantación (*ibidem*, p. 44).

(51) Por ejemplo, en 1984, en el estado norteamericano de Texas, un tribunal federal condenó a la empresa que estaba a cargo de un centro de detención de inmigrantes ilegales por mantener a 16 internos en una única celda, sin ventanas, de, aproximadamente, 4,5 por 8 metros (*Mendina v. O'Neil* 589 F. Supp. 1028, S.D. Tex., 1984).

(52) *Privatization...*, *ob. cit.*, p. 110.

penitenciaria estamos dispuestos a soportar?, ¿cuánto queremos gastar en administración de justicia?, ¿cuánto en seguridad?, etc.; todas estas son preguntas cuyas respuestas no se pueden articular desde una perspectiva de asepsia política (53).

Y, desde luego, qué duda cabe de que, desde la perspectiva ética y política, la idea de traspasar a manos privadas la ejecución penal, haciendo de ello un negocio, repugna bastante. Desde el punto de vista político-constitucional, la delegación del poder estatal de ejecutar las sentencias penales privativas de la libertad supone, necesariamente, una quiebra del monopolio estatal del uso organizado de la fuerza, en la medida en que la organización de una prisión se estructura y se fundamenta, esencialmente, sobre el uso de la coacción y de la fuerza. Ya de por sí, esto distorsiona el esquema constitucional de valores en cuanto que se delega algo reservado en exclusiva para el estado. Pero es que, además, desde el momento en que la organización de la ejecución penal ya no ha de servir únicamente a los fines que le vengan asignados por la legislación vigente, sino que en ella van a intervenir de forma decisiva los cambiantes intereses privados de la empresa concesionaria, los criterios de valoración y selección del uso de la coacción y la fuerza se van, igualmente, a distorsionar, haciendo fácilmente su aparición la inseguridad y las desviaciones y abusos de poder. Y estos son riesgos a los que, en mi opinión, un estado de Derecho no debe de exponer a sus ciudadanos. Desde el punto de vista ético, son bastante certeras las palabras de Nils Christie en el sentido de que un imperativo de orden ético, en el terreno de las sanciones criminales, es reducir lo más posible el nivel de sufrimiento inflingido; esto, que es perfectamente compatible con el hecho de pagar un salario a aquéllos a los que se les encomienda la tarea de ejecutar tales castigos, resulta sin embargo incompatible con permitir que haya quien se enriquezca sobre la base del *quantum* de castigo que sea capaz de inflingir (54). Y, finalmente, desde el punto de vista político-criminal, la privatización de las prisiones supone un intento de consolidación del modelo de la prisión y de la filosofía que lo inspira que bajo ningún concepto se debe tolerar.

Se nos podrá decir, y esto es completamente cierto, que tampoco puede ser aceptable dejar padecer a nuestros reclusos el hacinamiento o las condiciones, todavía degradantes, en las que se vive la ejecución de las sentencias penales o, lo que es peor, en las que se vive la espera del comienzo del juicio. Esto, en primer lugar, no tiene absolutamente nada que ver con la discusión sobre privatización o no privatización, sino que guarda relación con un endémico mal cual es la

(53) V., RYAN, M. y WARD, T., *Privatization and penal politics*, en R. Matthews, ed., «Privatizing Criminal Justice», London, Newbury Park, New Delhi, 1989, p. 57.

(54) CHRISTIE, N., *Limits to Pain*, Oxford, 1982, *cit.*, por RYAN M. y WARD, T., *Privatization...*, *ob. cit.*, p. 70.

ausencia de voluntad política de poner en cuestión un modelo de justicia criminal caduco, desfasado y devastador de la condición humana del delincuente. Y, en cualquier caso, no está claro que las prisiones privadas puedan terminar con estos problemas. Desde luego, si hemos de creer los informes del grupo enviado a los Estados Unidos por el *Select Committee on Home Affairs* del Parlamento británico, que visitaron algunas de las prisiones gestionadas por la CCA, decididamente las prisiones privadas no van a ser capaces de terminar con tales problemas. Dicho informe venía a narrar experiencias de ausencia de intimidación en las estancias de los reclusos, trato vejatorio y violencia psíquica por parte de los vigilantes, deficiencias en las instalaciones y en los servicios médicos y asistenciales, etc., similares a las que se pueden predicar de algunas de las prisiones públicas (55). Además, es innegable que las empresas gestoras no van a estar nunca dispuestas a aceptar hacerse cargo de determinado tipo de prisiones o de determinado tipo de presos que, por sus características violentas, conflictivas o de precaria salud, resulten excesivamente caros. Con lo cual acabaríamos por tener prisiones privadas, espléndidas y aseadas, para los reclusos no conflictivos o sanos y prisiones hacinadas e insalubres para reclusos rebeldes.

Por otra parte, aún está por probar que las prisiones privadas sean, efectivamente, más baratas que las públicas. Las cifras que por el momento se manejan en los Estados Unidos no arrojan datos fiables, ciertamente porque, en parte, los administradores públicos no han sido capaces de realizar estimaciones adecuadas sobre el coste real de los esfuerzos y las energías que, en términos materiales y humanos, el Estado invierte en el proceso penal y porque hay determinado tipo de costes que, en un servicio público, son casi imposibles de evaluar. Por ejemplo, a la hora de evaluar cuál es la relación coste real/beneficio en la resoocialización de un delincuente, en su valoración siempre nos dejaríamos fuera datos tan importantes como el del coste de los delitos que ese delincuente cometería si no se le hubiera resoocializado, el del coste de volver a ejuiciarle y/o condenarle, el coste de las horas de trabajo no perdidas por su víctima, y así sucesivamente.

En cualquier caso, el debate no ha hecho más que comenzar. Tan sólo me gustaría añadir, sin extender más esta exposición, que, parafraseando a Radbruch cuando afirmaba aquello de que él no quería un mejor Derecho penal sino algo mejor que el Derecho penal, *yo no quiero mejores prisiones sino algo mejor que las prisiones.*

(55) V., RYAN, M. y WARD, T., *Privatization...*, *ob. cit.*, pp. 48 y ss.

La falta de uso ilegítimo de vehículo de motor ajeno (art. 587, 1.º del Código penal) (*)

JAVIER DE VICENTE REMESAL

Profesor Titular de Derecho penal.
Universidad de León

SUMARIO: *I. Evolución legislativa.* 1. Ley de 8 de abril de 1967. 2. Ley de 28 de noviembre de 1974. 3. Ley Orgánica de 21 de junio de 1989.—*II. Doctrina bajo la vigencia de la Ley de 1967.* 1. Presupuesto legal: tipificación sólo como delito (art. 516 bis del Código penal). 2. Problema central derivado del párrafo tercero (— 2.500 ptas./ + 24 horas) y soluciones propuestas. 3. Necesidad de resolver un problema previo: (— 2.500 ptas./— 24 horas). 4. Resumen: atipicidad o aplicación del párrafo 1 del artículo 516 bis.—*III. Doctrina bajo la vigencia de la Ley de 1974.* 1. Presupuesto legal: sólo como delito (art. 516 bis) pero inclusión de una pena propia en el párrafo tercero. 2. Acuerdo doctrinal: el valor del vehículo no limita el ámbito de aplicación del artículo 516 bis. Traducción práctica en los casos concretos. Crítica. 3. Doctrina minoritaria opuesta. Traducción a los casos concretos: uso legítimo de vehículos valorados en menos de 30.000 pesetas.—*IV. La situación actual, tras la reforma de 1989. Soluciones de lege lata.* 1. Presupuesto legal: tipificación del uso como delito (art. 516 bis) y como falta (art. 587). Crítica y alcance de la misma: posibilidades dentro del respeto al principio de legalidad o consideraciones de lege ferenda. 2. Ambito de aplicación del artículo 587 y su relación con el artículo 516 bis: estudio de las distintas modalidades en particular. 2.1. Empleo de violencia o intimidación en las personas. 2.2. Empleo de fuerza en las cosas: el tipo básico y el agravado por falta de restitución. 2.3. Ejecución del hecho sin fuerza ni violencia: el tipo básico y el agravado por falta de restitución antes de veinticuatro horas. 3. Posibles críticas derivadas de la comparación de penas con el hipotético hurto común. Contracrítica.—*V. Consideraciones de lege ferenda.* 1. Matización previa: Consideraciones de lege ferenda sobre la falta en atención a la tipificación del uso como delito. 2. Operatividad de la falta de uso ilegítimo. Doble restricción: dogmática y real.

(*) Este trabajo se ha beneficiado de una ayuda de la Dirección General de Investigación Científica y Técnica (DGICYT), al ser parte de un Proyecto de Investigación sobre *Utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos*, del que soy investigador principal, encuadrado a su vez en otro más genérico sobre «Delitos dolosos e imprudentes de circulación», dirigido por el Prof. Dr. Diego-Manuel Luzón Peña.

La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (1), al introducir en el artículo 587 del Código Penal la tipificación de la falta de hurto de uso de vehículo de motor, responde expresa y claramente a la polémica doctrinal que sobre la base de la legislación anterior se había planteado acerca de si debía castigarse, y cómo, el hurto de uso de un vehículo cuyo valor no superase una cantidad límite determinada (2). Esta decisión legislativa no debe constituir, sin embargo, argumento suficiente para abandonar la polémica; antes bien, para reavivarla (3), pues no se trata, como veremos, de una decisión acertada.

Por otra parte, la cuestión que ahora planteamos no es nueva en absoluto en nuestra doctrina. Antes bien, el origen de su discusión radicaba precisamente en la falta de una normativa que, como la vigente, previera de forma expresa, acertadamente o no, la sanción del uso no autorizado de vehículo ajeno valorado (actualmente) en menos de 30.000 pesetas. Las discrepancias doctrinales, que surgen y se desarrollan sobre todo como consecuencia de la Ley de 1967, devienen en prácticamente inexistentes a raíz de la siguiente reforma, de 1974.

I

Es conveniente ofrecer en primer lugar una breve exposición evolutiva de aquella *legislación* que ha servido y sirve de base para plantear los problemas que se suscitan hoy *de lege lata* en cuanto a la tipificación de la falta de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno y para extraer los posibles argumentos con los que ofrecer la solución político-criminal más adecuada y a la vez respetuosa con la dogmática. Asimismo, esta exposición legislativa puede ser útil también para proponer *de lege ferenda* la regulación que se considera más correcta frente a la utilización ilegítima de vehículos de motor valorados (hoy) en menos de 30.000 pesetas.

1. A estos efectos basta con remontarse a la *Ley 3/1967, de 8 de abril* (4). En ella se asienta, bajo la rúbrica «Del robo y hurto

(1) «B.O.E.» núm. 148, de 22 de junio de 1989.

(2) En la Reforma de 1989, dicha cantidad límite es de 30.000 pesetas.

(3) Tendremos ocasión de ver más adelante que a una situación semejante dio pie, por ejemplo, la reforma del artículo 516 bis por la Ley 39/1974, de 28 de noviembre, frente a la regulación anterior (Ley 3/1967, de 8 de abril). Contra la opinión generalizada de que con esa reforma se zanjaba la polémica de si el ámbito de aplicación del artículo 516 bis del Código penal se limitaba o no por el valor del vehículo (vid., GARCÍA VALDES, C. en QUINTANO RIPOLLES, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, I. Tomo II. «Infracciones patrimoniales de apoderamiento», 1977, p. 244), se sostuvo también la idea de que lo indicado en ese momento era, por el contrario, revivir dicha polémica (vid., ZUGALDIA ESPINAR, J. M., *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*. I. «Infracciones de uso», 1988, pp. 171 y ss.).

(4) Ley 3/1967, de 8 de abril, por la que se incorpora al Código penal la legislación especial anterior, dando lugar al Capítulo II bis (del Título XIII, Libro II) que, bajo

de uso de vehículos de motor», la primera versión del artículo 516 bis del Código penal, cuyo tenor literal era el siguiente:

«El que sin la debida autorización y sin ánimo de haberlo como propio usare un *vehículo de motor ajeno* será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas. Si ejecutare el hecho empleando fuerza en las cosas, la pena se aplicará en su grado máximo. Cuando, en los casos previstos en los párrafos anteriores, el culpable dejare transcurrir el plazo de veinticuatro horas sin restituir o abandonar el vehículo se impondrán las *penas establecidas en los artículos 515 o 505*, respectivamente. Si en la ejecución del hecho se empleare violencia o intimidación en las personas se impondrán las *penas previstas en el artículo 501* de este Código.»

2. La *Ley 39/1974, de 28 de noviembre*, de la que surge la nueva y aún hoy vigente rúbrica «Utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos», introdujo dos modificaciones relevantes a este respecto. Por una parte, la especificación de que el vehículo de motor podía ser de cualquier clase, potencia o cilindrada y, por otra, la previsión de una pena propia, específica, para la figura agravada por falta de oportuna restitución. El citado artículo 516 bis quedaba así después de dicha reforma:

«El que, sin la debida autorización y sin ánimo de haberlo como propio, utilizare un *vehículo de motor ajeno, cualquiera que fuere su clase, potencia o cilindrada*, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 10.000 a 100.000 pesetas (5).

Si ejecutare el hecho empleando fuerza en las cosas, la pena se aplicará en su grado máximo.

Quando, en los casos previstos en los párrafos anteriores, el culpable dejare transcurrir veinticuatro horas sin restituir directa o indirectamente el vehículo, se le impondrán conjuntamente las *penas de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas, aplicándose, en su caso, las de los artículos 515 o 505, respectivamente, cuando sean de mayor gravedad*. Si en la ejecución del hecho se empleare violencia o intimidación en las personas, se impondrán las penas señaladas en el artículo 501.»

3. La *Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio*, vuelve a introducir modificaciones, y en este caso en dos preceptos del Código penal.

En el *artículo 516 bis* se mantiene la redacción anterior, de 1974, introduciéndose solamente una nueva cuantía de la multa (de 100.000 a 1.000.000 de ptas., en lugar de 30.000 a 300.000), que sigue operando como pena alternativa con la de arresto mayor en el denominado

la rúbrica *Del robo y hurto de uso de vehículos de motor*, engloba como artículo único el 516 bis.

(5) La cuantía de la multa ha ido, como se sabe, incrementándose paulatinamente.

tipo básico, o como pena conjunta en el denominado tipo agravado por falta de restitución (6). En consecuencia, la reforma operada en este artículo no es de gran trascendencia en este contexto (7) y da lugar al siguiente tenor literal del precepto:

«El que, sin la debida autorización y sin ánimo de haberlo como propio, utilizare un vehículo de motor ajeno, cualquiera que fuera su clase, potencia o cilindrada, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.

Si ejecutare el hecho empleando fuerza en las cosas, la pena se aplicará en su grado máximo.

Cuando, en los casos previstos en los párrafos anteriores, el culpable dejare transcurrir veinticuatro horas sin restituir directa o indirectamente el vehículo, se le impondrán conjuntamente las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, aplicándose, en su caso, las de los artículos 515 o 505, respectivamente, cuando sean de mayor gravedad.

Si en la ejecución del hecho se empleare violencia o intimidación en las personas, se impondrán las penas señaladas en el artículo 501.

En todos los casos comprendidos en este artículo se impondrán además la pena de privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años o la de obtenerlo en el mismo plazo.»

En el artículo 587 la reforma ha sido, por el contrario, fundamental. En él se introduce expresamente la tipificación de la falta (8) de la siguiente forma:

«Serán castigados con arresto menor: 1.º. Los que cometieren hurto o utilizaren ilegítimamente un vehículo de motor ajeno, si el valor

(6) Aunque la doctrina coincide en esta denominación, acorde con la forma adoptada por la regulación vigente, pienso sin embargo que en una futura redacción debería estructurarse el delito de otra manera. Sin entrar ahora en pormenores, opino que la restitución no debería valorarse por su ausencia —dando lugar a una agravación— sino por su efectiva realización, originando un tipo privilegiado o una atenuación típica frente al tipo básico. De esta forma se valoraría la restitución como acción positiva, activa; y no, como en el texto legal, como un dejar de hacer algo. Aquella regulación sería más acorde desde el punto de vista político-criminal, porque así se promovería la reacción del sujeto. Se trataría de una regulación semejante a las detenciones ilegales. Por otra parte, la atenuación típica no impediría que, en su caso, se aplicase también la atenuante de rectificación postdelictiva (vid., DE VICENTE REMESAL, J., *El comportamiento postdelictivo*, 1985).

(7) Si puede serlo, por el contrario, respecto a otros aspectos en los que ahora no nos detenemos. Por ejemplo, por una parte, en cuanto a la cuestión de la gravedad de las penas, en el sentido de si siempre es más grave, y por qué, la privativa de libertad que la pecunaria (aunque ésta pueda ser de una cuantía muy elevada) y, por otra, en cuanto al problema de la retroactividad o no de las leyes penales, referido a si en este caso el incremento notable de la cuantía de la multa responde sólo a criterios estrictamente de ajustes económicos o, por el contrario, implica un cambio de valoración jurídica del hecho, más grave, por parte del legislador.

(8) Esta doble tipificación expresa aparecía también en la *Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal, de 1983* («ACP» 1983). Como delito se recogía en el Libro II, Capítulo IV (*De la utilización indebida de vehículos de motor*), y, como

de lo sustraído o utilizado no excediere de 30.000 pesetas. 2.º. Los que cometieren estafa, apropiación indebida, o defraudación de electricidad, gas, agua, u otro elemento, energía o fluido, en cuantía no superior a 30.000 pesetas.»

II

1. La *Ley de 1967* recogió la figura del uso indebido de vehículo de motor ajeno únicamente en el *artículo 516 bis*. Esto es, sólo como delito, sin prever su equivalente como falta (9). En el citado artículo no se exigía expresamente que el vehículo alcanzase un determinado valor mínimo para incurrir en la conducta punible. No obstante, la doctrina se planteaba esta exigencia sobre la base de la remisión de dicho precepto a otros donde sí se requería dicha cuantía o valor mínimo para incurrir en delito.

El *párrafo primero* preveía la pena de arresto mayor o multa para «el que sin la debida autorización y sin ánimo de haberlo como propio utilizare un vehículo de motor ajeno», mientras que en el *párrafo segundo* llevaba a la aplicación de la pena en su grado máximo si el hecho se ejecutaba empleando fuerza en las cosas. Es decir, el ar-

falta, en el Libro III, Título II (*Faltas contra el patrimonio*). *Artículo 237*. 1. El que usare automóvil o ciclomotor ajenos, cuyo valor excediere de 30.000 pesetas, sin la debida autorización y sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana, si lo restituyere en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas, sin que en ningún caso la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo. 2. De no efectuarse la restitución en el plazo señalado, se impondrán las penas establecidas en los artículos 227, 228, 231 o 232, respectivamente. 3. Si el hecho se cometiere con violencia o intimidación en las personas, se impondrán, en todo caso, las penas del artículo 235. *Artículo 593*. 1. Serán castigados con las penas de arresto de uno a tres fines de semana o de multa de uno a dos meses los que usaren un automóvil o ciclomotor ajenos, cuyo valor no exceda de treinta mil pesetas, sin la debida autorización y sin ánimo de haberlo como propio, si lo tuvieron en su poder por un plazo no superior a las cuarenta y ocho horas. 2. Si el tiempo de retención fuere superior a las cuarenta y ocho horas se impondrá la pena prevista en el artículo anterior. *Artículo 594*. A los reos habituales de faltas de hurto, estafa, apropiación indebida, o utilización indebida de vehículos, se les aplicarán las penas previstas en los dos artículos anteriores, respectivamente, en su grado máximo, imponiéndoles, además, la de multa de uno a tres meses. Por otra parte, esta regulación del «ACP», 1983, es semejante a la del *Proyecto de Código penal, de 1980*, en su artículo 250, relativo al delito de, según la rúbrica, «utilización indebida de vehículos».

(9) En el Título IV (*De las faltas contra la propiedad*) del Libro III, en cuanto a lo que aquí nos podría interesar, establecía lo siguiente el artículo 587: «Serán castigados con arresto menor: 1.º Los que por cualquiera de los modos expresados en el artículo 514 cometieren hurto por valor que no exceda de 2.500 pesetas si el culpable no hubiere sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa o apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación, o dos veces en juicio de faltas por hurto, estafa o apropiación indebida. 2.º ...hurto de leña... 3.º Los que cometieren estafa o apropiación indebida en cuantía no superior a 2.500 pesetas, con la excepción establecida en el número primero de este artículo. 4.º ...interpretare sueños...».

título 516 bis disponía para ambos casos —ejecución del hecho sin o con empleo de fuerza— una pena propia y específica, sin necesidad de remitirse a la de otros preceptos.

Por el contrario, el *párrafo tercero* —que respecto de los dos anteriores recogía un supuesto agravado si el culpable dejaba transcurrir el plazo de veinticuatro horas sin restituir o abandonar el vehículo— no preveía la imposición de una pena propia, sino de remisión a las establecidas en los artículos 515 ó 505, respectivamente.

Pues bien, era precisamente esa remisión, en concreto la *remisión al artículo 515*, en el que sí se partía de un valor mínimo de la cosa para la fijación de las penas (2.500 ptas.), la que daba lugar a las dificultades interpretativas del artículo 516 bis —y no sólo en relación con el citado párrafo tercero, sino también con el denominado tipo básico del párrafo primero.

2. En la doctrina española surgió la siguiente duda: *qué hacer cuando el valor del vehículo sustraído no excedía de 2.500 pesetas y el sujeto lo abandonaba o restituía después de transcurridas 24 horas* (10). La doctrina ofreció soluciones discrepantes al respecto, aunque también coincidentes en parte.

Se coincidía en la *inaplicación del artículo 515* sobre la base del siguiente razonamiento. Efectivamente, el párrafo tercero del artículo 516 bis remitía a las penas establecidas en el artículo 515 cuando en la ejecución del hecho (descrito en el párrafo primero: usar sin la debida autorización o sin ánimo de haberlo como propio un vehículo de motor ajeno) no se hubiese empleado fuerza en las cosas ni violencia ni intimidación en las personas y el culpable hubiese dejado transcurrir el plazo de veinticuatro horas sin restituir o abandonar el vehículo. Ahora bien, como las penas previstas por el artículo 515, referido al hurto propio, se determinaban en función del valor del objeto sustraído, pero siempre a partir de un mínimo que marcaba el límite entre el delito y la falta (en aquel tiempo 2.500 ptas.) (11), no era posible incluir en dicho artículo 515 el uso no autorizado de vehículo de motor valorados en menos de aquella cantidad (12).

(10) Vid., GIMBERNAT ORDEIG, E., *Dos aspectos de la imprudencia y un aspecto del hurto de uso de vehículos de motor en el Derecho penal español*. En «Delitos contra la seguridad del Tráfico y su prevención», Valencia, 1975, pp. 123-131 (130).

(11) El artículo 515 disponía: «Los reos de hurto serán castigados: 1.º Con la pena de presidio mayor si el valor de la cosa hurtada excediere de 100.000 pesetas. 2.º Con la pena de presidio menor si el valor de la cosa hurtada excediere de 25.000 pesetas y no pasare de 100.000 pesetas. 3.º Con la pena de arresto mayor si excediere de 2.500 pesetas y no pasare de 25.000. 4.º Con arresto mayor si no excediere de 2.500 pesetas y el culpable hubiere sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación, o dos veces en juicio de faltas por estafa, hurto o apropiación idebida».

(12) En este sentido, GIMBERNAT, *Hurto de uso*, 1975, p. 130. A decir verdad, el artículo 515 (a diferencia del 505; ver nota siguiente) sí contemplaba el supuesto de objeto valorado en menos de 2.500 pesetas. Ahora bien, para que pudiese aplicarse (apartado 3.º: pena de arresto mayor), debía concurrir en el culpable una condena

Naturalmente, las mismas razones conducirían a la *inaplicación del artículo 505* (13) cuando en el hecho inicial hubiese concurrido fuerza en las cosas (14).

Se coincidía asimismo en la *inaplicación del artículo 587* (15), en el que se tipificaba, como falta, el hurto por valor que no excediera de 2.500 pesetas. Se decía que acudir a la aplicación de dicho artículo supondría una violación del principio de legalidad porque el artículo 516 bis era claro y tajante al respecto: remitía a las penas del artículo 515, y no a las del artículo 587 (16).

El acuerdo doctrinal no va más allá de lo expuesto. A partir de aquí comienzan las discrepancias. Mientras un sector de la doctrina (17) llegaba a la conclusión de que tal conducta era *impune* porque no había otra alternativa posible a la inaplicación de los artículos 515 y 587, otro sector (18) se resistía a admitirlo afirmando que sí existía esa alternativa, que se encontraba precisamente en la *aplicación del artículo 516 bis, párrafo 1.º*

3. Esto nos lleva a indagar la respuesta de la doctrina a la siguiente *duda previa: qué hacer cuando, antes de transcurridas 24 horas, el sujeto restituía o abandonaba el vehículo valorado en menos de 2.500 pesetas*. Dicho de otra manera, nos preguntamos si en el artículo 516 bis, párrafo primero, no jugaba ningún papel el valor del vehículo o si, por el contrario, también en él se había de entender presente la exigencia de una cantidad límite mínima de 2.500 pesetas, aunque su tenor literal, al contrario de los artículos 515 y 505, no lo dijese expresamente.

3.1. Para Rodríguez Devesa el artículo 516 bis, 1.º no introducía restricciones en función del valor del vehículo, de forma que la con-

previa por cualquiera de los delitos descritos en ese mismo artículo, entre los cuales no figuraba el hurto de uso. Es decir, salvo que se aplicase una analogía prohibida, contra reo, el hecho de que el culpable hubiese usado indebidamente un vehículo valorado en, por ejemplo, 2.000 pesetas, no sería punible por el artículo 515 aunque aquél hubiese sido condenado anteriormente por otro u otros delitos de hurto de uso.

(13) El artículo 505 disponía: «El culpable de robo comprendido en alguno de los casos del artículo anterior será castigado: 1.º Con la pena de arresto mayor si el valor de lo robado no excediere de 2.500 pesetas. 2.º Con la pena de presidio menor si excediere de 2.500 pesetas y no pasare de 25.000 pesetas. 3.º Con la pena de presidio menor si excediere de 25.000 pesetas».

(14) Aunque no lo recoge expresamente, así se deduce, por ejemplo, en GIMBERNAT, *Hurto de uso*, 1975, p. 130.

(15) Dicho artículo 587 disponía lo siguiente: «Serán castigados con arresto menor: 1.º Los que por cualquiera de los modos expresados en el artículo 514 cometieren hurto por valor que no exceda de 2.500 pesetas si el culpable no hubiese sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa o apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación, o dos veces en juicio de faltas de hurto, estafa o apropiación indebida».

(16) Vid., GIMBERNAT, *Hurto de uso*, 1975, p. 130.

(17) Así, GIMBERNAT, *Hurto de uso*, 1975, pp. 130-131.

(18) Vid., GIMBERNAT, *Hurto de uso*, 1975, pp. 130-131.

ducta antes descrita constituiría una *conducta típica*, comprendida en dicho párrafo 1.º y sancionada con la pena de arresto mayor o multa.

A partir de ahí elaboraba Rodríguez Devesa el siguiente razonamiento con el que respondía al primer caso planteado: si el uso no autorizado de un vehículo valorado en menos de 2.500 pesetas se castiga con pena de arresto mayor o multa en caso de que se restituya o abandone antes de 24 horas, no puede admitirse que esa conducta se convierta en atípica por el hecho de sobrepasarse dicho plazo, es decir, cuando se hace más grave. Esto lleva a reconocer —prosigue Rodríguez Devesa— que en el artículo 516 bis existe una relación de subsidiariedad tácita entre el párrafo primero y los restantes, siendo ley subsidiaria el tipo básico. En consecuencia, al no haber previsiones especiales para el caso de que el vehículo no tenga un valor superior a 2.500 pesetas, recupera su imperio el párrafo primero.

3.2. Para otro sector de la doctrina se trataría, por el contrario, de una *conducta atípica*: no estaría prevista ni penada, tampoco, en el párrafo 1.º del artículo 516 bis. Así se manifiestan, por ejemplo, Gimbernat (19) y Vives (20).

El argumento de Gimbernat era el siguiente: Si algo pone de manifiesto el artículo 516 bis, 1.º es que la ley considera más grave, y con razón, el hurto de un vehículo para apropiarse de él que su mero uso por un plazo inferior a 24 horas. En el primer caso, y según el valor del vehículo sustraído, la pena será de presidio mayor, presidio menor o arresto mayor; en el segundo, en cambio, la pena es de arresto mayor o multa (21). Si ello es así, entonces sería completamente incomprensible que si el vehículo sustraído no excede en su valor de 2.500 pesetas, de pronto cambiase el razonable criterio valorativo del Código y se castigase con mayor severidad la sustracción por menos de 24 horas que la que desde un principio se realiza con el ánimo de apropiarse de la cosa. Pues —continúa Gimbernat— a la conducta del que, para hacerla suya, se apodera de una moto valorada por ejemplo en 2.000 pesetas sólo hay un precepto en el Código que le sea aplicable: el artículo 587, 1.º, que señala la pena de arresto menor; de ahí que el apoderamiento del mismo vehículo

(19) Vid., GIMBERNAT, *Hurto de uso*, 1975, pp. 130-131.

(20) Vid., VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *El contenido sustancial del delito de robo y hurto de uso de vehículos de motor*. En «Delitos contra la seguridad del Tráfico y su prevención», Valencia, 1975, pp. 399-420 (416).

(21) Démonos cuenta de que el artículo 516 no preveía entonces la pena de privación del permiso de conducir que, según la redacción actual hay que imponerla en todos los casos comprendidos en ese artículo. De esa forma no había obstáculos a la argumentación de GIMBERNAT de que la Ley consideraba más grave el hurto propio que el hurto de uso: en el peor de los casos, pena de arresto mayor frente a multa de 5.000 a 50.000 pesetas. Sin embargo, eso no resultaría hoy tan evidente ni sencillo: pena de arresto mayor frente a multa más privación del permiso de conducir, siendo además la multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. En sentido semejante, en relación con la reforma surgida en 1974, VIVES, *Robo y hurto de uso*, 1975, «...la pena de arresto mayor no es más grave que la de multa y privación del permiso...», p. 417.

para usarlo menos de 24 horas no pueda ser castigado con una pena superior —la de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 ptas.— en el párrafo primero del artículo 516 bis. Y si este comportamiento es atípico, entonces nada se opone a que lo siga siendo cuando la sustracción del vehículo dura más de 24 horas. «Lo que quiere decir, resumiendo: El hurto de un vehículo de motor cuyo valor no excede de 2.500 pesetas únicamente se castiga —con la pena de arresto menor— cuando se dan los presupuestos del artículo 587, núm. 1, esto es: cuando se realiza con ánimo de apropiación; en todos los demás casos, es decir: cuando sólo hay ánimo de uso, la conducta es impune» (22).

Para Vives, el supuesto planteado estaría sólo aparentemente penalizado en el párrafo 1.º del artículo 516 bis, porque una adecuada interpretación teleológica, apoyada con argumentos lógicos, permite excluir dicha penalización (23).

4. En *resumen*: si en la ejecución del hecho no había concurrido fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas, el uso no autorizado de un vehículo de motor ajeno valorado en menos de 2.500 pesetas era, para un sector de la doctrina, impune, mientras que para otro se castigaba por el artículo 516 bis, 1.º del Código penal (24).

(22) GIMBERNAT, *Hurto de uso*, 1975, pp. 130-131.

(23) VIVES, *Robo y hurto de uso*, 1975, p. 416, pone de manifiesto que con la regulación de 1967 (párrafo 3.º del art. 516 bis) se extraía sin dificultad la consecuencia de que el hurto de uso se castigaba más benévolamente que la apropiación. Lo cual sucedía incluso con las excepciones que podían presentarse: casos en que el vehículo valía menos de 2.500 pesetas: en ellos se daba la paradoja de que la sustracción con ánimo de apropiación definitiva constituía falta, mientras que la mera intención de uso, aparentemente, delito a tenor del párrafo 1.º del artículo 516 bis. «Pero, incluso en tales supuestos, la contradicción valorativa era sólo aparente, pues una adecuada interpretación teleológica, partiendo, precisamente, del carácter agravatorio de la remisión a las penas del hurto y del robo comunes efectuada en el párrafo tercero (vid., v. g. sentencia 21-XII-71) permitía excluir la conceptualización delictiva en tales sustracciones; interpretación teleológica que contaba a su favor con el argumento, éste puramente lógico, de que, si todo caso de sustracción sin fuerza ni violencia y sin ánimo de haber el vehículo como propio subsumible en el párrafo primero del artículo 516 bis, cuando el uso se hubiere prolongado más de veinticuatro horas se hallaba penalizado conforme al artículo 515, mal podían incardinarse en el párrafo primero del artículo 516 bis supuestos a los que el artículo 515 no señalaba pena».

(24) Por lo que alcanzo a ver, a tenor de la falta de declaraciones al respecto, parece que no se plantearon especiales dudas interpretativas, dependientes de si el valor del vehículo era superior o inferior a 2.500 pesetas, cuando en el hecho había concurrido, o bien fuerza en las cosas, o bien violencia o intimidación en las personas. Probablemente ello se debiera a que, en el caso de robo con fuerza, dicha cantidad marcaba el límite máximo para el primer peldaño en la escala de penalización (art. 505,1.º: «...con la pena de arresto mayor si el valor de lo robado no excediere de 2.500 pesetas), y a que, en el caso de robo violento, no jugaba papel alguno del objeto para que el hecho dejase de ser delito y se convirtiese en falta. En dicho artículo 501 las penas oscilaban entre reclusión mayor a muerte (el supuesto más grave: cuando con motivo o con ocasión del robo resultare homicidio) y presidio menor (en el supuesto menos grave).

III

1. La *Ley de 1974*, que como la anterior mantiene la tipificación del uso indebido de vehículo *sólo como delito*, va a originar sin embargo un cambio radical en el planteamiento de estas cuestiones por parte de la doctrina como consecuencia de las reformas introducidas en el artículo 516 bis. El legislador, haciéndose eco de las discrepancias doctrinales surgidas con la regulación anterior, trató de resolver el problema por vía legislativa; y bien puede decirse que con éxito, pues consiguió que tras la reforma reinase el consenso prácticamente en la totalidad de la doctrina.

Hemos visto que en la legislación anterior las dudas sobre la tipicidad o no del uso indebido de un vehículo cuyo valor no superase una cantidad límite determinada surgían a raíz de que en uno de los artículos a los que se remitía el 516 bis, me refiero al artículo 515, se fijaban las penas, sobre la base del valor de la cosa hurtada, precisamente a partir de aquella cantidad límite mínima. Pues bien, el legislador de 1974 dio respuesta a esta dificultad introduciendo para los supuestos del *párrafo tercero* una *pena específica, propia* (arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 ptas.), manteniendo, respectivamente, las de remisión a los artículos 515 o 505, si bien éstas, frente a la regulación anterior, no aparecen ya como únicas penas, sino aplicables tan sólo cuando fuesen de mayor gravedad que la específica.

2. Habida cuenta de que a partir de entonces la doctrina dejó de prestar atención —o en cualquier caso tanta atención— al problema planteado (25), bien puede decirse que la reforma de 1974 trajo como consecuencia el *acuerdo doctrinal* (26) de que, de lege lata (27), el valor del vehículo había dejado de ser obstáculo para la existencia del delito: *el artículo 516 bis del Código penal tipificaba todo uso*

(25) Son efectivamente pocas las referencias doctrinales que sobre este punto se encuentran tras la reforma de 1974. Además, entre ellas, muchas se limitan a reconocer, sin mayor profundidad, que después de dicha reforma el problema ya no es tal problema, y da la impresión de que para esa doctrina el legislador lo ha resuelto todo «adecuadamente». Críticamente, vid. no obstante, ZUGALDÍA, *Delitos contra la propiedad*, 1988, pp. 171 y ss.

(26) Vid., GARCÍA VALDES, C., en Quintano, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, II. 1977, Anotación 4 a), pp. 242-244 (244), donde recoge referencias doctrinales en este sentido, si bien él no se pronuncia al respecto. En contra, ZUGALDÍA, *Delitos contra la propiedad*, 1988, pp. 171 y ss.

(27) No cabe duda de que con esta reforma de 1974 se suscitaron nuevos problemas, especialmente de los denominados «despropósitos punitivos» del hurto de uso frente al hurto propio, que sirvieron de base para sus correspondientes propuestas de lege ferenda. (Vid., entre otros, SUÁREZ MONTES, R. F., *Modificaciones introducidas en el delito de robo y hurto de uso de vehículos de motor por la Ley 39/1974, de 28 de noviembre, sobre la reforma del Código penal*. «Separata del Boletín del Ilustre Colegio de abogados de Oviedo», núm. 9-10, primero y segundo semestre, 1975, p. 59; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 1988, pp. 248-249 y, especialmente, ZUGALDÍA, *Delitos contra la propiedad*, 1988, pp. 171-176).

indebido de vehículo de motor ajeno, fuese cual fuese el valor de éste. El artículo 515, artículo de remisión que fija sus penas a partir de un valor mínimo de la cosa (30.000 ptas., en aquel momento), ya no planteaba los problemas de antes de la reforma porque sus penas sólo se aplicarían, subsidiariamente, cuando fuesen de mayor gravedad que la específicamente prevista por el propio artículo 516 bis. Dicho de otra manera, esta previsión específica vendría a asegurar que en ningún caso iba a quedar sin sanción, por el propio artículo 516 bis o por las penas de los artículos de remisión, el uso indebido de un vehículo de motor por el mero hecho de que su valor fuese inferior a 30.000 pesetas.

Las *consecuencias concretas* que se derivan de esta posición doctrinal, prácticamente unánime, que parte de que en el artículo 516 bis no se exige que el vehículo esté valorado en más de 30.000 pesetas, son las que se reflejan en el siguiente cuadro sinóptico.

Las *críticas* que han surgido frente a la opinión anterior se basan todas ellas en que de esa forma se llegan a producir en muchos casos «despropósitos punitivos» (28) o ataques intolerables al «principio de proporcionalidad» (29) cuando resulta una pena más grave por el uso del vehículo que por su hipotética apropiación (30). Y para ver si ello se produce o no, la doctrina compara estos dos factores de la siguiente manera: por una parte, la pena que el artículo 516 bis —relativo únicamente a vehículos de motor— prevé para el uso del vehículo, por ejemplo, pena de arresto mayor o multa (vehículo de valor inferior a 30.000 ptas.), frente a, por otra parte, la pena que, en este caso, el artículo 587 —relativo a las cosas muebles en general— prevé para la apropiación: arresto menor. En consecuencia, como quiera que la pena prevista para el caso de apropiación de cosa mueble valorada en menos de 30.000 pesetas (arresto menor) es menos grave que la prevista para el caso de uso de un vehículo de motor valorado en menos de 30.000 pesetas (arresto mayor o multa), se produce el despropósito punitivo o la conculcación del principio de proporcionalidad.

Pues bien, a tenor de lo anterior se ha llegado a decir (31) que

(28) Vid., SUÁREZ MONTES, *Robo y hurto de uso*, 1975, p. 79; MUÑOZ CONDE, *D.P. P.E.*, 1988, p. 249.

(29) Vid., ZUGALDÍA, *Delitos contra la propiedad*, 1988, pp. 171-176.

(30) Es preciso advertir que bastantes de los despropósitos en este sentido se deben a la presencia de la pena de privación del permiso de conducir en el artículo 516 bis —lo cual sí es un despropósito—, pena que no está prevista para el caso de apropiación del vehículo, aunque éste, además de ser objeto de apropiación lo sea también de uso. Debido a ello se produce, por ejemplo, la siguiente paradoja: sustracción violenta de vehículo de motor, para apropiación: pena, la prevista por el artículo 501; sustracción violenta de vehículo de motor, para mero uso: pena, la prevista por el artículo 501, más privación del permiso de conducir por tiempo de tres meses y un día a cinco años.

(31) Vid., por todos, ZUGALDÍA, *Delitos contra la propiedad*, 1988, pp. 171-176.

CUADRO 1
LEY 1974/DOCTRINA MAYORITARIA

		USO (32)	APROPIACION		USO
SIN FUERZA	— 24 horas	A. Mayor o Multa	(515) A. Mayor o A. Mayor (máx.)	(587) A. Menor	en cada caso
	+ 24 horas	A. Mayor y Multa (o 515)	P. Menor		
CON FUERZA	— 24 horas	A. Mayor (máx.) o Multa (máx.)	(505) P. Menor o P. Menor (máx.)	(505) A. Mayor o A. Mayor (máx.)	que el de más de
	+ 24 horas	A. Mayor y Multa (o 505)			
CON VIOLENCIA		(501)	(501)	(501)	30.000 ptas.
			+ 30.000 ptas.	— 30.000 ptas.	

en los resultados a los que conduce esta doctrina —a saber, la que no excluye del ámbito de aplicación del artículo 516 bis los vehículos valorados en menos de 30.000 ptas.—, sólo en un caso se respeta el principio de proporcionalidad (33), mientras que en los demás, o

(32) En todos estos casos, de valor superior a 30.000 pesetas, el artículo 516 bis prevé, además, la pena de privación del permiso de conducir; esta pena hay que tomarla también en consideración en los casos en que se aplican las que prevén los artículos a los que, en su caso, remite el artículo 516 bis.

(33) Sólo se respetaría el principio de proporcionalidad —observa ZUGALDIA, *Delitos contra la propiedad*, 1988, p. 172— en el siguiente caso, que presento de forma telegráfica captando sólo lo esencial: USO/CON FUERZA/— 24 HORAS/+ 30.000 PTAS. Si sólo hay ánimo de uso: arresto mayor en grado máximo o multa en grado mínimo y privación del permiso de conducir (art. 516,2.º). Si hay ánimo de apropiación: prisión menor (art. 505).

bien resulta dudoso dicho respeto (34), o bien se conculca de forma clara (35).

3. La teoría de Zugaldía, *doctrina minoritaria* —que frente a la mayoritaria mantiene la exigencia de que el vehículo esté valorado en más de 30.000 ptas., para que pueda ser objeto material del delito del artículo 516 bis—, choca frontalmente con la doctrina del momento porque pretende su aceptación, no como mera propuesta de lege ferenda, sino de lege lata. Efectivamente, dicha teoría coincide sustancialmente con la que ya habían mantenido algunos autores bajo la vigencia de la Ley de 1967, si bien tras la reforma de 1974 abandonaron la pretensión de hacerla valer como propuesta de lege lata por ser insostenible con la nueva normativa. Pues bien, opina Zugaldía, que el consenso doctrinal —en el sentido ya expuesto— derivado de la reforma de 1974 no debe inducir al abandono del tema, porque es ahora cuando más merece revivirse ya que, entre otras cosas, a causa de la reforma operada en las penas de los delitos contra la propiedad por Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, las del artículo 516 bis, que no han sido modificadas, han devenido en desproporcionadas y absurdas. Pero Zugaldía da un paso más y sostiene que con la regulación vigente no sólo es necesario (36), sino también dogmáticamente posible, introducir una limitación general en el tipo objetivo del artículo 516 bis, excluyendo de su ámbito de aplicación aquellas conductas que recaigan sobre vehículos de motor valorados en menos de 30.000 pesetas.

De aceptarse esta limitación, la situación quedaría —según Zugaldía— de la siguiente forma, que reflejamos en este cuadro sinóptico.

Por lo que aquí nos interesa, conviene destacar de esta teoría *el tratamiento del uso ilegítimo de vehículos valorados en menos de 30.000 pesetas* y que resumidamente es el siguiente:

1.º El mero hecho de que el vehículo valga menos de 30.000 pesetas origina que el artículo 516 bis del Código penal no sea aplicable en ningún caso.

(34) En opinión de ZUGALDÍA, *Delitos contra la propiedad*, 1988, pp. 173-174, resulta dudoso el respeto al principio de proporcionalidad en los siguientes supuestos: 1.º USO/SIN FUERZA/— 24 HORAS/+ 30.000 PTAS. Si el Tribunal elige la pena de arresto mayor, se violaría claramente el principio de proporcionalidad (tomarlo para sí se castigaría con arresto mayor, y tomarlo para su uso temporal, con la misma pena más privación del permiso de conducir). Sólo eligiendo la pena de multa puede salvarse el mencionado escollo. 2.º USO/CON FUERZA/— 24 HORAS/— 30.000 PTAS. Sólo eligiendo la pena de multa (en grado máximo) puede mantenerse a salvo la idea de proporcionalidad.

(35) Según ZUGALDÍA, *Delitos contra la propiedad*, 1988, pp. 173-174, resulta claramente conculcada la idea de proporcionalidad en los restantes supuestos previstos en el artículo 516 bis del Código penal.

(36) En orden a salvaguardar el principio de proporcionalidad de las penas, dice ZUGALDÍA, *Delitos contra la propiedad*, 1988, p. 171.

CUADRO 2
LEY 1974/DOCTRINA MINORITARIA (Zugaldía)

		USO (37)	APROPIACION		USO
SIN FUERZA	— 24 horas	A. Mayor o Multa	(515) A. Mayor o A. Mayor (máx.)	(587) A. Menor	Ati- pico.
	+ 24 horas	A. Mayor y Multa (o 515)	o P. Menor		
CON FUERZA	— 24 horas	A. Mayor (máx.) o Multa (máx.)	(505) P. Menor o	(505) A. Mayor o	Delito daños (563) o
	+ 24 horas	A. Mayor y Multa (o 505)	P. Menor (máx.)	A. Mayor (máx.)	Falta daños (597)
CON VIOLENCIA		(501)	(501)	(501)	delitos c/liber- tad: amenz. coacc.
			+ 30.000 ptas.	— 30.000 ptas.	

2.º La ejecución del hecho sin fuerza ni violencia es atípica: aunque se restituya el vehículo antes de 24 horas (no aplicable el 516 bis, 1.º) o se prive de su uso al titular por más o mucho más tiempo (no aplicable el 516 bis, 3.º).

3.º Si se empleare fuerza en las cosas, a lo sumo podría castigarse por daños, como delito o falta, en atención a la tasación de los desperfectos causados por el agente (38). (No se aplicaría el artícu-

(37) Vid., nota 28.

(38) ZUGLADÍA, *Delitos contra la propiedad*, 1988, p. 174, advierte que en ningún caso resultaría lícito recurrir a la idea de que en tales supuestos podría existir un robo o hurto (delito o falta) por el importe de la gasolina consumida o del hipotético alquiler del vehículo. Y ello por dos razones: en primer lugar, porque la teoría cuantitativa

lo 516 bis, 2.º ni 3.º; y respecto a éste, ni la pena propia o específica, ni la de remisión al artículo 505) (39).

4.º Si se empleare violencia o intimidación en las personas, a lo sumo podrá castigarse «con arreglo a las penas de los delitos contra la libertad —amenazas o coacciones— y demás reglas generales» (40). (Tampoco aquí sería aplicable el artículo 516 bis, aunque el artículo 501, a cuyas penas remite, no tome en consideración el valor de las cosas para establecer sus penas) (41).

Desde luego, esta teoría no está libre de críticas, y ello sin entrar por ahora en si es o no posible defenderla dogmáticamente, sino tan sólo desde la perspectiva de las penas resultantes. Su propio creador reconoce que pese a no salvarse en todo caso la idea de proporcionalidad, la situación experimenta una notable mejora: se respeta el principio de proporcionalidad en dos casos (42), resulta dudoso en uno (43) y, pese a todo, no puede respetarse en tres (44).

no es el criterio correcto para determinar el concepto de apropiación, y en segundo lugar, porque se violaría el principio de legalidad ya que nuestro Código (se refiere a antes de 1989) carece de un precepto paralelo al artículo 593, «ACP», 1983, donde se tipifica la falta de uso.

(39) Ya explicaré en otro momento que tal y como se hace la remisión al artículo 505 sólo tiene sentido si se considera que el artículo 516 bis también alcanza al uso de vehículos valorados en menos de 30.000 pesetas.

(40) ZUGALDÍA, *Delitos contra la propiedad*, 1988, p. 175.

(41) Acerca de su fundamentación, vid., nota siguiente.

(42) ZUGALDÍA, *Delitos contra la propiedad*, 1988, pp. 174-175: «Se respetará el principio de proporcionalidad: a) Si el vehículo sustraído mediante el empleo de fuerza en las cosas es restituido antes de las veinticuatro horas de su sustracción. Si el sujeto actúa con ánimo de apropiación (pena: prisión menor del art. 505); si el sujeto actúa sin ánimo de apropiación (pena: arresto mayor o multa en grado máximo y privación del permiso de conducir del párrafo 2 del art. 516 bis); b) si en el hecho mediare violencia o intimidación en las personas cabe la duda de si procede distinguir entre vehículos valorados en más o menos de 30.000 pesetas ya que el artículo 501 del Código penal, no toma en consideración el valor de los efectos sustraídos para establecer sus diferentes penalidades. No obstante me inclino por la afirmativa por respeto al principio de proporcionalidad y porque también, al exigir el tipo base (art. 516 bis, párrafo 1) que el vehículo esté valorado en más de 30.000 pesetas, tal requisito del tipo objetivo debe ser aplicado a los demás supuestos previstos en el precepto —no en vano el art. 516 bis, párrafo 4, hace referencia a si “en la ejecución del hecho...””: y tal hecho es el previsto en el tipo base del artículo 516 bis. Por consiguiente, la sustracción de un vehículo de motor valorado en menos de 30.000 pesetas será sancionada: si el sujeto actuó con ánimo de apropiación con las penas del delito de robo; si el sujeto actuó simplemente con *ánimus utendi*, con arreglo a las penas de los delitos contra la libertad (amenazas o coacciones) y demás reglas generales».

(43) Dudoso respeto a la proporcionalidad en el caso de: USO/SIN FUERZA/— 24 HORAS/+ 30.000 PTAS. (ZUGALDÍA, *Delitos contra la propiedad*, 1988, p. 175).

(44) No respetada la idea de proporcionalidad en los siguientes casos: 1.º: USO/SIN FUERZA/+ 24 HORAS/+ 30.000 PTAS. 2.º: USO/CON FUERZA/+ 24 HORAS/+ 30.000 PTAS. 3.º: USO/CON VIOLENCIA. Aclara ZUGALDÍA, *Delitos contra la propiedad*, 1988, p. 176, que la desproporcionalidad resultante de los casos 1.º y 2.º «no puede corregirse alegando que las penas de los artículos 515 y 505 deben establecerse en función del “valor de uso” de la cosa del que se ha visto privado el propietario. Y ello por dos razones: en primer lugar, una vez más, porque ello supondría seguir una teoría cuantitativa en la determinación del concepto de apropiación».

IV

1. Como hemos visto al exponer la evolución legislativa, la gran novedad que representa la Ley de 1989 respecto de las anteriores consiste en que en ella se recoge expresamente la *tipificación del uso como delito (art. 516 bis) y como falta (art. 587)*. De esta forma, el legislador resuelve algunas de las dudas que afloraban sobre la base de la legislación anterior, pero otras muchas —a veces nuevas, surgidas de la propia Ley— siguen siendo objeto de discusión.

Con la reforma introducida en el artículo 587 del Código penal por la Ley de 1989 —según el cual se castiga con arresto menor a quien utilizare ilegítimamente un vehículo de motor ajeno cuyo valor no excediere de 30.000 ptas.—, queda claro que el mero hecho de que el vehículo no alcance ese valor no convierte en atípica la conducta de su uso ilegítimo (45), ni conduce en cualquier caso, a pesar de todo, a la aplicación del artículo 516 bis. Pero la claridad no reina desgraciadamente en el campo intermedio delimitado por esos dos extremos, es decir, en la determinación del ámbito de aplicación del artículo 587.

Me propongo ofrecer en este apartado las *soluciones de lege lata* que considero más acertadas a la hora de interpretar el alcance del artículo 587; y esto tomando a su vez como punto de referencia ineludible la figura de delito, del artículo 516 bis, con su concreta forma de tipificación en este momento. No todas las soluciones que sobre esta base voy a ofrecer son las que mejor se acomodarían a las exigencias político-criminales; pero la barrera infranqueable de la dogmática obliga a veces a adoptarlas. Por ejemplo, por lo que alcanzo a ver, por muy criticable que resulte, lo cierto es que la pena de privación del permiso de conducir va a depender de si el vehículo que ilegítimamente se utilizó valía más o menos de 30.000 pesetas (46).

ción; en segundo término, porque aunque para determinar las penas de los artículos 515 y 505 se atendiera, no al valor intrínseco del vehículo, sino a su valor de uso, de ser este inferior a las 30.000 pesetas, con arreglo al inaplicable artículo 587.1 correspondería imponer la pena de arresto menor y con arreglo al artículo 505 la de arresto mayor —y ambas son inferiores a las de arresto mayor y multa del párrafo 3 del artículo 516 bis. La desproporcionalidad denunciada sólo podrá corregirse operando el juzgador con el principio "in dubio pro reo" a la hora de valorar si el sujeto actuó con animus utendi o con ánimo de apropiación».

(45) Me refiero, naturalmente, a la atipicidad derivada únicamente del mero hecho de que el valor del vehículo sea inferior a 30.000 pesetas, sin entrar en este momento, por ejemplo, en la cuestión de si el artículo 587 comprende sólo la modalidad del hurto de uso o, en su caso, también las de estafa o apropiación indebida de uso.

(46) En realidad no creo que la imprevisión de la pena de privación del permiso de conducir responda en el artículo 587 a un deseo consciente del legislador de su eliminación para los casos de uso ilegítimo de vehículos cuyo valor no supere las 30.000 pesetas. (Sería bastante extraño, teniendo en cuenta que dicha pena está prevista para el delito, cuando el vehículo vale más de aquella cantidad; cosa distinta es que la previsión de la citada pena se considere —y esta es mi opinión— inapropiada en el

Naturalmente, las soluciones de lege lata que no resulten satisfactorias pueden pasar, en su caso, a ser *consideraciones de lege ferenda*.

2. Pasemos ahora a analizar qué figuras en concreto, del uso ilegítimo de vehículo de motor pueden constituir falta y, en su caso, cuáles están reservadas para la modalidad de delito del artículo 516 bis. Es decir, se trata de determinar el *ámbito de aplicación del artículo 587 en relación con el 516 bis*. A mi entender, dicho ámbito es el que, en general, queda reflejado en el siguiente cuadro sinóptico, a partir del cual iremos extrayendo para su estudio cada una de las modalidades en particular.

Si hay un caso en el que parece claro —e incluso evidente— que desde el punto de vista político-criminal el valor de la cosa sustraída en absoluto deba decidir la gravedad del hecho, ese es el del *empleo de violencia o intimidación en las personas* para conseguir aquella sustracción.

En cuanto a la sustracción con *ánimo de apropiación*, a este principio responde la regulación del Código penal, en el sentido de que el artículo 501, relativo al robo con violencia o intimidación en las personas, no distingue, para la graduación de las penas, entre cosas cuyo valor supere o no alcance las 30.000 pesetas. En esto se diferencia de aquellos otros supuestos de sustracción en que no concurre *violencia o intimidación* (47): por ejemplo, robo con fuerza (48), o hurto (49)

Pues bien, nadie duda en absoluto que desde el punto de vista político-criminal ese principio siga teniendo sentido —e incluso más sentido— cuando en lugar de concurrir ánimo de apropiación sólo exista *ánimo de uso*.

En consecuencia, la *solución* que propongo para esta modalidad del delito en que concurre violencia o intimidación en las personas

propio art. 516 bis). Pienso más bien que aquella imprevisión en el artículo 587 se debe a un olvido como consecuencia de haber incluido en el mismo precepto (art. 587.1) las figuras del «hurto» y de la «utilización». Ahora bien, para comprender ese olvido —no se trata ahora de justificarlo o no— sería casi obligado pensar que el legislador, cuando alude al hurto en el artículo 587 (aunque lo mismo cabría decir cuando alude al hurto como delito), estaría entendiendo por tal el «el hurto de cosa mueble ajena que no sea vehículo de motor».

(47) Las consecuencias del desprecio del sujeto ante bienes jurídicos de mucho mayor valor que la sustracción perseguida se reflejan en el artículo 512, según el cual, los delitos comprendidos en ese capítulo quedan consumados cuando se produzca el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas, aunque no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad propuestos por el culpable.

(48) El artículo 504 expone las circunstancias cuya concurrencia convierten la sustracción en robo con fuerza; y es el artículo 505 el que en función del valor de lo robado prevé la pena de arresto mayor si el valor de lo robado no excede de 30.000 pesetas, o prisión menor en los demás casos.

(49) El artículo 515 parte de la pena de arresto mayor cuando el valor de lo sustraído excede de 30.000 pesetas, mientras que el artículo 587 prevé la de arresto menor cuando no excediere de dicha cantidad. Otro tanto sucede, por ejemplo, con la estafa y la apropiación indebida (arts. 528 y 535 en relación con el art. 587.2).

CUADRO 3
LEY 1989/INTERPRETACION DEL AUTOR

		USO (28)	APROPIACION		USO
SIN FUERZA	— 24 horas	A. Mayor o Multa	(515) A. Mayor o A. Mayor (máx.)	(587) A. Menor	(587) A. Menor
	+ 24 horas	A. Mayor y Multa (o 515)	o P. Menor		
CON FUERZA	— 24 horas	A. Mayor (máx.) o Multa (máx.)	(505) P. Menor o P. Menor (máx.)	(505) A. Mayor o A. Mayor (máx.)	igual + 30.000
	+ 24 horas	A. Mayor y Multa (o 505)			igual + 30.000
CON VIOLENCIA		(501)	(501)	(501)	igual + 30.000
			+ 30.000 ptas.	— 30.000 ptas.	

es la siguiente: el uso ilegítimo de un vehículo de motor ajeno cuyo valor no exceda de 30.000 pesetas no integra la falta prevista en el artículo 587, 1.º, sino el delito del *artículo 516 bis* y, en consecuencia, no se sanciona con la pena de arresto menor, sino con aquéllas a las que remite el propio artículo 516 bis, esto es, las que, en su caso, disponga el artículo 501; eso sí, más la privación el permiso de conducir porque, a pesar de dicha remisión, éste no deja de ser un caso de los comprendidos en el artículo 516 bis.

Si bien es cierto que, como acabamos de decir, a esta solución no le faltan argumentos desde la *política criminal*, no lo es menos que plantea serios problemas desde la *dogmática* para hacerla compatible con la normativa vigente, sobre todo como consecuencia de que

(50) Vid., nota 28.

el artículo 587 parece querer abarcar toda modalidad delictiva de uso sobre vehículos, con tal de que el valor de estos no exceda de 30.000 pesetas. A pesar de todo, creo que también desde esta última perspectiva pueden esgrimirse poderosas razones en favor de la solución propuesta (51).

Ante todo es extraordinariamente significativo que *en el artículo 516 bis no aparece el límite de 30.000 pesetas*, como límite por abajo, a pesar de que dicha cantidad, como acabamos de ver, la introdujo expresamente el legislador en el artículo 587, en este caso como límite por arriba. A primera vista podría pensarse que no lo hizo porque no lo consideró necesario, al suponer que era una consecuencia lógica y natural derivada de su inclusión en el artículo 587. No obstante, un estudio más detenido nos lleva a la conclusión de que este razonamiento no es convincente por varias razones. Por una parte, porque salvo que se trate de un olvido (52), la experiencia anterior relativa a este precepto demuestra precisamente que tanto la introducción expresa de dicho límite como su omisión han sido siempre decisiones plenamente conscientes. Así, mientras no se preveía en el Proyecto de Código penal de 1980 (53), sí se establecía en el Anteproyecto de 1983 (54). Por otra parte, lo que acabamos de decir lo corrobora también la forma de proceder del legislador en otras situaciones semejan-

(51) Algunas de estas razones son igualmente válidas para las soluciones que se proponen en relación con las otras modalidades del delito.

(52) Lo que parece improbable, habida cuenta de que con motivo de esa reforma también se metió la pluma en el citado artículo 516 bis.

(53) El artículo 250, «PCP», 1980, no hace mención a que el vehículo o el ciclomotor tengan que valer más de 30.000 pesetas. A favor de que se estableciese ese límite en el citado delito de utilización ilegítima se pronunció la enmienda número 513 (Grupo Socialista), con la siguiente motivación: «Se impone como límite al hurto no violento el del que el valor del vehículo alcance las 30.000 pesetas, pues en otro caso daríamos un tratamiento más perjudicial al que hurte un vehículo frente al que hurte otro bien mueble».

(54) Vid., «ACP», 1983, artículo 237 (de valor superior a 30.000 pesetas: el delito) en relación con el artículo 593 (de valor igual o inferior a esa cantidad: falta). Por lo que se refiere a este apartado podría pensarse que a tenor de ambos preceptos del «ACP», y precisamente por la mención expresa dicho límite en ellos, la concurrencia de violencia o intimidación no daría lugar a la aplicación de las penas del delito de robo violento si el valor del vehículo fuese menor de 30.000 pesetas, puesto que el artículo 593 nada dice al respecto ni remite tampoco —como por el contrario lo hace el 237— al artículo que regula el robo con violencia o intimidación en las personas: el 235. Pues bien, a pesar de todo lo anterior, entiendo que en tal caso no es aplicable el artículo 593 y sí lo es el 237 y, en esa medida, el 235. Esta solución se deduce del párrafo tercero del artículo 237, según el cual «si el hecho se cometiere con violencia o intimidación en las personas, se impondrán, en todo caso, las penas del artículo 235». La expresión «en todo caso» significa que toda «utilización indebida de vehículos de motor», independientemente del lugar de su regulación (ya sea en los otros apartados del art. 237 o, fuera de él, en el art. 593), se castiga, cuando concurren aquellos medios, con las penas previstas por el artículo 235. (Sin perjuicio, naturalmente, de posibles cuestiones concursales cuando, por ejemplo, además de violencia, se empleare fuerza en las cosas).

tes (entre ellas, por ejemplo, en el hurto y en el robo con fuerza) (55), en las que conscientemente establece dicho límite de forma expresa; o en aquéllas otras en que, por el contrario, opta por no incluir límite alguno, aunque también conscientemente (56).

Lo que da a entender la omisión de dicho límite es precisamente lo contrario: que el artículo 516 bis manifiesta una clara vocación de estar ahí para resolver, en principio, todos los casos de utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos, con independencia de si su valor supera o no alcanza las 30.000 pesetas. Si el artículo 516 bis no previera intervenir cuando el valor del vehículo fuese inferior a 30.000 pesetas, ¿qué sentido tendría la remisión a los artículos 515 y 505 tal y como se hace en el párrafo tercero? Esa forma de remisión sólo tiene sentido en función del robo con fuerza cuando el valor de lo robado es inferior a 30.000 pesetas, único caso en el que la pena del 505 puede ser inferior a la prevista por el párrafo tercero del 516 bis (57).

En definitiva, de lo que se trata en este caso es de un *problema de concurso de leyes*, que debe resolverse en función del principio de especialidad. Bien sea directa e inmediatamente, o bien a través de otros preceptos a los que expresamente remite, el artículo 516 bis regula todo aquello para lo que no exista una norma más concreta. Por otra parte, la concreción de dicha norma vendrá determinada —y así sucede con el art. 587— no sólo en atención al límite cuantitativo de 30.000 pesetas, sino también, y dentro de dicho límite, en atención a las modalidades determinadas de comisión del hecho (58).

El artículo 587.1 se refiere al hurto (59), y esto hay que entenderlo

(55) En el artículo 505 el límite de las 30.000 pesetas decide la aplicación de diferentes penas previstas en el mismo artículo (arresto mayor o prisión menor), mientras que en el caso del hurto deciden la aplicación de distintos preceptos (art. 515, arresto mayor, o art. 587.1 arresto menor). Situación semejante es la que se produce en los artículos 528 (estafa) y 535 (apropiación indebida) en relación con el artículo 587.2.

(56) El ya mencionado caso de robo violento frente al robo con fuerza es prueba evidente de que el establecimiento de los límites o su omisión no es fruto del azar.

(57) Si no fuera por ello, el tenor literal de dicho párrafo tercero en ese extremo debería decir algo semejante a: ...aplicándose, en su caso, las penas del artículo 505 (que siempre serían más graves), o las del artículo 515 cuando sean de mayor gravedad.

(58) Efectivamente, frente al artículo 516 bis, que no recoge límite alguno referido al valor del vehículo, el artículo 587, ya por el hecho de recogerlo (que no sobrepase las 30.000 pesetas), es una Ley especial frente a aquél, pero no por ese solo hecho es norma aplicable para cualquier supuesto en el que el vehículo no supere dicho valor. (De la misma forma sería Ley especial, por ejemplo, otro precepto que se refiriese a vehículos que sobrepasasen el millón de pesetas). La especialidad se encuentra en el artículo 587 también en función de las modalidades de acción a las que se restringe.

(59) Aunque la redacción del artículo 587.1 no es muy afortunada, porque a primera vista parece dar a entender que ambas modalidades —hurto y utilización— van referidas al vehículo de motor, debe entenderse, sin embargo, que mientras la segunda se restringe efectivamente a los vehículos de motor, la primera —el hurto— va referida, como correspondiente del artículo 514, a las cosas muebles ajenas en general. (Por motivos semejantes tampoco es muy afortunada la redacción del párrafo 2.º).

como *hurto en sentido técnico, estricto*, y no, en sentido vulgar, como cualquier forma de sustracción de cosa ajena. Y esto es así porque acto seguido el párrafo 2.º se va a referir a la estafa, a la apropiación indebida y a determinados casos de defraudación. Por lo tanto, en lo que se refiere a vehículos de motor, aunque el párrafo 1.º no emplee la expresión «hurto de uso», es claro que el concepto «utilización», al que alude, pretende ser equivalente a la modalidad a la que se refiere cuando se trata de ánimo de apropiación. Es decir, por lo menos en las faltas (no entro a considerar ahora lo que sucede en el delito), sólo se incluyen las modalidades de acceso a la cosa que den lugar a *hurto de uso*. El «hurto» actúa, por tanto, como límite tanto por arriba como por abajo en la falta descrita en el artículo 587: no es objeto de regulación de éste, ni lo que sea robo (de uso), ni lo que sea estafa o apropiación indebida (de uso) (60).

2.2. En atención a lo que se acaba de exponer, queda claro asimismo que la modalidad del delito de utilización ilegítima de vehículo cuyo valor no exceda de 30.000 pesetas realizada mediante el *empleo de fuerza en las cosas*, escapa también al ámbito de aplicación del artículo 587. En tales casos, la solución es aplicar el *artículo 516 bis*.

Si la falta de restitución oportuna es una agravación respecto de la acción básica —que en este caso consiste en el empleo de fuerza en las cosas— (61), no cabe duda de que el propio artículo 516 bis, mediante la remisión, en su caso, al artículo 505, está diciendo claramente que no es aplicable el artículo 587 incluso en el caso de que el valor del vehículo no supere las 30.000 pesetas, tanto si ha habido restitución como si no la ha habido.

Cuando la acción típica consiste en la sustracción mediante fuerza, constituye, por su gravedad, un delito y en consecuencia se aplica el artículo 516 bis en lugar del 587, que, por su menor gravedad, sólo comprende la acción típica de sustracción subrepticia (y además limitada cuantitativamente por un valor no superior a 30.000 ptas.). Si esto es así, no cabe duda de que tampoco entra en aplicación el artículo 587 cuando se prevé una agravación sobre la base típica que ya en sí misma escapa al ámbito de aquel precepto. Esto es, cuando falta la restitución oportuna. En tal caso se aplicará, o bien la pena propia prevista por el párrafo 3.º, o bien la de remisión al artículo 505.

2.3. Por el contrario, las razones alegadas anteriormente nos llevan a afirmar que en el caso de ejecución del hecho *sin empleo de*

(60) Todo ello independientemente por ahora de si esas figuras son o no posibles incluso en la modalidad de delito.

(61) Esa agravación afecta por igual a la sustracción subrepticia y a la del empleo de fuerza, lo cual no es correcto desde el punto de vista de justicia material, pues en abstracto puede llevar a la misma pena a supuestos que en el tipo básico tienen penas diferenciadas en atención a la gravedad de la modalidad de acceso a la cosa: arresto mayor o multa cuando no se emplea fuerza ni violencia, o una de aquellas penas en su grado máximo cuando se emplea fuerza.

fuerza ni violencia procede aplicar el artículo 587 si el valor del vehículo no excede de 30.000 pesetas.

En el tipo básico del artículo 516 bis existe coincidencia con el artículo 587 en cuanto al contenido de la acción típica (62), de manera que al restringir este último esa modalidad de acción a vehículos de un valor determinado, el citado artículo 587 se convierte en ley especial frente al artículo 516 bis.1.

En el supuesto de agravación por falta de restitución antes de veinticuatro horas, si esto representa una mera agravación frente a la citada acción básica recogida en el artículo 587, se seguirá aplicando dicho precepto, si bien no se nos oculta que desde el punto de vista de la justicia material trae consigo, en abstracto, la misma pena que el caso anterior. Sin embargo, en favor de esa solución podría alegarse además que si la apropiación definitiva de ese vehículo valorado en menos de 30.000 pesetas se castiga con arresto menor (63), sería ilógico que una limitación en el tiempo (que podría quedar reducido incluso en un poco más de 24 horas) y en la gravedad de la acción (uso frente a apropiación) derivase en una mayor gravedad del hecho (delito) y, en consecuencia, en una pena más grave (arresto mayor y multa).

Queda, sin embargo, la duda de si no sería más correcto entender que en el caso de falta de restitución el legislador crea un tipo más grave que, como tal, debe sustraerse al artículo 587, aunque el valor del vehículo sea inferior a 30.000 pesetas, y resolverse por el artículo 516 bis. Pienso que aunque fuese así, habría que acabar aplicando, por remisión tácita, la pena del artículo 587.1. Pero aclarando que se trata de la pena que ese artículo prevé para el hurto común: es decir, la pena de arresto menor y además, como no deja de ser uno de los casos comprendidos en el artículo 516 bis, la de privación del permiso de conducir. Y eso por dos razones que desarrollaremos más adelante. Por una parte, porque existe una remisión tácita del artículo 516 bis.3 al artículo 587: la remisión del párrafo 3.º hay que en-

(62) Quizá fuese más correcto decir, al menos en este momento en que no queremos prejuzgar otras cuestiones, que la coincidencia se da entre la acción típica descrita por el artículo 587 (hurto de uso de vehículo de motor) y alguna o todas de las conductas típicas que engloba el tipo básico del artículo 516 bis.1, para el caso de que se piense que también se incluirían ahí la apropiación indebida y la estafa de uso.

(63) Siempre y cuando se parta de la base de que el legislador, cuando alude al hurto común en el artículo 587.1, se refiere al hurto de cualquier cosa mueble, incluido el vehículo de motor, pues, de lo contrario, esto es, si se refiriese a las cosas muebles con exclusión del vehículo de motor (lo cual no sería tan extraño pensarlo, pues según esa regulación la protección especial de la que goza el vehículo de motor en caso de sustracción para el uso desaparece cuando es sustracción para la apropiación), el argumento derivado de la comparación de penas con el hipotético hurto común, ya no sería convincente, pues ya no se trataría de la comparación con la apropiación del mismo vehículo, sino de la apropiación de una cosa mueble cuyo valor fuese el mismo que el del vehículo usado indebidamente.

tenderla en el sentido de «...aplicándose en su caso las penas de hurto común...», de forma que no se violaría el principio de legalidad si en esos casos se aplicase el artículo 587, porque el hecho de que no esté mencionado expresamente ahí obedece sólo a que dicho artículo 587, a diferencia del 515 y 505 no prevé en ningún caso una pena que pueda ser más o menos grave que la propia del 516 bis, sino siempre más leve. Por otra parte, se acude a la pena del artículo 587, porque es la prevista para la apropiación, y habiendo existido sólo uso, no puede aplicarse una pena más grave que la que correspondería en caso de apropiación. Y esto puede deducirse de una correcta interpretación del artículo 516 bis (64).

3. Veamos a continuación cuáles son las posibles *críticas derivadas de la comparación de penas con el hipotético hurto común* y qué *contracrítica* puede esgrimirse desde la propia legislación vigente.

3.1. A la doctrina siempre le ha preocupado mucho que la pena resultante para el uso fuese tan grave o más que la que correspondería a la apropiación del vehículo (65). Tanto es así, que ello ha llevado a proponer en alguna ocasión que se entienda que el artículo 516 bis se refiere sólo a vehículos de valor superior a 30.000 pesetas, con la finalidad de que de esa forma, por así decirlo, cuadren mejor las cuentas.

Aparte de las observaciones anteriores acerca de si el legislador efectivamente piensa también en los vehículos de motor cuando se trata del hurto común (66) y acerca de que el artículo 516 bis también remite al artículo 587 (67), creo que las graves críticas que se han planteado como consecuencia de la comparación de penas con el hurto (68) son parcialmente infundadas porque parten, en mi opinión, de una *incorrecta interpretación del artículo 516 bis 3*, precepto que da lugar a los resultados criticados.

3.2. Cuando en el párrafo 3.º del artículo 516 bis se dice: «...se le impondrán conjuntamente las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, aplicándose, en su caso, las de los artículos 515 o 505, respectivamente, cuando sean de mayor gravedad», hay que entender esta última frase condicional, referida a las penas del artículo 516 bis.3; es decir, en el sentido de *cuando (aquéllas) sean de mayor gravedad*. Creo que sólo así tiene sentido la remisión a las penas del hurto común o del robo con fuerza (art. 505, y arts. 515 o 587). Es decir, la pena de arresto mayor y multa, pena

(64) Vid., *infra* IV.3.

(65) Desde luego, repetimos, esta cuestión parece que no ha suscitado preocupación al legislador de 1989 en cuanto al artículo 587, donde puede verse fomentada, frente al mero uso ilegítimo, la apropiación de vehículos de motor con tal de que su valor sea inferior a 30.000 pesetas.

(66) Vid., *supra* notas 46 y 63.

(67) Vid., *supra* 2.3.3.

(68) Vid., *supra* III.2.2. y III.3.

propia del artículo 516 bis prevista para el uso ilegítimo, se aplicará solamente si no es más grave que la prevista para la apropiación, por los artículos correspondientes. En mi opinión, si bien reconozco que es una interpretación discutible, es ésta —y no la contraria, que propugna la aplicación de las penas del art. 515 ó 505 cuando éstas sean más graves que las previstas para el uso— (69) la interpretación correcta, acorde con el tenor literal (que únicamente se limita a hacer uso de una elipsis respecto de algo que se da por sobrentendido y en esa medida innecesario de repetir) y acorde asimismo con los criterios interpretativos histórico, lógico y teleológico del precepto.

En un principio el legislador remitía directa e incondicionalmente a las penas del hurto y del robo cuando el uso se había prolongado más de veinticuatro horas sin restitución o abandono del vehículo. Es decir, sobre la base de una presunción de ánimo de apropiación, castigaba como si se tratase de una auténtica y probada apropiación el uso que sobrepasase, aunque fuese en poco tiempo, el citado límite de veinticuatro horas. Posteriormente se dio cuenta de que no debía castigarse como hurto, lo que no era tal, mientras así no se probase y, en consecuencia, renunció al tratamiento unitario y por eso optó por una remisión condicional (70) de carácter excepcional que, lógicamente, hay que entenderla en el sentido de que no se van a aplicar las penas previstas para el uso cuando sean tan graves o más que las correspondientes a la apropiación; o dicho de otra manera, que las penas del hurto común sólo se van a aplicar, como excepción, cuando sean más leves que las previstas para el uso (71). Todo ello concuerda perfectamente con la *voluntas legislatoris*, coincidente con la *voluntas legis* según esta interpretación, de no castigar tan gravemente el uso como la apropiación (72).

3.3. Veamos seguidamente cuáles son las *consecuencias concretas* a las que lleva esta interpretación, comparativamente con la hipotética apropiación del vehículo, cuando el valor es *superior a 30.000 pesetas*.

Si concurrió violencia o intimidación se aplican: en caso de apropiación, las penas del artículo 501, y en caso de uso, las mismas penas, más la de privación del permiso de conducir (73).

Si medió fuerza y hubo restitución antes de veinticuatro horas se

(69) Por lo que alcanzo a ver, se trata de doctrina unánime.

(70) Salvo en el caso de empleo de violencia o intimidación, en atención a la especial gravedad de la modalidad delictiva.

(71) Vid., *supra* notas 46 y 63.

(72) No debe olvidarse que la remisión que recoge el artículo 516 bis no es tipológica, sino tan sólo a efectos de pena. Prueba de ello es la introducción de la condicional que antes no existía. Por eso, siguiendo esta interpretación ya no es acertado decir que en esa remisión se encierra una presunción de apropiación. (La remisión incondicional al art. 501 obedece a otras razones, que tampoco tienen nada que ver con dicha presunción de apropiación).

(73) Despropósito que ya ha sido criticado en otro momento.

aplican: en caso de uso, las penas de arresto mayor en grado máximo, o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, también en grado máximo; en caso de apropiación, como mínimo prisión menor (art. 505), pena ésta en cualquier caso más grave que la correspondiente al uso (74).

Si no hubo restitución antes de 24 horas: si hubo solamente uso, pena de arresto mayor y multa, más privación del permiso de conducir. Si hubiese habido apropiación, como antes, al menos prisión menor, aunque lo más normal sería prisión menor en grado máximo al aplicar la circunstancia 8.^a del artículo 506, alternativa ésta que en mi opinión permitiría seguir otorgando al vehículo motor una especial protección correlativa, aunque no tan extrema, con la que goza en el caso de uso (75).

Si efectivamente hubo uso, procedería aplicar la pena propia del artículo 516 bis, precisamente porque es menos grave que la prevista para el caso de que hubiese habido apropiación de ese vehículo. (Por el contrario, la teoría tradicional entendería que en este caso habría que aplicar la pena del art. 505, mucho más grave, prevista para la hipotética apropiación, aun sabiendo que sólo hubo uso).

Si no se empleó fuerza ni violencia y hubo restitución antes de 24 horas: en caso de uso, pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. En caso de apropiación, por las mismas razones antes alegadas, lo normal sería apreciar aquí la circunstancia 3.^a del artículo 516 (76) y aplicar, al menos, la pena de arresto mayor en grado máximo. De nuevo no se producen desajustes punitivos.

Si no hubo restitución antes de 24 horas: en caso de uso, arresto mayor y multa; en caso de apropiación, del mismo modo que antes, arresto mayor en grado máximo. En estos casos ya no es tan claro que esta pena sea más grave que la prevista para el uso, aunque no puede negarse de forma taxativa. Sea como fuere, lo cierto es que si sólo hubo uso, se aplicará en virtud del párrafo 3.^o la pena más leve: bien sea la del artículo 516 bis, bien la del artículo 515.

3.4. Si el valor del vehículo es igual o inferior a 30.000 pesetas, la comparación de penas nos llevaría a los siguientes resultados, según las distintas modalidades.

(74) Sobre las penas típicas puede aplicarse, en su caso, la atenuante 9.^a del artículo 9, de rectificación postdelictiva, tanto en caso de uso como de apropiación.

(75) Desde la comparación de penas con el hipotético hurto común, la solución aquí propuesta es más adecuada que la solución tradicional. Por ejemplo, abreviadamente: CON FUERZA/+ 24 HORAS/+ 30.000 PTAS. Solución tradicional, si uso, prisión menor; si apropiación, prisión menor. Solución propuesta, si uso, arresto mayor y multa; si apropiación, prisión menor. SIN FUERZA/+ 24 HORAS/+ 30.000 PTAS. Solución tradicional, si uso, arresto mayor y multa; si apropiación, arresto mayor. Solución propuesta, en ambos casos arresto mayor.

(76) Más idónea esta circunstancia 3.^a del artículo 516 bis que la 8.^a del artículo 506, pues en lugar de «daños» se refiere a «perjuicios» de especial consideración.

Con violencia o intimidación, idéntica solución que cuando el valor del vehículo supera las 30.000 pesetas.

Con fuerza y con restitución: en caso de uso, arresto mayor en grado máximo o multa en grado máximo (igual que + 30.000 ptas.); en caso de apropiación (art. 505), se parte de arresto mayor, y lo más normal sería aplicar, al menos, esa pena de arresto mayor en grado máximo apreciando la circunstancia 8.^a del artículo 506. No hay irregularidades punitivas.

Con fuerza y sin restitución, si hubo solamente uso, pena de arresto mayor y multa, más privación del permiso de conducir. Si hubiese habido apropiación, pena de arresto mayor en toda su extensión o, quizá más correcto, en grado máximo. Es decir, el resultado es el mismo que sin concurrir fuerza, y la solución la misma, pero acudiendo al artículo 505 en lugar de al 515.

Sin fuerza ni violencia y con restitución. Tanto en el caso de uso como en el de apropiación, pena de arresto menor (art. 587). Aquí sí se produce un inevitable desajuste punitivo, introducido por parte del legislador. Tampoco queda abierta la posibilidad, al contrario de lo que sucede en el delito, de encontrar una circunstancia con la que hacer viable una atención especial al vehículo de motor (77).

Sin fuerza ni violencia, y sin restitución. Como en el anterior, tanto en caso de uso como de apropiación se aplica el artículo 587, que prevé la pena de arresto menor. Ahora bien, como ya he indicado, si partiésemos de la base de que la falta de restitución originase un tipo de injusto más grave que escapase al ámbito del artículo 587, debiéndose resolver por el 516 bis, la solución sería la siguiente: En caso de uso, pena de arresto mayor y multa, más privación del permiso de conducir (516 bis.3); en caso de apropiación, pena de arresto menor (art. 587). Si efectivamente sólo hubo uso, debe aplicarse la pena menos grave, esto es, la que correspondería en el caso de que hubiese habido apropiación: la del hurto común, del artículo 587.1, más la de privación del permiso de conducir, porque se trata de una

(77) Se ha dicho que ese depósito punitivo se evitaría si no fuese punible el uso de vehículos valorados en menos de 30.000 pesetas. Aparte de que esa solución es criticable, porque no se entendería muy bien por qué los titulares de vehículos baratos debían salir perjudicados frente a los de mejor fortuna, y aparte de que no es el caso que se produce con la Ley vigente, cabría también decir que esa paradoja podría evitarse si el legislador dispusiese una norma según la cual el hurto de vehículo de motor de menos de 30.000 pesetas no constituyese falta, sino delito, y de esta forma materializar en la apropiación la protección especial de la que goza el vehículo de motor en el uso, por entender que los presupuestos que motivan esa protección en el uso no desaparecen en caso de apropiación. ¿Por qué es posible que según el párrafo 3.º del artículo 516 bis las penas del hurto y del robo sean inferiores a las del propio uso? Entre otras cosas, precisamente porque la mayor protección del vehículo de motor frente a otras cosas muebles en relación con el uso desaparece cuando se trata de apropiación. No existe un precepto específico sobre apropiación de vehículo de motor, correlativo al de uso, porque de ser así, siempre debería ser más grave la apropiación de un vehículo que su simple uso.

remisión penológica por parte del artículo donde está el tipo efectivamente realizado, es decir, el 516 bis, que, acertada o equivocadamente, prevé aquella pena.

V

Y para terminar, unas brevísimas consideraciones *de lege ferenda* y acerca de la efectiva operatividad de esta falta de hurto de uso incluida en la reforma de 1989.

1. Efectivamente puede plantearse la duda de si existen o, mejor dicho, persisten hoy día las razones que originaron que el uso de vehículos de motor fuese punible frente a la atipicidad del uso de cualquier otra cosa mueble (78). Lo cierto es que la legislación vigente se decide por la tipificación de dicho uso con exclusividad. Y se trata sencillamente de una *cuestión de decisión legislativa*. Ahora bien, si se parte de esa base, de que existe el delito de uso indebido o desautorizado de vehículo de motor, considero que el valor de dicho vehículo debería ser irrelevante a los efectos de la calificación como tal delito, de forma que el valor inferior a 30.000 pesetas no debería dar lugar a falta (79).

Una mayor (exclusiva) protección penal del uso de vehículo de motor frente al uso de las demás cosas muebles no implica una ruptura de los principios lógicos de mayor gravedad del hecho de apropiación que del de uso cuando ambas acciones recaen sobre el mismo objeto. En suma, el uso de vehículo de motor nunca podría ser una acción tan o más grave que la apropiación del mismo y, en consecuencia, la pena típica del uso nunca debería ser mayor que la referida a la apropiación (80). Esto lo olvida el legislador de 1989 al decir

(78) Por ejemplo, entre otras muchas cosas, si hoy en día representa el vehículo de motor un valor similar al que tenía en los años 50, cuando se tipificaron estas conductas, o también si en la actualidad no han surgido nuevas cosas muebles que o bien merecerían tanto o más que el vehículo de motor la tipicidad del uso indebido de las mismas, o bien demostrarían que la impunidad de dicho uso podría extenderse también a los vehículos de motor.

(79) Precisamente porque no se trata de un delito de apropiación, sino basado directa e inmediatamente en el uso, donde el valor de la cosa no tiene la misma relevancia que en los casos de apropiación. Esto es lo que lo diferencia de los demás casos: apropiación de otras cosas muebles que, a su vez, también pueden ser «usadas» de forma no autorizada, pero cuya tipificación —cuestión de decisión legislativa— no deriva directa ni inmediatamente de su uso sino de la concurrencia de ánimo de apropiación respecto de ellas.

(80) Creo que sólo de esta forma —como mera cuestión de decisión legislativa, acertada o no— puede entenderse que el diferente valor del objeto determine la existencia de delito o falta en las demás cosas muebles que no sean vehículos de motor. Y sólo así podría entenderse otra argumentación en el sentido siguiente. Si nos preguntamos por qué en la apropiación el valor de la cosa es determinante y no en el uso, puede argumentarse que desde la vertiente del delincuente la menor gravedad del hecho en la apropiación radica en la entidad de la incorporación al patrimonio (la incorpora-

en el artículo 587 que, tratándose de vehículos que valgan menos de 30.000 pesetas, lo mismo da usarlos indebidamente que apropiarse de ellos a los efectos de la pena típica abstracta resultante.

2. Por último, da la impresión de que la tipificación de la falta de uso ilegítimo va a tener una operatividad muy restringida. Dicha falta queda, como se ha visto, ampliamente limitada desde el punto de vista dogmático. Pero a esa limitación hay que añadir otra previa, desde la perspectiva real. Es dudoso que hoy día existan vehículos de motor cuyo valor sea inferior a 30.000 pesetas, y mucho más dudoso todavía si entre ellos se opta por no incluir los ciclomotores (81).

ción de un objeto de mayor valor representa un hecho más grave, y viceversa), lo cual no sucede en el caso del uso: no se produce propiamente una incorporación al patrimonio, sino un mero uso cuya evaluación económica no tiene por qué ser directamente proporcional al valor de la cosa. (Todo ello sin olvidar que a partir de la reforma de 1974 se presta especial atención al interés del perjudicado, pues ya no se admite el abandono sino que se exige la restitución directa o indirecta; lo cual quiere decir que si lo que prima es esa protección más que el uso en sí por el culpable, los perjuicios ocasionados al titular, si es que ellos se quieren tomar también en cuenta para la valoración de la gravedad del hecho, tampoco tienen necesariamente que guardar una relación directa con el valor material del vehículo, sino con lo que éste representa para dicho titular).

(81) Sin entrar en argumentos en este momento, adelanto que considero que los ciclomotores sí son vehículos de motor a los efectos del Código penal; y que lo son sobre la base de la legislación vigente.

El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma

ESTEBAN JUAN PEREZ ALONSO

Profesor de Derecho Penal.
Universidad de Granada

La normativa del Código penal español con relación al delito de lesiones, inspirada fundamentalmente en el Código penal francés de 1810, ha sido hasta ahora básicamente la misma que la contenida en el Código penal español de 1848. Se articulaba de forma confusa y dispersa en el Capítulo IV («De las lesiones») del Título VIII («Delitos contra las personas») principalmente, a través de unos preceptos obsoletos, a los que se les había objetado fundamentalmente:

1. La ausencia de un concepto global de lesiones que se suplía a través de un excesivo casuismo tipológico.
2. Consecuencia de lo anterior, la dificultad para determinar el bien jurídicamente protegido en el delito de lesiones.
3. Un fuerte matiz objetivista en la graduación de la pena en función de la gravedad de la lesión.
4. Consecuencia de lo anterior, la dificultad para calificar los supuestos de preterintencionalidad.
5. Problemas relacionados con la determinación de los medios comisivos.

La doctrina penal, de forma unánime (1), por las razones apuntadas ha venido sosteniendo desde hace años la necesidad de reformar en profundidad el delito de lesiones, y aunque con la Reforma parcial y urgente del Código penal de 1983 se dejó pasar lamentablemente (2)

(1) Vid., por todos ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en «Homenaje al P. Pereda», 1965; BERISTAIN IPIÑA, *Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado*, «Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia», 1971; BERDUGO DE LA TORRE, *El delito de lesiones*. Salamanca, 1982; del mismo autor en: MUÑOZ CONDE-BERDUGO-GARCÍA ARÁN, *La Reforma penal de 1989*. Madrid, 1989; BOIX REIG en: BOIX-ORTS-VIVES, *La reforma penal de 1989*. Valencia, 1989.

(2) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. (Parte Especial). Delitos contra las personas*. Madrid, 1986, p. 171; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*. Barcelona, 1986, p. 70.

una ocasión de singular importancia para haber satisfecho plenamente las exigencias político-sociales y científicas de reforma que se demandaban por necesarias, ahora, a través de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código penal, se pretende dar satisfacción a las mencionadas demandas. No deja de sorprender, por consiguiente, que en el Preámbulo de la Reforma se afirme que se va a «aprovechar la obligada modificación de la falta para proceder a una reestructuración completa de las infracciones penales atañentes a la integridad física», como si no hubiera motivos autónomos, importantes y de fondo para haber llevado a cabo hace tiempo la reforma del delito sin esperar a que se produjera la modificación del Libro III del Código penal.

La Reforma del Código penal de 21 de junio de 1989, que dice justificarse, con carácter general, en la necesidad de adecuar nuestro Derecho penal al principio de intervención mínima, pretende en el terreno específico de las lesiones, acabar «con el envejecido y defectuoso sistema técnico de incriminación en atención a las cuantías, criterio resultativo que prescinde de cualquier valoración político-criminal. Por ello se sustituyen aquellas tipicidades por otras en las que lo determinante no es tanto el tiempo de sanidad de la lesión cuanto los modos y formas de su causación, preservando, como es lógico, la mayor gravedad de la castración, mutilación y esterilización».

Así las cosas, la finalidad de este trabajo es doble. En primer lugar, la de determinar hasta qué punto la nueva normativa se muestra capaz de resolver los problemas a los que anteriormente se ha hecho referencia (ap. I). En segundo término, y a través del estudio de las nuevas tipologías, analizar si con la reforma se han conculcado, entre otros principios penales, no sólo ya el de intervención mínima —en el que dice inspirarse—, sino además el de responsabilidad subjetiva —que curiosamente justifica la reforma de las lesiones—, el principio de proporcionalidad de las penas y el de legalidad (prohibición del «bis in idem») (ap. II). Se analizará, además, la regulación de la falta de lesiones (ap. III), y, por último, me referiré a algunos problemas relativos a la punición de las lesiones causadas por imprudencia (ap. IV).

I

La loable intención del legislador de poner fin a una situación legal insostenible, por contrariar las más elementales exigencias de racionalidad y los principios inspiradores del Derecho penal moderno, se queda a mitad de camino, sin alcanzar la materialización práctica que se propone en su Preámbulo. Veámoslo con detenimiento.

A) El concepto de lesión

La doctrina criticaba a la normativa que recogía nuestro Código penal sobre las lesiones, la carencia de una definición general de lo que había de entenderse por lesión y el uso legal indiscriminado que se hacía de este término con significados diversos (3). Ante tal ausencia conceptual, era sentir doctrinal mayoritario el que propugnaba la creación de un concepto general de lesiones, como tipo básico, sobre el cual se estructurasen tipos cualificados agravatorios y atenuatorios, en función de determinadas circunstancias (medios comisivos, resultados producidos...), con la finalidad de paliar en la medida de lo posible el excesivo casuismo que imperaba en este delito, que parecía no tener otro afán que el de preverlo todo de forma exhaustiva, lo que era técnicamente rechazable, e imposible en la realidad social y jurídica existente (4).

Justamente en esta línea (5), la reforma ha pretendido la suplantación definitiva del casuismo por una sistemática que utiliza un concepto general de lesiones en el artículo 420 del Código penal (6), como tipo básico, sobre el que se estructuran varios tipos agravados, en función del resultado producido —arts. 418, 419 y 421.2— y de los medios utilizados —arts. 421.1 y 3 del Código penal. Tal forma de proceder es básicamente correcta, pero se articula de forma un tanto asistemática, pues, en puridad de principios, sería metodológica y estructuralmente más oportuno abogar por un sistema que comience la reglamentación jurídico-penal de los ataques contra la salud personal estableciendo un tipo básico en donde se recoja la definición general de las lesiones, para después ir derivando de ese delito base los delitos cualificados por los medios peligrosos empleados (desvalor de la acción) y por los resultados graves producidos (desvalor del resultado). Pero, como es fácil observar, ahora se hace justamente lo contrario, primero se establecen los tipos agravados por los resultados graves producidos y por la intencionalidad lesiva directa del

(3) Vid., BERISTAIN IPIÑA, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

(4) Vid., QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*. Vol. I. Barcelona, 1986, p. 74.

(5) Coincide con la del Proyecto de 1980 y la PANCP de 1983. Sobre estos proyectos vid., ampliamente BERDUGO DE LA TORRE, *El delito...*, pp. 87 a 118; del mismo autor, *Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto*. «Documentación Jurídica», vol. I, 1983, pp. 396 a 401; GIMBERNAT ORDEIG, *La parte especial en el Proyecto de Código penal*. «La Reforma Penal y Penitenciaria», 1980, pp. 49 y 50; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, séptima edición. Valencia, 1988, p. 111; QUINTERO OLIVARES, *La Reforma penal en España*. «Documentación Jurídica», vol. I, 1983, p. 18.

(6) El párrafo número 2 del artículo 420 contiene una regla de determinación legal de la pena, que permite a los tribunales aplicar las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 ptas., atendidas la naturaleza de la lesión y las demás circunstancias del hecho. No es un tipo privilegiado de lesiones porque en él no se recoge la descripción objetiva del hecho que se intenta privilegiar, sino que esta disminución penal va referida expresamente al «hecho descrito en el párrafo anterior».

agente (arts. 418 y 419), para después situar el tipo básico de lesiones (art. 420).

Aun a riesgo de equivocarnos, se podría definir a las lesiones como toda conducta, ya sea activa u omisiva, ya sea física (violenta), o moral (no violenta), que produzca un menoscabo o perjuicio en la salud individual de las personas, entendida la salud en sentido amplio, como comprensiva de la integridad corporal, y la salud física y psíquica, en cuanto que estos elementos son necesarios para que la salud sea una de las condiciones previas que posibilitan la participación del individuo en el sistema social (7).

Para valorar la actual normativa es necesario analizar los términos médicos utilizados, como elementos del tipo objetivo, en la definición general de lesiones recogida en el artículo 420 del Código penal, que condicionan la imposición de la pena en él prevista a que «las lesiones requieran para su *sanidad*, además de una *primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico*».

a) La utilización del término «*sanidad*» es improcedente ya que equivale a «calidad de sano o de saludable» (8), e implica el éxito en la restitución de la salud, es decir, significa que la intervención médica ha de conseguir la «*restitutio ad integrum*», el éxito total en el tratamiento médico, dejando al enfermo en idéntico estado de salud que tenía antes de sufrir el menoscabo en su integridad corporal o su salud física o mental.

Con esto, el legislador establece una exigencia desmesurada, que puede dar lugar a resultados desproporcionados, puesto que habrá casos en los que la víctima nunca vuelva a recuperar la «calidad de sano o saludable» que tenía antes de ser objeto de la lesión, no siendo posible entonces aplicar el tipo del artículo 420, porque falta uno de los elementos del mismo, la sanidad en el menoscabo a la salud, aunque quizá sí podría aplicarse otra modalidad del delito de lesiones (9). Y también puede suceder justamente lo contrario, esto es, supuestos de simples faltas de lesiones sin menoscabo alguno de importancia en la salud que, sin embargo, requieran para la «sanidad» un tratamiento médico o quirúrgico (10).

(7) BOIX REIG, señala sobre el concepto de lesión que no se ha avanzado mucho con esta reforma, pues sigue existiendo la misma problemática al respecto y diversidad de criterios sobre el mismo. Vid., *ob. cit.*, pp. 96, 97 y 102.

(8) Cfr., *Diccionario de la Lengua Española*. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, 1984. Vigésima edición; *Diccionario enciclopédico ilustrado de medicina*. «Dorland», 1988. Vigésimo sexta edición.

(9) Esto puede suceder, por ejemplo, en el supuesto de una persona que sea objeto de una agresión física, a consecuencia de la cual se fractura la clavícula, determinando el médico que es preciso la soldadura ósea por medio de una prótesis metálica o cementada. En este caso el sujeto se recuperará de su lesión, pero nunca habrá sanado, puesto que su integridad física no volverá al estado que tenía antes.

(10) Así, por ejemplo, en una disputa callejera, uno de los contendientes propina una bofetada al otro, a consecuencia de la cual le causa un rasguño que tan sólo requiere una primera asistencia médica (desinfección de la herida), pero al cerrar la

Por todo ello quizá hubiera sido más oportuno el empleo del término «curación» en vez de «sanidad», por cuanto aquel no implica una exigencia material tan grande, ya que puede entenderse por curación «el retorno de un enfermo al estado de funcionamiento normal» (11), sin que para ello sea preciso que el sujeto vuelva al estado de salud que tenía con anterioridad a la lesión, sino que la «cura» supone un «tratamiento especial a que se somete un enfermo, sea cual fuere el resultado del mismo» (12). Además, a los profesionales de la medicina se les puede exigir la curación de los enfermos, pero no su sanidad, ya que esto puede ser una exigencia leonina imposible de cumplir en muchos casos, y que dejaría la determinación de la existencia o no de delito al éxito o fracaso de esa actividad profesional y a factores exógenos e imprevisibles, tanto para la voluntad del autor de la lesión, como del arte médico.

b) El «tratamiento médico» podría conceptuarse como «el conjunto de cuidados y remedios que se emplean para obtener la curación o el alivio de una enfermedad, realizado especialmente por medio de agentes medicamentosos (13) o medidas higiénicas y dietéticas, sin recurrir a procedimientos quirúrgicos» (14). También se incluye bajo esta expresión la «medicación», es decir, «el empleo sistemático de uno o varios agentes medicamentosos con el fin de hacer desaparecer un sistema, mejorar una función perturbada o modificar la constitución alterada de un humor o de una parte del organismo», en definitiva es la administración metódica de uno o más medicamentos con fin terapéutico determinado (15).

herida queda una pequeña cicatriz y, por lo tanto, esa lesión necesaria de una operación de cirugía estética para quedar completamente sanada, lo que supondría un tratamiento quirúrgico, y con ello que una simple falta se convirtiera en un delito de lesiones porque sin la intervención quirúrgica no se conseguiría la «sanidad».

(11) Cfr., *Diccionario Enciclopédico de Medicina*. «JIMS», 1982.

(12) Cfr., *Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas*. «Salvat», 1988. Duodécima edición.

De esta manera los ejemplos citados tendrían otra solución más adecuada, ya que en el primero de los supuestos, el sujeto habrá «curado» desde el momento que con la prótesis metálica o cementada la clavícula vuelve a cumplir su función orgánica normal. Esta conducta sería delictiva porque ha sido necesario un tratamiento quirúrgico para su curación. Y en el segundo caso, como sólo se requiere una primera asistencia médica para la «curación», existirá una falta de lesiones.

(13) Por agentes medicamentosos se puede entender cualquier principio, fuerza o sustancia química o biológica capaz de actuar sobre el organismo, teniendo la virtud o efecto de medicamento. Cfr. *Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina*. DORLAND, 1988. Vigésimo sexta edición; *Diccionario de la Lengua española*. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1984. Vigésima edición.

(14) Según se deduce del *Diccionario Enciclopédico de Ciencias Médicas*. L. BRAIER, 1968. Tercera edición.

(15) Definición dada por el *Diccionario Enciclopédico de Medicina*. «JIMS», 1982. Por «medicamento» se entiende «cualquier sustancia, simple o compuesta que, aplicada interior o exteriormente al cuerpo del hombre o del animal, puede producir un efecto curativo». *Diccionario de la Lengua española*. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1984. Vigésima edición.

c) El «*tratamiento quirúrgico*» puede definirse como «la asistencia y cuidado de un paciente con la finalidad de combatir las enfermedades o los trastornos, caracterizada por el empleo principal de métodos quirúrgicos, o medios de la cirugía», entendiéndose por tal «la curación de las enfermedades por medio de operaciones con la mano, provista generalmente de un instrumento adecuado. Medicina operatoria: arte de tratar las enfermedades por medios operatorios, cruentos o no, en el que la habilidad manual representa una condición indispensable» (16).

d) La «*primera asistencia facultativa*» se puede definir como «la primera acción de prestar socorro, cuidado o ayuda perteneciente a la facultad o poder que tiene el médico, para cuidar y procurar la curación de un enfermo» (17), es decir, se trata de la primera intervención asistencial necesaria sobre un lesionado realizada por un médico para cuidarlo en vía de urgencia y procurar la curación del enfermo, sin que sea preciso una asistencia continuada en el tiempo a través de medicación o mediante el empleo de la cirugía, sino que simplemente consiste en un sólo tratamiento de curación. Así pues, se podría definir de forma negativa como aquella única acción necesaria de cuidado y procurativa de la curación de una enfermedad o trastorno realizada por un médico o facultativo de la medicina, sin que sea preciso tratamiento médico o quirúrgico.

Consecuencia de todo ello es que para que no se produzca la derogación tácita de la falta de lesiones por inaplicación de la misma, sería necesario llevar a cabo una interpretación extensiva de la expresión «primera asistencia facultativa», mientras que el vocablo «tratamiento médico» debería ser objeto de una interpretación restrictiva: son muchas las lesiones leves que requieren medicación prolongada y, en concordancia con la definición dada de tratamiento médico, quedarían incluidas en él, pasando, por tanto, al ámbito del delito de lesiones (18). Ante tal situación, que puede ser muy corriente, parece oportuno establecer un límite mínimo objetivo, según el cual habrá una primera asistencia médica cuando intervenga por primera vez el médico y no sea necesaria una acción médica posterior. El término «tratamiento quirúrgico» no plantea excesivo problema, pues supone el empleo de medios quirúrgicos (ej., aplicación de uno o más puntos de sutura sobre una herida).

(16) Cfr. *Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina*. DORLAND, 1988. Vigésima edición; *Diccionario Enciclopédico de Medicina*. «JIMS», 1982.

(17) Definición que deducimos del *Diccionario de la Lengua española*. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 1984. Vigésima edición.

(18) Así, por ejemplo, en el supuesto de que se produzca una lesión que no requiera tratamiento quirúrgico, sino simplemente asistencia facultativa consistente en la desinfección y vendaje de la herida, aconsejando el médico al lesionado que cambie todos los días la venda, previa aplicación de un antiséptico. Esta operación realizada por el herido podría considerarse como tratamiento médico, en cuanto se está aplicando una medicación recetada por facultativo.

B) El bien jurídicamente protegido

Tradicionalmente se venía sosteniendo que el bien jurídico protegido en el delito de lesiones era doble: la integridad corporal, como conjunto de todos los miembros y órganos del cuerpo humano, y la salud, entendida como ausencia de enfermedad física o psíquica (19). Junto a esta postura clásica, hay dos posiciones doctrinales que han tenido como común denominador el reconocimiento de un bien jurídico «único» en el delito de lesiones. La primera, minoritaria en nuestra doctrina científica, está representada por Beristain Ipiña (20), quien propugna una ampliación del bien jurídico, mediante la inclusión del «maltrato de obra» en el concepto de lesión. La segunda corriente doctrinal considera que el único bien jurídico protegido es la salud personal, entendida en su doble acepción física y psíquica. Tras esta idea básica, que últimamente ha devenido en doctrina mayoritaria, se encuentran toda una gama de opiniones doctrinales, que en definitiva, sólo encierran algunas diferencias de matiz sobre cual sea el contenido de la salud o integridad personal, como objeto jurídico único protegido en el delito de lesiones (21).

La nueva redacción del artículo 420 del Código penal parece que adopta esta última concepción sobre el bien jurídico —salud individual de las personas— cuando expresamente se refiere a «una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental», por lo que quedarían excluidos los malos tratos de obra del contenido

(19) Lo que parecía encontrar apoyatura legal en el artículo 427 del Código penal, donde se hace referencia expresa a la «salud e integridad física de los obreros». Vid., RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho penal español. Parte Especial*. Duodécima edición. Madrid, 1989, pp. 132 y 133; MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, pp. 96 y 97; BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 172.

(20) Vid., ampliamente *ob. cit.*, pp. 14 a 19. Según este autor el bien jurídico protegido es el «bienestar personal», entendido como un objeto jurídico, que comprendería tres dimensiones a proteger: la incolumidad, la salud y la integridad corporal de las personas.

(21) Vid., por todos el exhaustivo estudio realizado por BERDUGO DE LA TORRE, *El delito...*, pp. 15 a 41. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 70, señala que «la salud es un bien jurídico de carácter complejo, en el cual queda englobada la integridad corporal, y que actualmente debe conceptuarse conforme a la OMS (Organización Mundial de la Salud) como un estado de bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedad o invalidez». En cualquier caso, debe puntualizarse que se refiere siempre a la salud individual de las personas, pues si el ataque contra la salud fuese colectivo, estaría en juego otro bien jurídico: la salud pública (arts. 341 a 348 bis). Además, comprenderá a la integridad corporal, exclusivamente en los casos en que no resulte perjudicial para el mantenimiento o recuperación de la salud, pues en ocasiones una acción que causa un menoscabo en el sustrato corporal, supone objetivamente una mejora en la salud. Vid., OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, *La reforma del consentimiento en las lesiones*. «Comentarios a la Legislación Penal», t. V, vol. 2, 1985, pp. 941 a 944; COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, en COBO-VIVES-BOIX-ORTS-CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial*. Valencia, 1988, pp. 575 y 576; MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, p. 96; BOIX REIG, *ob. cit.*, pp. 97 y 98.

del objeto jurídico protegido en este delito (22). Sin embargo, en una manifestación de asistematismo y de falta de coherencia interna en la normativa legal, el artículo 582 del Código penal tipifica tanto la falta de lesiones (párrafo primero), como la de malos tratos (párrafo segundo), lo que parece dar a entender que ambas tienen el mismo bien jurídico. Pese a todo parece preferible el punto de vista de que a través de la falta de lesiones se protege la salud individual de las personas, mientras que la falta de maltrato de obra se orienta a la protección de la dignidad personal como presupuesto básico para el ejercicio pleno del derecho a la libertad.

C) El fuerte matiz objetivista en la graduación de la pena en función de la gravedad de la lesión

Otra cuestión importante a destacar en la reforma es el intento de aproximación a la definitiva exclusión de la responsabilidad objetiva en el delito de lesiones, desde el momento en que se abandona el sistema anterior de determinación de la gravedad del delito en base a la gravedad de las lesiones producidas, que, a su vez, venían concretizadas fundamentalmente en función del tiempo necesitado para la curación de la lesión o en el que se había estado impedido para el trabajo.

Ese sistema era poco respetuoso con el principio de responsabilidad subjetivista, en cuanto que resultaba muy difícil determinar subjetivamente la realización entre el autor y la lesión producida, haciendo depender la sanción penal de factores aleatorios y exógenos a la voluntad del delincuente y a la realidad del delito (23).

Para evitar esto, el legislador ha concedido en la reforma un amplio arbitrio a los tribunales, que podrán sancionar las lesiones con las penas de prisión menor, arresto mayor o multa, atendidas la naturaleza de la lesión y las demás circunstancias del hecho. Pero al mismo tiempo, en la reforma se insiste —en la línea propugnada por Cerezo Mir (24)—, en distinguir el delito y la falta de lesiones sobre

(22) En este mismo sentido se expresa BERDUGO DE LA TORRE, *La reforma...*, pp. 78 y 79.

(23) Vid., MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, p. 105; QUERALT JIMÉNEZ, *ob. cit.*, p. 88; BERDUGO DE LA TORRE, *El delito...*, pp. 89 y 90. Además, como bien señaló GIMBERNAT ORDEIG, en *¿Tiene un futuro la dogmática penal?* «Monografías jurídicas», núm. 29, 1983, pp. 3 a 45, con este tipo de regulaciones el Derecho penal no puede «motivar» a los ciudadanos mediante la amenaza penal, si ésta no toma en consideración la voluntad de los sujetos respecto al resultado producido.

(24) Este criterio lo propuso CEREZO MIR como alternativo al límite objetivo establecido en el Proyecto de 1980 y la PANCP de 1983, que distinguían el delito de la falta en función de que la lesión hubiera requerido para su sanidad ocho o más días o se hubiera estado incapacitado para el trabajo por igual periodo de tiempo. Este límite objetivo era merecedor de las mismas críticas atribuidas a la normativa que pretendían sustituir, y debido a eso, propuso este criterio acogido ahora, que pese

la base del criterio de que las lesiones requieran para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. Pero quizá este nuevo criterio no ha conseguido totalmente la finalidad pretendida, ya que si bien supone un ataque frontal al objetivismo imperante en las lesiones, la responsabilidad del autor a título de falta o de delito sigue dependiendo de factores aleatorios y exógenos a la voluntad del mismo y a la realidad del delito, al ser difícil determinar si el sujeto tenía intención de causar una lesión que necesitara sólo una primera y única asistencia facultativa o, quizá también, tratamiento médico o quirúrgico.

A esto debe añadirse que la consecuencia más importante del criterio sentado para distinguir el delito de la falta de lesiones es la de ampliar el ámbito sancionable en las lesiones, dado que muchas de las faltas pasarán a ser delitos con la nueva regulación (25). Así pues, si el problema del criterio limitativo entre falta y delito en las lesiones queda reducido a dar mayor o menor tutela penal a los menoscabos producidos en la salud personal (mayor o menor injerencia del Derecho Penal), no cabe duda que con la sistemática acogida se amplía el ámbito de lo punible a título de delito en las lesiones, y, por consiguiente, se está vulnerando directamente uno de los principios limitadores del Derecho Penal, que según el Preámbulo de la Ley de Reforma es, paradójicamente, el inspirador fundamental de esta reforma: el principio de intervención mínima.

D) La dificultad para calificar los supuestos de preterintencionalidad

Con la legislación ya derogada surgía la cuestión de si en los casos de preterintención el resultado objetivamente producido debía imputarse a título de dolo, atenuando la pena a través de la circunstancia

a todo es mejor que el de los ocho días de los proyectos, por ser más respetuoso con el principio de responsabilidad subjetiva. Quizá por eso también, en la enmienda número 1.002 de las presentadas al Proyecto de 1980, el Grupo Parlamentario Comunista propugnó la sustitución del insatisfactorio y arbitrario límite objetivo, por un criterio valorativo: «(que la) lesión sea de cierta entidad». Pero esta propuesta, si bien era más respetuosa con el principio de culpabilidad, al utilizar un criterio valorativo pendiente de determinación judicial, podía vulnerar el principio de legalidad. Cfr. CEREZO MIR, *Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica del Código penal*, en «La Reforma Penal y Penitenciaria», 1980, pp. 213 y 214; del mismo autor, *Observaciones a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal*, en «Documentación Jurídica», vol. 1, 1983, pp. 54 y 55.

(25) Como señala BERDUGO DE LA TORRE, *El delito...*, p. 97; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio*. Conferencia pronunciada el día 6 de noviembre de 1989 en la Jornadas de estudio sobre el nuevo Código penal, celebradas en Granada, pp. 7 y 8 (texto aún inédito). Este autor señala que este incremento de la represión se justifica en razones de prevención general, ya que el legislador considera «que el nuestro es un país donde la violencia física surge con excesiva facilidad».

número 4 del artículo 9 del Código penal (26) o si, por el contrario, como entendían algunos autores, al ser el delito de lesiones un simple delito de resultado material, en el que éste es un elemento más del tipo objetivo, del que no se puede responder a título de dolo salvo que esté abarcado por él, en tales casos, de discrepancia entre la voluntad de realización del tipo de injusto y el resultado efectivamente producido, la solución debía ser la del eventual concurso ideal de delitos (art. 71 del Código penal) (27).

Aunque con la reforma pierde afortunadamente actualidad este problema, hay que destacar, sin embargo, que —como vimos— la expresión «tratamiento médico o quirúrgico» utilizada por el legislador para diferenciar el delito de la falta, es una modalidad del resultado del delito y, por tanto, un elemento más del tipo objetivo de injusto en las lesiones que, como tal, ha de estar abarcado por el conocimiento y voluntad del sujeto activo.

Los supuestos de discrepancia entre la voluntad lesiva del autor y el resultado producido se resolverán: a) por vía del concurso aparente de normas, cuando el autor queriendo causar lesiones que requieren tratamiento médico o quirúrgico cause lesiones que no requieren tal intervención médica; en este supuesto deberá responder criminalmente sólo como autor de un delito de lesiones en grado de tentativa acabada o inacabada (según los casos), ya que este delito consumirá la falta de lesiones (28); b) por vía del concurso ideal de delitos (art. 71 del Código penal) si, por el contrario, el sujeto activo queriendo causar lesiones de las que no requieren tratamiento médico o quirúrgico causa de forma previsible lesiones que si lo requieren; en este caso deberá responder criminalmente como autor de un delito de lesiones por imprudencia en concurso ideal con una falta dolosa de lesiones. Pero en ninguno de estos dos supuestos podrá aplicarse la circunstancia atenuante de preterintencionalidad (art. 9.4 del Código penal), pues ello supondría imputar a título doloso un resultado no abarcado por el dolo.

(26) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pp. 153 y 154, además sostiene que cuando con dolo de lesionar se causa la muerte, estamos en presencia de una «hipótesis de aberratio entre el curso causal real y el representado, en los que lo decisivo para la calificación es el dolo del autor. Por consiguiente, si con dolo de lesionar se mata, el delito será de lesiones». En contra MAQUEDA ABREU, *El principio de responsabilidad-subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la Reforma del Código penal de 25 de junio de 1983*, «CPC», núm. 31, 1987, pp. 185 a 261.

(27) Vid., por todos, ZUGALDIA ESPINAR, *La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual*, «ADPCP», 1986, pp. 395 a 422, y la amplia bibliografía que allí se cita.

(28) Esta solución del concurso de leyes es la misma que se adopta para el caso del sujeto que con intención de causar la muerte, tan sólo consigue lesionar a la víctima. Aquí lo importante es la voluntad homicida del sujeto activo y, por tanto, se sancionará como homicidio frustrado o tentado (según los casos) y no como lesiones consumadas.

No encuentra fácil explicación el hecho de que todavía subsista la mencionada circunstancia de preterintencionalidad, como mecanismo paliativo del «versare in re illicita», pues tras la Reforma parcial y urgente del Código penal de 1983 no podía ser de aplicación ni a los supuestos de preterintencionalidad homogénea, ni heterogénea, ni a los supuestos en que el resultado típico era abarcado por dolo eventual, como pretenden algunos autores (29). Y ante la subsistencia de esta circunstancia de atenuación, sólo nos cabe pensar dos cosas: o ha sido un olvido inconsciente del legislador, la supresión definitiva de este paliativo del versarismo, o, lo más probable quizá, que haya sido un olvido legislativo consciente, con la finalidad de que esta atenuante se aplique a los supuestos de dolo eventual (30). Pero exceptuando de su ámbito aplicativo los supuestos dolosos eventuales que se produzcan en el delito de lesiones, ya que, si queremos encontrar algún sentido a la reforma en este punto, no queda más remedio que pensar que el legislador ha establecido otro mecanismo paliativo al objetivismo de forma expresa, esperemos que más efectivo, mediante la concesión de un mayor arbitrio judicial, cuando otorga la facultad a los órganos jurisdiccionales penales de imponer la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas, atendiendo para esta disminución punitiva a la naturaleza de la lesión y a las circunstancias del hecho descrito, según establece el párrafo número 2 del artículo 420 del Código penal.

E) El problema de los medios de comisión en las lesiones

La normativa anterior a la reforma planteaba el problema de si existía o no limitación de los medios comisivos en el delito de lesiones, pues mientras que los preceptos referidos a las lesiones no graves no contenían exigencia alguna a este respecto, los artículos 420 y 421 —referidos a las lesiones graves— describían estrictamente los medios de comisión de las conductas típicas. Esto parecía indicar en estricta legalidad, que las lesiones graves sólo se podían realizar a través de los medios previstos en los preceptos indicados, por lo que quedarían impunes si se causaban por medios distintos a los establecidos legalmente (lesiones provocadas por medios omisivos, actividades lesivas de carácter no violento —medios morales o psíquicos— y contagios de enfermedades infecciosas) (31).

(29) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, páginas 77 y 78; BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 183 y 184. En contra, ZUGALDIA ESPINAR, *ob. cit.*, pp. 401 a 404.

(30) Vid., nota anterior.

(31) Vid., ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pp. 778 a 780; BERISTAIN IPIÑA, *ob. cit.*, páginas 24 a 27; BERDUGO DE LA TORRE, *El delito...*, pp. 45 a 55; BUSTOS RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 74; COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, *ob. cit.*, pp. 577 y 578; SAINZ CANTERO, *El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas*, «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 176-177, 1967.

El concepto de lesiones recogido en el artículo 420 del Código penal, resuelve definitivamente este problema, puesto que tipifica el delito de lesiones con una fórmula amplia: «el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión». De ahí se deduce claramente que ahora son admisibles todo tipo de medios comisivos, incluyendo, también, los medios psíquicos, los omisivos y el contagio de enfermedades (32).

II

Fiel a la criticable tradición de hacer uso y abuso de los tipos agravados en una gran cantidad de delitos, el legislador introduce también en el delito de lesiones junto a un tipo básico, tres tipos agravados en función principalmente de los medios comisivos y del resultado producido.

a) *Agravaciones por los medios comisivos*

Vienen recogidas en los apartados 1 y 3 del artículo 421 del Código penal, englobando tres tipos diversos de cualificaciones:

a') En el primero de estos apartados, que es copia literal del Proyecto de 1980 y de la PANCP, se establecen dos agravaciones: una referida a la peligrosidad de los medios o instrumentos empleados para atentar contra la salud personal y otra atañente a la actitud subjetiva del autor de la lesión. Respecto a la primera de estas agravaciones hay que señalar que se utilizan términos de la máxima amplitud, susceptibles de abarcar cualquier medio comisivo en el delito de lesiones, incluso los más inimaginables, implicando todos ellos la aplicación de la pena del tipo básico (prisión menor) en grado medio a máximo. Parece probable que, con esta técnica legislativa, el tipo base de las lesiones (art. 420.1) no va a ser de aplicación en la mayo-

(32) En este sentido se expresa MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial. Apéndice* (puesta al día de la séptima edición). Valencia, 1989, p. 4; BERDUGO DE LA TORRE, *La reforma...*, pp. 79 y 80; BOIX REIG, *ob. cit.*, pp. 94, 100 y 101, se manifiesta genéricamente de igual modo, pero hace una matización de carácter terminológico en el sentido de que hubiese sido mejor que «el nuevo artículo 420, párrafo 1 no se hubiera referido a los medios comisivos, aludiendo tan sólo a “el que curase...”, ya que tal referencia puede ser entendida como “una restricción de la comisión por omisión. La referencia a empleo de medios o procedimientos parece indicar un quehacer, un actuar en nada compatible con la omisión”». De todas formas me parece que ésta es una cuestión sin especial trascendencia, pues el legislador al referirse expresamente a los medios comisivos parece atajar directamente el problema antes existente, y tal referencia no ha de significar en modo alguno una incompatibilidad absoluta con la omisión, pues se habla de «medios o procedimientos» que causen lesiones, y en estos términos es perfectamente encuadrable la omisión, dado que el no actuar en un determinado caso puede ser el «medio o procedimiento» de causar una lesión.

ría de los casos, ya que al examinar los medios de comisión agravatorios puede observarse que son tantos y tan extensos los términos con que se expresan que cabe todo, desde la producción de un menoscabo en la salud psíquica por un «susto» sobre la víctima, hasta un menoscabo en la integridad corporal, con iguales efectos, por la explosión de un artefacto.

Esta grave situación, que puede suponer la agravación sistemática y continuada de todos los delitos de lesiones, exige de un esfuerzo interpretativo y de imaginación para buscar criterios restrictivos y correctores a la aplicación indiscriminada de estos tipos agravados. Por tal motivo, se considera oportuno realizar una interpretación absolutamente restrictiva del concepto «arma o instrumento peligroso» para no comprenderlo con la amplitud que viene siendo entendido en el artículo 501, in fine del Código penal, en el delito de robo (33).

A tal fin, hay que señalar en primer término, que el fundamento de esta agravación se debe buscar en la mayor peligrosidad que para las víctimas supone el empleo de determinados medios de comisión, en el riesgo que todo uso de armas u otros instrumentos peligrosos comportan y no en la gravedad de la misma (34). Y «los graves daños

(33) Vid., sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1981; 16 de diciembre de 1982; 25 de noviembre de 1983; 26 de mayo de 1984; 8 de mayo de 1987; 28 de octubre y 14 de diciembre de 1988.

(34) Por tanto se puede decir que nos encontramos ante un tipo agravado de peligro, referido a un delito básico de resultado material (art. 420 del Código penal) dado que es suficiente con que el medio peligroso empleado suponga un mayor riesgo de lesión para el bien jurídico protegido para que se aplique la agravación, siempre y cuando se haya producido el resultado lesivo. Pero esta peligrosidad del medio ha de demostrar realmente la posibilidad de un mayor riesgo para la salud individual, es decir, que supone un tipo agravado de peligro concreto donde ha de exigirse la prueba de que efectivamente ese medio utilizado pone en peligro el objeto jurídico protegido en las lesiones. BERDUGO DE LA TORRE, *La reforma...*, pp. 85 a 88, señala en este sentido «que estamos ante una estructura mixta de delito de lesión, en cuanto que requiere un efectivo menoscabo en la integridad corporal o salud física o mental, aunque no exija tratamiento médico o quirúrgico, y de delito de peligro, en cuanto la agravación aparece vinculada a la posibilidad de que hubieran producido resultados más graves de los que efectivamente se produjeron, "susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado"». Este autor sostiene también que es un tipo de peligro concreto. En este mismo sentido se expresa BOIX REIG, *ob. cit.*, pp. 110 y 111, quien además apunta una serie de premisas que habrán de concurrir para que pueda ser objeto de aplicación esta agravación, concretamente exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- «1. Producción de lesión del artículo 420.
2. Medios utilizados objetivamente peligrosos y susceptibles de ocasionar un grave daño.
3. En el caso concreto, y como consecuencia de la utilización de tales medios, modos y formas, se ha puesto efectivamente en peligro al sujeto pasivo con riesgo de grave daño.
4. Dicho grave daño, de producirse, hubiera supuesto un resultado lesivo de entidad superior al ocasionado y, al menos, subsumible en los resultados lesivos de los artículos 418, 419 o 421,2 y por supuesto de la vida.
5. El sujeto activo debe ser conocedor de dicho peligro concreto, aceptando sus consecuencias, si bien no queriéndolas directamente, pues en tal caso no sería aplicable

en la integridad del lesionado» a que se refiere el artículo 421.1 del Código penal, se pueden entender como un criterio complementario y restrictivo en la definición de los medios peligrosos agravatorios, que en caso de no tener tal virtualidad dañina no agravarán la pena, siendo entonces éstos los medios normales de comisión del delito básico de lesiones.

Además, ha de ser un medio que aumente notoriamente el poder lesivo del autor sobre la víctima hasta el punto de dejarla indefensa. A modo indicativo puede señalarse, para la aplicación de este tipo agravado, que el medio peligroso utilizado tenga una alta potencialidad destructiva o lesiva para la salud y vida de las personas, no ya entendida sólo de forma individual, sino referida aquí a instrumentos o medios capaces de crear riesgos para una colectividad de personas —como por ejemplo, colocación de explosivos, utilización de gases tóxicos, etc. Todos estos criterios aportados deberán estar presididos lógicamente por la capacidad cognoscitiva y volitiva de la persona que hace uso de los mismos. Por último, indicar, de «lege ferenda», que sería conveniente y oportuno, por respetuoso con la seguridad jurídica de los ciudadanos, el establecimiento de un catálogo cerrado pero amplio, de los medios objetivamente peligrosos que pueden provocar la agravación de la pena (35).

Esta problemática sobre la agravación por los medios peligrosos empleados puede ser también evitada mediante el procedimiento de entender que la agravación del artículo 421.1 del Código penal es contraria a la Constitución por conculcar el principio del «ne bis in idem», íntimamente unido al de legalidad establecido en el artículo 25 de la Constitución española y el principio de proporcionalidad de las penas o prohibición de exceso recogido en el artículo 15 de la Constitución española.

Esta normativa vulnera el principio de legalidad (prohibición del «bis in idem»), cuyo significado básico y material consiste en que «nadie puede ser castigado dos veces por la misma infracción». Como se ha señalado, nuestro legislador hace una doble consideración de los medios comisivos, en el artículo 420 y 421.1 del Código penal y, en base al principio de inherencia consagrado en el artículo 59 del Código penal, no puede producir el efecto de agravar las penas las circunstancias que hayan sido tenidas en cuenta por el legislador a la hora de sancionar el hecho en sí, o que estén unidas al delito de tal forma, que sin la concurrencia de las mismas no pueda cometerse.

esta agravación, sino que se respondería en concepto del delito que realmente se quería cometer.»

En contra de la consideración de este tipo como delito de peligro concreto se expresa QUINTERO OLIVARES, *Conferencia, cit.*, p. 17.

(35) Vid., BERDUGO DE LA TORRE, *El delito...*, pp. 104 a 109; del mismo autor, *Las lesiones...*, pp. 396 a 402.

Así pues, como señala el Tribunal Supremo (36), en las circunstancias agravantes por los medios comisivos es necesario poder detectar un mayor contenido de injusto (un «plus» de antijuricidad) concretado en que dicho medio conlleva una repulsa social mayor de la que lleva en sí la infracción misma. Y esto es lo que no ocurre en el delito de lesiones utilizando armas (37), como señala Zugaldía Espinar: «primero, porque para causar intencionadamente una lesión a otro es lógico y normal que el autor utilice “medios peligrosos para la salud” del agredido; segundo, porque si se utiliza un medio peligroso en la agresión y el peligro emergente de la acción no se concreta en una mayor lesión del bien jurídico, la situación puede ser perfectamente valorada por el Tribunal haciendo uso del amplio arbitrio que le concede el párrafo 2 del artículo 420. Por el contrario, si el peligro emergente de la acción se concreta en una mayor lesión del bien jurídico, cabe la posibilidad de que entre en juego el tipo agravado del número 2 del artículo 421 del Código penal. La circunstancia de agravación de uso de armas del número 1 del artículo 421 del Código penal, por consiguiente, *no tiene nada autónomo que valorar*» (38).

Esta agravación por el medio peligroso utilizado parece que puede infringir también el principio de legalidad por otro motivo, dado que se utilizan términos poco precisos para describir el supuesto de hecho objetivo que fundamenta la agravación de la pena. Es una cláusula penal indeterminada que sólo puede ser concretada judicialmente, lo que parece ser poco respetuoso con el mandato de certeza y determinación de la Ley penal que se deriva del principio de legalidad. Y a mayor abundamiento, por esta vía se podría llegar también a la infracción del principio constitucional de igualdad ante la Ley, debido a la nueva reestructuración de los procesos legales, las causas por lesiones agravadas por los medios peligrosos empleados van a termi-

(36) Cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1981 y 2 de junio de 1983.

(37) Creemos que sucede aquí algo similar a lo que plantea la agravante de uso de armas en el robo con homicidio del artículo 501.1 e «in fine» del Código penal, en donde, como es sabido, la violencia e intimidación es el fundamento del robo del artículo 501, y elemento diferenciador del hurto y robo con fuerza en las cosas. Además al crearse el tipo complejo de robo con homicidio se vuelve a tener en cuenta esa violencia e intimidación, pues es difícil pensar en un homicidio en donde no aparezca alguno de estos caracteres. Y por si fuera poco, vuelve a ser objeto de consideración la violencia e intimidación para agravar la pena cuando se usen armas en el robo y en el homicidio, como si las violencias necesarias para el robo o la muerte de una persona pudieran causarse por métodos distintos a los amplios conceptos de armas o medios peligrosos utilizados por el legislador y acuñados por la jurisprudencia casi unitaria del Tribunal Supremo.

(38) Vid., ZUGALDIA ESPINAR, *Actualización y despenalización. Procesos inculpativos y desincriminadores en las leyes penales. Principios inspiradores de la reforma*. Conferencia pronunciada el día 6 de noviembre de 1989 en las Jornadas de estudio sobre el nuevo Código penal, celebradas en Granada, pp. 9 a 11 (texto aún inédito).

nar en apelación en las distintas Audiencias Provinciales, al ser conminadas con la pena de prisión menor, y, por tanto, no habrá unidad de criterios judiciales sobre el contenido de estos términos, lo que va a dar lugar a que los mismos hechos delictivos sean sancionados con distintas penas (39).

Respecto al *principio de proporcionalidad de las penas*, las agravaciones por los medios utilizados acogidas en la reforma no son aptas para alcanzar el fin propuesto (protección de la salud personal) ni conforme con él, desde el momento en que se pueden sancionar con la misma pena hechos delictivos de distinta gravedad (40). Con estas agravaciones no se alcanza la menor injerencia posible del Derecho Penal, sino todo lo contrario, ya que se recurre a la pena criminal y a su excesiva gravedad sin justificación suficiente en la necesidad de tutela. Además, no hay ponderación entre la «carga coactiva» de la pena y el fin perseguido mediante la conminación penal, en cuanto que esta proporcionalidad se determina en función de la gravedad del delito cometido, es decir, por el contenido del injusto, mal causado y reprochabilidad del sujeto.

b') El apartado número 1 del artículo 421 del Código penal recoge otra cualificación por el medio empleado en la lesión, consistente en instrumentos, métodos o formas que sean «*reveladoras de acusada brutalidad en la acción*». Esta agravación, es criticable desde el momento que tiene en consideración caracteres personales y formas de ser de los individuos para agravar la pena y esto, que es característico del Derecho Penal de autor, no es admisible en modo alguno en un Derecho Penal sujeto al principio del hecho. Por esto quizá, el Grupo Parlamentario Comunista propuso en la enmienda 1.003 de las presentadas al Proyecto de 1980, la sustitución del texto originario por la rechazable referencia a la acusada brutalidad del agresor (41), pero como se puede observar, casi una década después se siguen manteniendo los mismos planteamientos subjetivistas de antaño, aunque disfrazados de una mejora técnica en la redacción, dado que ahora se alude a la acción y no directamente el autor de la misma (42).

(39) Debido a la amplia fórmula legal adoptada para referirse a los medios de comisión en las lesiones, en principio, cualquier instrumento peligroso (ej. un palo) puede ser valorado como el medio idóneo para realizar el tipo básico del artículo 420 del Código penal, o bien como uno de los medios peligrosos recogidos en el tipo agravado del artículo 421.1 del Código penal, de tal forma que la misma conducta de lesionar con un palo puede ser sancionada en la Audiencia Provincial de Granada con la pena del artículo 420 del Código penal y en la Audiencia Provincial de Burgos con la pena agravada del artículo 421.1 del Código penal.

(40) En virtud de los artículos 420, 421.1 y 582 se puede sancionar con la misma pena de prisión menor en grado medio a máximo, el hecho de causar una lesión con un instrumento peligroso, con independencia de que requiera o no tratamiento médico o quirúrgico.

(41) Vid., BERDUGO DE LA TORRE, *El delito...*, pp. 109 y 110.

(42) En este sentido, vid., BOIX REIG, *ob. cit.*, pp. 111 y 112; BERDUGO DE LA TORRE, *La reforma...*, p. 89.

c') El número 3 del artículo 421 del Código penal establece otra agravación por el medio utilizado («*si se hubiere empleado tortura*»), que aparecía ya en el artículo 150.3 de la PANCP, teniendo su origen en las enmiendas número 435 y 438 de las presentadas al Proyecto de 1980 por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso. Esta agravación plantea el problema de determinar si la expresión «tortura» se utiliza como un elemento normativo del tipo o como un elemento valorativo-cultural del mismo.

En el primer caso, si la intención del legislador ha sido la de utilizar el término «torturas» como un elemento normativo del tipo que requiere una valoración jurídica, se quiere hacer referencia al delito de tortura tipificado en el artículo 204 bis del Código penal, en donde se acoge su sentido técnico y originario en el ámbito de los delitos de funcionarios (43). Y de esta manera, el Código penal recoge a las torturas como un delito especial impropio (44), cuya comisión sólo puede ser llevada a cabo por alguno de los funcionarios a que se refiere el artículo 204 bis del Código penal, y, por tanto, no puede admitirse a los particulares como posibles sujetos activos del mismo (45). Con esta agravación en el ámbito de las lesiones se produciría el efecto contraproducente de restringir el arbitrio judicial que concede el artículo 421 del Código penal, ya que el precepto regulador de las torturas prevé que cuando se causen lesiones por medio de las torturas, sean sancionadas con las penas señaladas al delito de lesiones en grado máximo, y de esta forma no se podría imponer el grado medio de prisión menor que permite el artículo 421.3 del Código penal. Y en esta línea interpretativa, «sólo quedaría como explicación razonable del tipo agravado de lesiones empleando tortura, que el legislador haya pretendido, exclusivamente, evitar que en los casos de tortura del artículo 204 bis los Tribunales puedan rebajar en grado la pena de prisión menor del artículo 420.1 del Código penal —cosa que resultaría de todos modos extremadamente difícil si el Tribunal tiene que “razonar” sobre la base de la naturaleza de la lesión y de “las circunstancias” en las que se produjo el hecho» (46).

Por el contrario, si el legislador ha utilizado el término «torturas» como un elemento valorativo-cultural del tipo, creemos oportuno acudir

(43) En este sentido técnico la tortura podría definirse, según lo hace el artículo 1 del V Congreso de la ONU para la prevención del delito y tratamiento del delincuente (Ginebra, 1 de septiembre de 1975), como «todo acto de dolor y sufrimiento severo, físico o mental infligido a alguien intencionalmente por un oficial público o por su instigación, dirigido a obtener información o confesión de aquél o de un tercero, a castigarle por algo que ha hecho o que se sospecha que ha perpetrado, o a intimidar al mismo o a tercero».

(44) Vid., MAQUEDA ABREU, *La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes*, «ADPCP», 1986, p. 451; MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, pp. 620 a 623.

(45) Vid., MAQUEDA ABREU, *La tortura...*, p. 455.

(46) Vid., ZUGALDIA ESPINAR, *Conferencia, cit.*, pp. 8 y 9.

al ámbito del delito de robo con violencia e intimidación en las personas, para la comprensión de su significado, puesto que el artículo 501.4 del Código penal va referido al «robo acompañado de tortura», y aquí se emplea este término en sentido vulgar, entendiéndose por tal, según Vives Antón, «la causación de un sufrimiento intenso, físico o moral, finalísticamente dirigida a perfeccionar el acto de apoderamiento» (47) —en nuestro caso, a perfeccionar el menoscabo en la integridad corporal o salud física o mental—, en definitiva debe de comprenderse como «provocación de malos tratos y de dolor para la consecución del delito» (48). Pero al llegar a este punto se podría abogar por la conveniencia de la no aplicación vulgar del término «torturas», sino que tan sólo deberían de aparecer en el Código penal respecto a los delitos de funcionarios públicos, quedando reducido su ámbito de aplicación al artículo 204 bis, pues sólo este precepto emplea el término con su sentido técnico originario. Además el Código penal contiene instrumentos adecuados para valorar suficientemente cualesquiera conductas de maltrato, de daños o de violencias innecesarias, cuando concurra alevosía (art. 10.1), ensañamiento (art. 10.5), abuso de superioridad (art. 10.8), o, en su caso, desprecio a la dignidad del ofendido (art. 10.16) (49). Por todo lo cual, creemos que sería oportuno el rechazo de las torturas tanto del delito de robo con violencia e intimidación en las personas, como de las lesiones.

b) *Agravaciones por el resultado*

La nueva redacción de los preceptos referidos a las agravaciones por el resultado en las lesiones es copia literal de la normativa que establecía el Proyecto de 1980 y la PANCP de 1983 sobre esta materia. Por tanto, sistematizaremos esquemáticamente la tipología de resultados lesivos, en función del tipo subjetivo, en varios niveles:

a') Los artículos 418 y 419 del Código penal se refieren a determinados resultados graves lesivos producidos «de propósito», es decir, con dolo directo, llegándose incluso a castigar, en el primero de ellos, a las lesiones intencionales con la misma pena que se conmina la privación de la vida, reclusión menor. Esto resulta abiertamente contrario al principio de proporcionalidad de las penas o de prohibición de exceso, puesto que no hay un equilibrio entre la «carga punitiva» a imponer y el bien jurídico a proteger, desde el momento en que este equilibrio se logra en función de la gravedad del delito, y

(47) Vid., VIVES ANTÓN, en COBO-VIVES-BOIX-ORTIS-CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial*. Valencia, 1988, segunda edición, pp. 112 a 117 y 803; BOIX REIG, *ob. cit.*, pp. 115 y 116; QUINTERO OLIVARES, *Conferencia, cit.*, pp. 152 y 153.

(48) Vid., MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, p. 237.

(49) Vid., MAQUEDA ABREU, *La tortura...*, pp. 455 y 456.

es del todo evidente que nunca puede tener la misma gravedad la pérdida de la vida que la del oído o la vista, y, si ello es así, la pena a imponer debe ser siempre mayor en el primer supuesto que en el segundo (50).

b') El artículo 421.2 del Código penal establece la aplicación en grado medio o máximo de la pena del tipo básico de las lesiones cuando el ofendido hubiere quedado impotente, estéril, deforme o con una enfermedad somática o psíquica incurable, o hubiere sufrido la pérdida de un miembro, órgano o sentido, o quedando impedido de él (51).

La naturaleza jurídica de este precepto, no es la de un delito cualificado por el resultado, sino la de un tipo agravado común respecto del tipo base: esto quiere decir que el resultado es elemento del tipo objetivo y que, por tanto, para que se pueda aplicar el tipo agravado, ese resultado deberá estar abarcado por el dolo eventual del autor. También, respecto de este tipo agravado, rige la regla general de que en los casos de producción de un resultado mayor del querido por el autor, deberán de resolverse por vía del concurso ideal de delitos (art. 71 del Código penal) (52). Y cuando el sujeto activo produzca un resultado menor del querido (ej., lesiones del art. 420 en vez de lesiones del art. 421.2), se resolverá por vía del concurso aparente de normas penales, aplicando la pena correspondiente al delito que quería realizar, pero que ha resultado en grado de tentativa acabada o inacabada (según los casos), dado que este tipo agravado (art. 421.2) consumirá el delito de lesiones del tipo básico (Vid., supra).

III

La nueva redacción del artículo 582 del Código penal recoge en su párrafo primero la falta de lesiones, y en su párrafo segundo, de forma asistemática e incoherente, la falta de maltrato de obra. En efecto, no parece la mejor técnica legislativa la de aunar dos faltas que poco tienen en común y que están destinadas a la protección

(50) En este sentido y más ampliamente, vid., BOIX REIG, *ob. cit.*, pp. 112, 113 y 116 a 119; QUINTERO OLIVARES, *Conferencia, cit.*, pp. 8 a 11; RODRIGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pp. 141 a 147; BERDUGO DE LA TORRE, *La reforma...*, pp. 92 a 97.

(51) Vid. ampliamente, BOIX REIG, *ob. cit.*, pp. 113 y 114; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*. Apendice (puesta al día de la séptima edición). Valencia, 1989, pp. 6 y 7; QUINTERO OLIVARES, *Conferencia, cit.*, pp. 18 y 19; BERDUGO DE LA TORRE, *La reforma...*, pp. 97 a 100.

(52) De otra opinión, BERDUGO DE LA TORRE, *La reforma...*, pp. 99 y 100, quien mantiene que en los supuestos en los que el autor tiene intención de causar un menoscabo en la salud que requiere tratamiento médico o quirúrgico (art. 420.1), y produce un resultado típico del artículo 421.2 por imprudencia (art. 565 o 586 bis), «las reglas del concurso de leyes hacen aplicable en estos casos el artículo 420 por ser de mayor entidad la pena prevista en éste».

de distintos bienes jurídicos, la salud personal para el caso de la falta de lesiones y la dignidad personal sin menoscabo en la salud en el caso de la falta de maltrato de obra.

Centrándonos en el estudio del apartado primero del artículo 582 del Código penal, hay que señalar que la delimitación entre delito o falta no queda reducida sólo a que se requiera tratamiento médico o quirúrgico, ya que el artículo 582 del Código penal hace una remisión expresa, aunque excepcional, al ámbito del delito, para aquellos casos en los que «se trate de algunas de las lesiones del artículo 421», esto es, cuando se utilicen algunos de los medios del artículo 421.1 y 3, o cuando se causen cualesquiera de los resultados del artículo 421.2. En tales supuestos, aunque no se requiera tratamiento médico o quirúrgico, se pasará del ámbito de la falta al del delito en la modalidad agravada correspondiente, que, pese a la amplitud de la remisión del artículo 582 al artículo 421, no podrá referirse nunca por razones obvias, a la agravación del apartado segundo del precepto mencionado, ya que comprende resultados lesivos graves (53).

Sobre esta remisión del artículo 582.1 al artículo 421, se deben hacer algunas matizaciones críticas pues, como señala Boix Reig, «debe cuestionarse por razones de justicia material y técnico-jurídicas. De justicia material, por cuanto se impondría la pena de lesiones agravadas a la producción de resultados lesivos constitutivos de falta. De técnica jurídica, dado que partiendo de los resultados del artículo 582, párrafo 1 no cabe hablar de alguna de las lesiones del artículo 421, por más que se utilicen instrumentos peligrosos o se empleen torturas, pues este precepto expresamente se configura como un tipo agravado del artículo 420 (“las lesiones del artículo anterior...”)). No cabe, pues, aplicar las penas del artículo 421» (54). Además creemos que esta posibilidad de transformación de un hecho tipificado como falta en delito podría ser contraria a los principios de proporcionalidad, legalidad y al de mínima intervención del Derecho Penal.

a) *Se vulnera el principio de proporcionalidad de las penas o de prohibición de exceso*, porque se establece una desmedida agravación de la pena en supuestos de lesiones que no requieren tratamiento médico o quirúrgico, sino a lo más una primera asistencia facultativa, de lo cual se deduce que esta medida agravatoria es inidónea para proteger la salud individual y no es conforme con tal propósito de protección. No hay ponderación entre la «cantidad de pena» a imponer y el bien jurídico a proteger, pues no es admisible en modo alguno que por el empleo de uno de los medios descritos en el artículo 421, una simple lesión que no requiere tratamiento médico o quirúrgico, constitutiva de falta, castigada con la pena de arresto menor, se transmute en un delito de lesiones agravado por haber utiliza-

(53) Vid., QUINTERO OLIVARES, *Conferencia, cit.*, p. 36.

(54) Vid., *ob. cit.*, pp. 125 y 126.

do, por ejemplo un bastón, una navaja o incluso los puños, y conminado con la pena de prisión menor en grado medio a máximo. Por lo que la pena no es proporcional a la gravedad del delito desde el momento en que ese tipo de conductas no tienen un mayor contenido de injusto, ni causan un mal grave, ni son especialmente reprochables a su autor.

b) *Se infringe el principio de intervención mínima del Derecho Penal*, porque todo esto supone paralelamente el otorgamiento de un mayor protagonismo del derecho punitivo estatal, desde el momento en que hay más hechos que menoscaban la salud personal considerados como delitos y, por tanto, conminados con pena mayor, pero no con la «carga coactiva» del tipo básico de lesiones, sino la agravada por el medio empleado. Así pues, se puede concluir que casi todas las faltas en las que se emplee cualquier medio comisivo susceptible de ser encuadrado en el artículo 421.1 que, en principio, pueden ser todos, van a transformarse de forma inmediata y sistemática en delito de lesiones, al que lógicamente corresponderá una pena desmesurada, excesiva respecto a la gravedad del hecho realizado.

c) *Se vulnera el principio de legalidad (prohibición del «bis in idem»)*, porque los medios de comisión del delito son objeto de doble consideración por el legislador, ya que son tenidos en cuenta para transformar una falta en delito, y para agravar la pena en ese delito por la peligrosidad del medio empleado. En base al artículo 59 del Código penal, los medios comisivos, que han sido tenidos en cuenta para sancionar el hecho en sí o, que están unidos de tal forma, que sin la concurrencia de los mismos el delito no puede cometerse, no pueden agravar la pena. No hay un mayor contenido de injusto en la utilización de esos medios peligrosos recogidos en el artículo 421.1 del Código penal, que produzca una mayor repulsa social que la que conlleva en sí misma la lesión de la salud personal (Vid., supra).

Con el fin de subsanar, en la medida de lo posible, lo insubsanable de esta nueva regulación, creemos que la única válvula de escape plausible pasa por el recurso a una interpretación de carácter restrictivo de los términos descritos en el artículo 421.1 cuando establece la agravación por los medios empleados. Esta tarea ha sido ya realizada cuando analizábamos el precepto mencionado (vid., supra), por lo que tan sólo recordar que es preciso que el autor de la lesión tenga conocimiento y voluntad de que está utilizando medios peligrosos y creadores de riesgos, que pueden provocar un grave daño en la integridad corporal del lesionado, que los medios empleados tienen o pueden tener una gran potencialidad destructiva, y que son capaces de poner de manifiesto su ingente capacidad agresiva frente a la indefensión de las víctimas.

Esta forma de entender la descripción normativa del artículo 421.1 parece la más respetuosa con elementales principios del Derecho Penal, tales como el de prohibición de exceso o proporcionalidad de

las penas, «ne bis in idem» y el de mínima intervención del Derecho Penal. Se trata de apuntar una posible vía alternativa para que la aplicación de esta normativa sea apta y adecuada a su finalidad, y quizá se consiga así un mayor acercamiento a la «justicia material», por una vía restrictiva de interpretación de una nueva «legalidad punitiva irrazonable, desproporcionada e intervencionista en exceso».

IV

Por último, hay que señalar que debido al sistema elegido por nuestro Código penal para castigar los delitos realizados por imprudencia (sistema de «*numerus apertus*»), en principio cabe pensar que cualquier delito puede cometerse imprudentemente, y por tanto, también el delito de lesiones, para lo cual habrá que poner en relación el tipo doloso con alguna de las cláusulas generales que incriminan la imprudencia. No obstante, la nueva legislación plantea dos problemas importantes en lo que hace a la punición de las lesiones causadas por imprudencia. En primer lugar, determinar si es posible sancionar conforme a las cláusulas generales incriminatorias de la imprudencia los resultados lesivos previstos en los artículos 418 y 419 del Código penal. En segundo término, el de si pueden ser sancionadas con pena de multa las lesiones del artículo 420 del Código penal cuando se causen por imprudencia temeraria. Analizaremos ambos problemas por separado.

a) Supongamos que una persona conduciendo imprudentemente atropella a un peatón, a consecuencia de lo cual éste pierde la vista. Parece que habría dos modos de realizar una correcta tipificación de la conducta: En primer lugar, se puede poner en relación la nueva redacción del artículo 418 del Código penal, que recoge como típico tal hecho, con el artículo 565.1, referido a la punición genérica de la imprudencia temeraria. En segundo término, cabría también la posibilidad, de rechazar la aplicación del artículo 418, en base a que este precepto sólo y exclusivamente ha de ser objeto de consideración para los casos en que se actúe con dolo directo y acudir al tipo agravado de lesiones por el resultado producido (art. 421.2), para ponerlo en relación con la forma imprudente de realizar tal hecho (artículo 565.1) (55).

La cuestión no es intrascendente, pues en base a la nueva regla número 4 del artículo 565 del Código penal (56) —que viene a sustituir a las reglas núm. 4 y 7 de la regulación anterior— los efectos jurídicos derivados de una u otra tipificación pueden llegar a ser dis-

(55) En este sentido, vid., BOIX REIG, *ob. cit.*, p. 119.

(56) Vid., VIVES ANTÓN, *La determinación de la pena en la imprudencia punible*. «CPC», núm. 3, 1977, pp. 177 a 202.

tintos; si se adopta la primera de las hipótesis posibles, habría que relacionar el artículo 418 con el artículo 565.1 perdiendo entonces su función limitadora la regla número 4 de ese precepto, debido a la excesiva pena con que se conmina la pérdida de la vista en la nueva redacción del artículo 418, pues no es posible que la pérdida de la vista imprudente tenga igual o superior pena que si se hubiese causado dolosamente. Además, con esta tipificación se traspasaría el problema mencionado de la desproporcionalidad de la pena de los artículos 418 y 419 para los supuestos en que se produzcan esos resultados lesivos (ej., pérdida de la vista) de forma culposa. Y, por último, hemos de pensar que el legislador debe de haber querido otorgar algún sentido a la expresión «de propósito», y que esta intencionalidad directa del autor es quizá, junto con la gravedad del resultado, el fundamento de la elevada sanción penal que establecen los artículos 418 y 419.

Por consiguiente, se puede concluir que sería oportuno reservar la aplicación de los artículos 418 y 419 para los supuestos de actuación dolosa, y poner en relación el artículo 565.1 con el artículo 420 o 421.2 (según los casos) en los supuestos de hechos imprudentes, ya que entonces si que habría posibilidad de aplicar la regla número 4 del artículo 565, recobrando de esta forma su virtualidad limitadora, en cuanto que la pena del tipo básico doloso es la de prisión menor (art. 420) coincidiendo con la establecida en el artículo 565.1, y la del tipo agravado es la de prisión menor en grado medio o máximo (art. 421.2), coincidiendo también parcialmente con la del artículo 565.1 del Código penal. En consecuencia, por el efecto limitador de la mencionada regla, se debía de rebajar la pena un grado a la del delito doloso (57), dando así un mayor arbitrio judicial en un tema tan necesitado de él, puesto que podrá tenerse en cuenta la valoración de la imprudencia y la relatividad del resultado para determinar la pena. Además se disminuye el problema de la desproporcionalidad de la pena impuesta y, por todo esto, parece que la expresión «de propósito» tiene ya algún sentido, si es que ha de tenerlo.

b) Con la actual redacción del tipo básico de las infracciones atañentes a la salud personal (art. 420 del Código penal), las lesiones dolosas que requieran tratamiento médico o quirúrgico, se sancionan con las penas de prisión menor, y arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas, si lo estima oportuno el Tribunal en función del arbitrio que se le concede aquí, atendidas la naturaleza de la lesión y las demás circunstancias del hecho. Esto impide dar plena efectividad a la tan nombrada regla número 4 del artículo 565 del Código penal, dado que, por imperativo del artículo 6 del Código penal una lesión causada por imprudencia temeraria que requiera tratamiento

(57) Vid., VIVES ANTÓN, *La determinación...*, pp. 180 a 187.

médico o quirúrgico no podría ser sancionada en modo alguno con pena de multa inferior a 100.000 pesetas. Pero aparte de esto, y teniendo en cuenta que el párrafo número 2 del artículo 420 del Código penal es una regla de medición de la pena aplicable solamente a las lesiones dolosas, queda en pie la cuestión de que, en principio, y si la atenuación de la pena del delito doloso que prevé la regla número 4 del artículo 565 se lleva a cabo a partir de la pena señalada en el párrafo número 1 del artículo 420 (prisión menor), se llegaría a la absurda consecuencia de que la causación de una lesión que requiera tratamiento médico o quirúrgico se podría sancionar con las penas de prisión menor, arresto mayor o multa y sólo con las penas de prisión menor o arresto mayor (nunca con la de multa) si es imprudente, sin que el Juez pueda tener ahora el amplio arbitrio que se le concede en las lesiones dolosas, lo cual no deja de ser paradójico, pues se otorga menor arbitrio a los hechos imprudentes que a los dolosos, siendo aquellos los más necesitados de él.

Se produce aquí una nueva vulneración del principio de proporcionalidad de las penas, dejando sin contenido a la regla número 4 del artículo 565 del Código penal, pues su «ratio» estriba justamente en el principio vulnerado, en la necesidad de que los hechos menos graves nunca sean castigados con igual o superior pena que los hechos más graves, ya que debe existir una ponderación cualitativa y cuantitativa entre el castigo a imponer y la gravedad de la puesta en peligro o lesión del bien jurídicamente protegido.

Para paliar esta desproporcionalidad de «cantidad de pena y arbitrio judicial», podría entenderse —dado que la regla de determinación de la pena del núm. 2 del art. 420 del Código penal parece estar pensada sólo para las lesiones dolosas— que el párrafo número 4 del artículo 565 del Código penal es una regla orientada a dar efectividad al principio de proporcionalidad de las penas y, operando con su espíritu y finalidad, considerar que la misma produce un *efecto de apertura del tipo más benigno* que hace posible aplicar la pena de multa también a las lesiones causadas por imprudencia temeraria que requieren tratamiento médico o quirúrgico (58). De esta forma se consigue que la pena a aplicar sea, al menos, igual que la del tipo doloso, respetándose la «ratio legis» de la regla mencionada. Incluso, jugando con el arbitrio judicial se podría conseguir el respeto absoluto de la misma, si los jueces en función de su arbitrio imponen menor pena a los hechos imprudentes que a los dolosos.

(58) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1988. Asimismo confóntese el comentario que a la misma hace GONZÁLEZ PULIDO, A., *El «efecto de cierre» en el concurso aparente de normas penales y el concurso ideal de delitos: su trascendencia respecto de los delitos cualificados por el resultado*. «Poder judicial», núm. 14, 1989, pp. 191 a 195.

Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales

JOSE MANUEL PAREDES CASTAÑON

Universidad de León

I

El tema del presente artículo es el siguiente: constatado el hecho de que, en buena parte de los deportes socialmente admitidos como tales (1), la lesión, o al menos la puesta en considerable peligro, de bienes jurídicamente protegidos —y, concretamente, protegidos por el Derecho penal (básicamente, la integridad física, también la vida, de una o de muchas personas, pero también otros bienes jurídicos, como la libertad de movimientos, etc.)— constituye un elemento concomitante a los mismos, resulta muy importante, tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico, examinar varias cuestiones. En primer lugar, es preciso analizar si todas las lesiones o puestas en peligro producidas con ocasión de estas actividades han de tener la misma consideración a los ojos de la legislación penal. En segundo lugar, hay que ver cuál es dicha consideración: esto es, examinar si tales lesiones o peligros —o mejor, los grupos que realicemos dentro de ellos— son impunes o por el contrario han de ser sancionados penalmente. En realidad, esta cuestión puede ser convertida en la de por qué se castigan o por qué no. Finalmente, en tercer lugar, si conocemos el fundamento de la punición o no de estas conductas (y parece claro, pues la misma práctica social nos los está indicando

(1) Lo mismo sucede en otros juegos o espectáculos aceptados en nuestra sociedad (toreo...), así como en deportes y juegos propios de otras culturas. Y ello porque todos tienen en común un elemento de juego (en el más amplio sentido), y por ello también un desafío, a los demás o a las leyes naturales; desafío que supone siempre un peligro para bienes jurídicos. Sobre el concepto de deporte, vid. DOLLING, *Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle*, ZStW 96, 1984, p. 37; VILLAGÓMEZ RODIL, *Delitos deportivos*, *Revista de Estudios Penitenciarios* 1958, p. 849.

ya, que ciertas esferas de impunidad hay que admitir (2), podremos establecer los límites de lo penalmente permitido en materia deportiva.

Como se verá, el tema tiene aspectos eminentemente teóricos y también cuestiones prácticas. Sucede, sin embargo, que no cabe dar respuesta rigurosa a éstas sin solventar primero aquéllas. Respecto de la vertiente práctica de los problemas aquí planteados, pienso que no es posible dudarlos. Menos aún hoy, cuando desde múltiples campos de la actividad deportiva, así como por parte del conjunto de la sociedad, se están reclamando instrumentos jurídicos, y más concretamente jurídico-penales, para poner coto a los excesos de violencia que se han adueñado de muchas actividades deportivas (3). La idea que subyace en este trabajo, y que intentaré demostrar, es que tales instrumentos existen ya; falta tan sólo que una adecuada interpretación (y, claro es, una aplicación correcta) de la legislación vigente, así como de las comunes categorías jurídicas, pongan en juego esos recursos al servicio de quien deben estar: del bienestar social por tanto.

Finalmente, hay que señalar que, en los análisis de los penalistas, ha quedado generalmente abandonado un aspecto del problema, que necesariamente ha de ir siendo recuperado para su estudio: me refiero a las responsabilidades, no ya de los participantes en el juego o deporte, sino de aquellas otras personas que, en el actual estadio de desarrollo de las actividades deportivas, rodean este ámbito de actividad social. Así, los promotores, constructores de instalaciones, entrenadores, etc.; y, por supuesto, la responsabilidad de los espectadores, ahora que la cuestión resulta especialmente candente y preocupante. Lo que sucede en todos estos casos, sin embargo, es que la problemática no parece en principio de un contenido especialmente problemático, desde el punto de vista de la interpretación de la legislación penal en la materia, aun cuando pueda serlo desde el punto de vista político-

(2) Frente a la tesis prohibicionista, que tuvo importante acogida entre penalistas de los años treinta y cuarenta (Del Vecchio, Penso, Geffer-Wondrich). Vid. MAJADA PLANELLES, El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas, 1946, pp. 73 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, I, 2.ª ed., 1972, p. 785; PUIG PENA, Derecho penal, Parte Especial, 7.ª ed., 1988, p. 427.

Otro problema al respecto es el que han planteado algunos autores (vid., por ejemplo, VILLAGÓMEZ RODIL, REP 1958, p. 858) cuando, aun admitiendo en principio la impunidad de las actividades deportivas conforme a las reglas del juego, rechazan dicha solución en el caso de que las reglas de juego sean utilizadas para realizar la lesión de un bien jurídico-penalmente protegido de manera intencional. Digamos que la construcción es similar a la del fraude de Ley. Sin embargo, desde la concepción actual del tipo de injusto, que exige ineludiblemente la existencia de acciones objetivas para que pueda existir responsabilidad penal, esta responsabilidad por la intención resulta sumamente discutible; a no ser que pueda ser contemplada, en el caso concreto, como una tentativa de alguna de las violaciones punibles de las reglas del juego a las que después nos referiremos.

(3) MIR PUIG, Lesiones deportivas y Derecho penal, Revista del Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya (en adelante RAV), mayo-junio, 1987, p. 35.

criminal. Y no hay tal problematización específica debido a que en estas figuras de responsabilidad no se da un rasgo peculiar de la conducta de los intervinientes en el juego: que éstos, en muchas ocasiones, están autorizados —habrá que examinar cuál es el fundamento— a lesionar o a poner en peligro bienes jurídico-penalmente protegidos, al menos hasta cierto límite, lo que no sucede en principio en el caso de los otros sujetos. No estudiaré por tanto estos casos en el presente trabajo.

II

Esto nos lleva a la problemática de la diferenciación entre lo autorizado y lo meramente tolerado. Como bien señala *Majada Planelles* (4), hay que distinguir con claridad ambos conceptos. No nos referimos para nada, por tanto, al analizar la problemática penal de las actividades deportivas, a los supuestos, tan frecuentes, de fáctica tolerancia de determinadas conductas, típicamente antijurídicas (es decir, prohibidas penalmente), pero socialmente adecuadas o al menos toleradas. Estos casos, aunque de suma importancia en el campo de la Sociología Jurídica, no tienen cabida en el de la Dogmática, que se preocupa de lo que está jurídicamente prohibido o permitido. Hay que distinguir, pues, entre aquellos supuestos en los que efectivamente nos encontramos ante conductas materialmente peligrosas y pese a ello autorizadas jurídicamente, y aquellas otras que, aun jurídico-penalmente prohibidas, en la práctica suelen ser toleradas, por motivos de adecuación o tolerancia social, generalizada o no, o por simples razones de ineficacia de los órganos represivos del Estado. Para realizar esta distinción, me parece lo más útil acudir al ámbito de los fundamentos materiales, ámbito en el que puede aparecer con mayor grado de visibilidad la justificación o no de la hipotética autorización jurídica y consiguiente exclusión de la responsabilidad penal.

Esto resulta especialmente cierto en el campo de las actividades deportivas (5). Parece que los órganos jurisdiccionales son especialmente remisos a entrar en este terreno, como si efectivamente, en este ámbito, existiera uno de esos llamados espacios libres de Derecho (6). Sin embargo, tal idea resulta ya inadmisibles a priori. Por tanto, sólo caben aquí dos consideraciones. En primer lugar, recono-

(4) *El problema penal*, 1946, pp. 20-21.

(5) Sobre este tema puede escucharse las interesantes observaciones que realizaron los profesores LUZÓN PEÑA y MIR PUIG en una sesión de seminario organizada en la Universidad de Alcalá.

(6) Rechtlicher Freiraum. Vid. GUNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss*, 1983, pp. 262-264; SCHUNEMANN, *Selbsthilfe im Rechtssystem*, 1985, pp. 14-16. En nuestro tema, vid. la breve exposición de ESER, *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, insbesondere des Fussballspielers*, JZ 1978, p. 368; DOLLING, *ZStW* 1984, pp. 53-54; y, críticamente, DOLLING, *ibid.*; y MIR PUIG, *RAV* 1987,

cer que, en materia deportiva, está permitido llegar mucho más lejos de lo que se permite en otras actividades. Y, en segundo lugar, afirmar con claridad que la deliberada o negligente abstención de los órganos jurisdiccionales a la hora de conocer acerca de hechos, a veces gravísimos, producidos con ocasión o en el ejercicio de actividades deportivas constituye una inadmisibles dejación de funciones, merecedora de tajante reprobación.

Ampliaré de momento tan sólo mi segunda afirmación (7). Como decía, los órganos jurisdiccionales ordinarios —los penales y también los civiles— muestran una clara tendencia a eludir pronunciamientos acerca de conductas posiblemente antijurídicas realizadas en el transcurso de actividades deportivas (8). La única explicación posible a esta actitud, dado que no se puede hablar de una negligencia inconsciente, parte de dos factores: la idea de adecuación social —y consiguiente tolerancia jurídica— que parece rondar siempre la consideración de los deportes; y, en relación con ésta, el argumento, generalmente no explícito, de que, precisamente por tratarse de actividades que, *incluso en sus manifestaciones anormales*, no dejan de ser socialmente adecuadas, tales manifestaciones anormales y antijurídicas quedan implícitamente fuera del campo del Derecho penal (9) (o del Derecho civil en su caso), encontrando su vía de represión en las reglamentaciones y correspondientes sanciones disciplinarias que regulan la práctica del deporte.

Creo, sin embargo, que tales razonamientos (ya digo que implícitos, dado que generalmente operan por la pura vía de hecho, al no abrirse procedimiento alguno, o sobreseerse el abierto sin excesiva motivación de las resoluciones) son erróneos, además de conducir a graves consecuencias. En primer lugar, y al margen de lo discutible que pueda ser la idea de adecuación social como fundamento de la autorización jurídica de las actividades deportivas (10), dicha idea no puede entenderse como un manto que recubre de impunidad todo aquello

p. 35, que recuerda que en nuestro Derecho no rige el principio de oportunidad, sino el principio de legalidad, a la hora de perseguir hechos presuntamente delictivos.

(7) Respecto de la primera, vid. *infra*.

(8) Vid., como caso excepcional y casi único, en la jurisprudencia española, la STS 1-6-1951 (A. 1.446), que considera un caso de lesiones producidas dentro de una actividad deportiva, un partido de fútbol. En la jurisprudencia alemana, hay algunos otros casos: vid. ESER, JZ 1978, pp. 369-370; DOLLING, ZStW 1984, *passim*. Vid. también casos más antiguos en JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho penal, IV, 3.ª ed., 1961, pp. 791 ss.

(9) Esta idea de la exclusión tácita o implícita en materia de adecuación social, intuida en la práctica por los tribunales, tiene formulación dogmática en las ideas de WELZEL, que a veces considera la adecuación social como causa directa de atipicidad (en su terminología), o criterio de interpretación de los tipos penales. Vid., WELZEL, Das Deutsche Strafrecht, 11.ª ed., 1969, pp. 55 ss.

(10) Vid. un brevísimo resumen de la discusión en la doctrina española en MIR PUIG, Adiciones de Derecho español a JESCHECK, Tratado de Derecho penal. Parte General, I, 1981, pp. 346-347.

que toque: en todo caso, lo adecuado socialmente será practicar deportes, incluso quizá infringir a veces determinadas reglas del juego; no puede serlo, sin embargo, dar un puñetazo a un futbolista del equipo contrario en una discusión dentro del campo, o injuriar gravemente al árbitro... o quien golpea al contrario, en un combate de boxeo, con un golpe peligrosísimo que causa graves lesiones aun sin intención de ello, por puro descuido. Todas estas son conductas que exceden con mucho lo que ha de considerarse socialmente adecuado; aquí se podría hablar tan sólo de una conducta tolerada. Indebidamente tolerada, añadiría yo.

En cuanto al otro argumento, el de que basta con los mecanismos disciplinarios propios del deporte para solucionar estos casos, de nuevo creo que estamos ante una indebida impunidad. Como decía antes, se puede pensar que las pequeñas y usuales infracciones de las reglas de juego suponen conductas socialmente adecuadas, no punibles; parece que, en estos casos, resulta suficiente una sanción puramente disciplinaria. Sin embargo, para los casos más graves, tanto dolosos como imprudentes, pienso que esto no es suficiente. Desde el punto de vista práctico, porque ello favorece una sensación de impunidad que incrementa las conductas criminalmente peligrosas (para los bienes jurídico-penalmente protegidos) en el ámbito del deporte. Tampoco desde el punto de vista dogmático: si bien es cierto (11) que, en el ámbito de las actividades deportivas, existen unas normas especiales de cuidado que modifican, en ocasiones de forma sustancial, el nivel de exigencia del cuidado debido en el desarrollo de estas actividades (por una parte incrementando las medidas de cuidado necesarias, y por otro lado permitiendo conductas especialmente peligrosas), esto no quiere decir que dichas normas de cuidado desaparezcan, tan sólo toman un contenido parcialmente distinto; lo cual significa que, en la medida en que dichas normas de cuidado específicas del ámbito deportivo (no en general, sino de un deporte en concreto) sean infringidas, surge de nuevo la antijuridicidad de la conducta peligrosa o lesiva. Corresponderá, pues, exigir la correspondiente responsabilidad penal al sujeto o sujetos intervinientes en dicha actuación; hacer lo contrario supone infringir la legalidad vigente (el Código Penal), y además con unas consecuencias criminógenas y sociales inadmisibles.

III

Definido así el problema que voy a examinar, lo primero que hay que indicar al respecto es que no estamos ante un problema en senti-

(11) Vid. *infra*.

do estricto, sino ante la confusión de varios (12). En realidad, podemos hablar de varias confusiones, a veces simultaneas.

Como ya insinué antes, existen lesiones no sólo del bien jurídico integridad física, sino también de otros bienes jurídicos: seguridad, libertad de movimientos, vida por supuesto (13). Así, no toda lesión o puesta en peligro encaja en los tipos penales de los arts. 420 y siguientes del Código Penal (14) (reguladores de las lesiones físicas), o en las correspondientes faltas. Aunque, desde luego, por el mismo carácter eminentemente físico de las actividades deportivas, sean las lesiones a la integridad física los resultados más frecuentes y temibles. Sin embargo, no creo superfluo recordar que, por ejemplo, quien en un partido de fútbol americano, o en una competición de judo, aprisiona a un adversario y le impide moverse, está realizando una acción en principio punible como delito de coacciones (art. 469 CP) (15), aunque para nada haya atentado contra su integridad corporal; prueba de lo cual es que, si esa misma conducta se realizase fuera del campo, ningún juez dudaría en castigarla como tal, si concurriesen en el caso concreto todos los demás requisitos jurídicamente necesarios. Lo mismo sucede con el piloto que realiza una maniobra arriesgada en una competición automovilística: sin necesidad de que llegue a causar accidente, si el hecho se produce en el tráfico rodado normal, todo el mundo reclamaría graves sanciones para el imprudente conductor, que pone en peligro la seguridad ajena.

IV

En segundo lugar, hay que indicar que el problema no aparece del mismo modo, lógicamente, en todas las modalidades de deportes. Precisamente porque hay muchas clases de deportes, con características y reglamentaciones completamente distintas, que llevan a lesiones

(12) Confusión derivada de varios factores, fundamentalmente dos o tres: la unidad, percibida socialmente, del problema de la violencia deportiva, los diversos momentos históricos (y, por tanto, de evolución doctrinal) en que se ha tratado la cuestión, prestando por ello atención a distintos aspectos no siempre bien delimitados, y en fin, como siempre sucede en el debate acerca del Derecho positivo, la diversidad, tanto histórica como geográfica, de legislaciones.

(13) Esto ha sido puesto de relieve en cierta forma por autores alemanes, como ESER, JZ 1978, p. 369, que reconocen la posibilidad de que las actividades deportivas puedan dar lugar a otras clases de delitos. Sin embargo, la idea que yo sugiero no es exactamente esa (la cual, por supuesto, acepto): lo que intento resaltar es que en el desarrollo mismo del deporte —es decir, en aquellas acciones que, de acuerdo con el reglamento del mismo constituyen acciones de juego—, no meramente en torno o con ocasión del mismo, se están produciendo ya, en determinadas actividades deportivas, lesiones o puestas en peligro respecto de otros bienes jurídicos además de la lesión o puesta en peligro de la integridad corporal.

(14) En adelante, CP.

(15) O bien detenciones ilegales, según la duración de la inmovilidad. Es discutible en este supuesto la delimitación entre ambos tipos.

y puestas en peligro completamente diversas, tanto en cuanto a la valoración de la acción como en cuanto a la de resultado. En este sentido, las clasificaciones de los deportes desde el punto de vista jurídico-penal han sido innumerables (16). A los efectos del presente estudio (por razones eminentemente funcionales, por tanto), creo que la clasificación que más nos interesa en aquélla cuyo criterio clasificatorio consiste en examinar cuál es el grado de peligrosidad que para los bienes jurídico-penalmente protegidos suponen las actuaciones normales (17) de práctica del correspondiente deporte. No se trata de distinguir entre deportes violentos y otros que no lo son (18): el concepto de violencia es criminológico (19), sociológico y psicológico, no jurídico-penal; y, si bien es cierto que todo deporte violento será criminalmente peligroso, también lo serán otros calificados como no violentos. Criminalmente peligrosa es toda conducta que sea susceptible previsiblemente de lesionar o poner en peligro bienes jurídico-penalmente protegidos. Y muchos de estos bienes frecuentemente no son lesionados ni puestos en peligro por comportamientos violentos (dado que la idea de violencia se asocia únicamente a la de violencia física) (20), sino por otro tipo de conductas.

Mayor sentido que la clasificación anterior por el criterio de la violencia tiene la que proponen generalmente los autores alemanes, cuando hablan de deportes que requieren contacto o no, deportes de confrontación o no (21). La idea subyacente, en mi opinión bastante más correcta, es la de que, según sea de elevado el grado de contacto físico que la práctica normal del deporte requiere, tanto mayor es la posibilidad de que se produzcan lesiones o puestas en peligro de los bienes jurídico-penalmente protegidos de los demás intervinientes en la práctica del deporte. De nuevo, sin embargo, la clasificación no deja de ser una aproximación, aunque sea más significativa; por-

(16) Vid. FERRER SAMA, Comentarios al Código penal, I, 1946, p. 247; MAJADA PLANELLES, El problema penal, 1946, pp. 26-27; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, IV, 1961, pp. 778-779; QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado, I, 1972, pp. 786-787; ESER, JZ 1978, p. 369; insinuada en HIRSCH, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 1981, § 226 a, 12; insinuada en WIECZOREK, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 6.ª ed. 1981, p. 45; DÖLLING, ZStW 1984, p. 38; este mismo autor (*op. cit.*, pp. 23-26) cita las clasificaciones GARRAUD, DEL VECCHIO, PEREDA, VALSECCHI, AGUSTÍN MARTÍNEZ y DELOGU; MIR PUIG, RAV 1987, pp. 36 ss.; PUIG PEÑA, Derecho penal. Parte General, 7.ª ed. 1988, p. 318; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, 23.ª ed. 1988, § 226 a, 16.

(17) Sobre esta idea de actuaciones normales, vid. *infra*, las consideraciones y remisiones realizadas en el siguiente párrafo.

(18) Como hicieron muchos autores: MAJADA PLANELLES, El problema penal, 1946, p. 19; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, IV, 1961, pp. 778-779; QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado, I, 1972, pp. 786-787; RODRÍGUEZ DEVESA, Lesiones, NEJ, XV, 1974, p. 109.

(19) Vid., por ejemplo, KAISER, Introducción a la Criminología, 7.ª ed. 1988, pp. 307-308.

(20) *Ibid.*, p. 308.

(21) ESER, JZ 1978, p. 369; HIRSCH, LK, 1981, § 226 a; DÖLLING, ZStW, 1984, p. 38; MIR PUIG, RAV 1987, p. 37; STREE, StGB, 1988, § 226 a.

que, de todas formas, aun reconociendo que en general es cierto que los deportes en los que hay mayor contacto físico existe un mayor riesgo de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, creo que ello no lo es absolutamente, dado que conductas no propiamente de contacto (como pueda ser, por ejemplo, la conducción peligrosa en una competición automovilística) suponen también el mismo riesgo. Sin embargo, esta clasificación sí será significativa exclusivamente a los efectos de los delitos contra la integridad física (en Derecho español, arts. 418 y siguientes del CP).

Por tanto, pienso que una clasificación de alguna utilidad tan sólo es posible si la referimos a un determinado tipo penal, o a un grupo de ellos de fines protectores y descripción de elementos típicos similares. Así, podremos hablar —insisto que en cada delito o grupo de delitos— de deportes peligrosos y deportes no peligrosos, en cuanto que exista un pronóstico afirmativo o no a la posibilidad de que, con un comportamiento normal, se produzcan lesiones o puestas en peligro de los bienes jurídicos protegidos por ese delito o grupo de delitos.

A efectos prácticos, la relevancia de la clasificación consiste fundamentalmente en la común afirmación de los autores (22) de que en los deportes no violentos o en los que no existe contacto las eventuales lesiones producidas (23) se rigen por las reglas generales. Esto parece querer decir para la mayoría de ellos lo que *Puig Peña* (24) ha enunciado con claridad: dado que, en estas modalidades de deportes, no es preciso para el desarrollo normal de la actividad deportiva que se produzca un contacto físico (violencia), y puesto que se parte de la premisa de que sólo éste plantea especiales problemas de lesión penal, aquí bastará con el criterio de diligencia (es decir, de cumplimiento del cuidado debido) representado por las reglas de juego del correspondiente deporte. La consecuencia que parece evidente, y que algunos han enunciado (25), es que cualquier infracción de las reglas de juego dará lugar a responsabilidad penal, a título de dolo o de imprudencia, según el caso, salvo que sea posible excluir dicha responsabilidad en virtud de la insignificancia de la lesión producida.

(22) FERRER SAMA, Comentarios, I, 1946, p. 247; insinuado en MAJADA PLANELLES, El problema penal, 1946, p. 19; igualmente en JIMÉNEZ DE ASUA, Tratado, IV, 1961, p. 778; QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado, I, 1972, p. 787; ESER, *ibid.*; DOLLING, *ibid.*

(23) Piénsese que, como antes señalé, se está pensando fundamentalmente en las lesiones de la integridad física, y que generalmente se olvida que, además de delitos de efectiva lesión, también hay tipos de peligro en la Parte Especial del Código Penal.

(24) PG, 1988, p. 318.

(25) FERRER SAMA, Comentarios, I, 1946, p. 247. Matiza el contenido del dolo y de la imprudencia en este campo, DÖLLING, ZStW 1984, pp. 39-40.

Hay que hacer notar que casi todos los otros autores que proponen o dan por supuestas clasificaciones de las actividades deportivas de planteamientos como los que hemos expuesto, parecen aceptar implícitamente esta consecuencia, aunque no la afirman expresamente.

Y ello es así porque no se piensa que puedan existir casos, en este grupo de deportes, en los que se den, de forma habitual y no extraordinaria (26), lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penalmente protegidos derivadas de infracciones normales de las reglas de juego. Como ya he dicho antes, pienso que esto no es cierto, al menos si partimos de que en los deportes no sólo se lesiona el bien jurídico integridad física y de que no sólo las efectivas lesiones sino también las puestas en peligro son penalmente relevantes. El caso de las competiciones automovilísticas (o de motociclismo, o de alpinismo...), que ya cité, puede ser significativo.

V

En tercer lugar, y como han puesto de manifiesto ya muchos autores (27), no ha de ser en absoluto idéntica la respuesta que se dé, a la hora de delimitar la punición de conductas en materia deportiva cuando se trate de conductas conforme a las reglas de la correspon-

(26) Como se observará, las ideas de habitualidad y adecuación social parecen jugar un papel extraordinariamente relevante en el marco conceptual en el que se suele situar la discusión en torno a la responsabilidad penal del deportista. Ello es así porque algo parece claro, al menos a nivel intuitivo: lo habitual, lo socialmente adecuado, ha de quedar impune. Sin embargo, pienso que esta idea intuitiva precisa una más elaborada articulación jurídica: decir que la costumbre contra legem puede derogar (formalmente, no lo olvidemos, pues no estamos hablando de Sociología Jurídica, sino de Dogmática) las prohibiciones penales, como hace ANTÓN ONECA (Derecho penal. Parte General, 1949, p. 261), no parece técnicamente muy correcto, además de que dicha afirmación resulte bastante peligrosa desde el punto de vista político-criminal. Por tanto, habrá que acudir más bien al fundamento (fundamentos) de la antijuridicidad penal en dicho ámbito de conductas y de resultados, y examinar cuáles son las razones materiales de la exclusión de dicha antijuridicidad en estos casos; después habrá que buscar una vía técnicamente adecuada, dentro de los elementos del concepto de delito, para plasmar tales razones.

(27) Vid. v. LISZT, Tratado de Derecho penal, II, 1926-1929, p. 363; FERRER SAMA, Comentarios, I, 1946, p. 247; MAJADA PLANELLES, El problema penal, 1946, pp. 20, 104; QUINTANO RIPOLLÉS, Compendio de Derecho Penal, II, 1958, p. 225; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, IV, 1961, pp. 784-785; DEL ROSAL/COBO/RODRIGUEZ MOURULLO, Derecho penal español. Parte Especial, 1962, p. 437; QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado, I, 1972, pp. 783-784; CUELLO CALÓN, Derecho penal. Parte Especial, II, 14.^a ed. 1975, p. 565; BETTIOL, Diritto penale, 9.^a ed. 1976, p. 348; BOCKELMANN, Strafrecht. Besonderer Teil/2, 1977, p. 58; ESER, JZ 1978, p. 371; PREISENDANZ, Strafrecht. Lehrkommentar, 30.^a ed. 1978, p. 727; HIRSCH, LK, 1981, § 226 a; MIR PUIG, Adiciones, 1981, p. 347; WIECZOREK, AT, 1981, p. 46; HORN, en Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, II, 20.^a ed. 1986, § 226 a, 22; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, Derecho penal. Parte General, 2.^a ed. 1986, p. 178-179; OTTO, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 2.^a ed., 1984, p. 65; BOCKELMANN/VOLK, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4.^a ed., 1987, p. 105; MIR PUIG, RAV 1987, p. 36; DREHER/TRÖNDLE, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 44.^a ed., 1988, p. 1180; JESCHECK, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4.^a ed., 1988, p. 534; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht. Besonderer Teil, I, 7.^a ed., 1988, p. 91; MUÑOZ CONDE, Derecho penal. Parte Especial, 7.^a ed. 1988, p. 101; PUIG PEÑA, PG, 1988, p. 318; el mismo, Derecho penal. Parte Especial, 7.^a ed. 1988, pp. 427-428; STREE, StGB, 1988, § 226 a.

diente actividad deportiva, que en aquellos casos en los que existe infracción de tales reglamentos, escritas o consuetudinarias.

Con esto llegamos al núcleo del problema que estoy examinando. En efecto, parece que habrá que distinguir varios grupos de casos. Primero, las lesiones o puestas en peligro ocasionadas en el ejercicio reglamentario de la actividad deportiva (28): por ejemplo, los golpes permitidos en la mitad anterior del tronco, en el boxeo (29); o las maniobras para impedir un adelantamiento en una carrera automovilística (30). Es evidente, por la fuerza de los hechos, que, en estos casos, nos encontramos ante conductas permitidas: existen incluso reglamentaciones oficiales que prescriben la forma en que han de desarrollarse las prácticas que lleven a la lesión o a la puesta en peligro en principio típicas, y hay también subvenciones estatales para tales actividades. El problema es, pues, aquí básicamente un problema de fundamentación (31): ¿por qué no se castiga, por qué se autoriza en estos casos a lesionar o a poner en peligro bienes jurídico-penalmente protegidos de forma general?

Las respuestas a esta cuestión han sido diversas, sin negar nunca (salvo infrecuentes tesis prohibicionistas, defendidas más de lege ferenda que de lege lata) (32) la impunidad de tales conductas. En resumen, podemos hablar de cinco tesis: la de la costumbre y otros factores extrajurídicos, la de la adecuación social, la de la inexistencia de

(28) V. LISTZ, Tratado, II, 1926-1929, p. 363; FERRER SAMA, Comentarios, I, 1946, pp. 247-248; MAJADA PLANELLES, El problema penal, 1946, p. 100; ANTÓN ONECA, PG, 1949, p. 261; QUINTANO RIPOLLÉS, Compendio, II, 1958, p. 225; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, IV, 1961, p. 779; DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, PE, 1962, p. 437; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 1963, p. 392; el mismo, Tratado, I, 1972, pp. 786 ss.; CUELLO CALÓN, PE, 1975, p. 565; BETTIOL, PG, 1976, p. 348; DEL ROSAL, Tratado de Derecho penal español (Parte General), I, 2.ª ed., 1976, p. 857; BAUMANN, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 8.ª ed. 1977, p. 331; BOCKELMANN, BT, 1977, p. 58; ESER, JZ 1978, pp. 371-372; ARTZ/WEBER, Strafrecht. Besonderer Teil/1, 2.ª ed., 1981, p. 108; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El consentimiento en las lesiones, CPC 1981, p. 218; WIECZOREK, AT, 1981, p. 45; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, El delito de lesiones, 1982, p. 81; DÖLLING, ZStW 1984, pp. 42, 64-65; SCHMIDHÄUSER, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2.ª ed., 1984, p. 175; MIR PUIG, Derecho penal. Parte General, 2.ª ed., 1985, p. 458; SAINZ CANTERO, Lecciones de Derecho penal. Parte General, II, 2.ª ed., 1985, p. 303; BAJO FERNÁNDEZ, Manual de Derecho penal (Parte Especial). Delitos contra las personas, 1986, p. 167; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, p. 105; DREHER/TRÖNDLE, StGB, 1988, p. 1180; JESCHECK, AT, 1988, p. 534; MUÑOZ CONDE, PE, 1988, p. 101; PUIG PEÑA, PG, 1988, p. 318; PE, 1988, p. 428; STREE, StGB, 1988, § 226 a.

(29) Reglamento de la Asociación Internacional de Boxeo (AIBA); art. 66 del Reglamento de Boxeo Aficionado de la Federación Española de Boxeo.

(30) Reglamento deportivo de las competiciones de Fórmula 1.

(31) Veremos (*infra*) que, en el caso de infracciones de las reglas de juego, además del problema de fundamentación de la hipotética impunidad, existe también un problema de definición de los límites entre lo punible y lo impune, sancionable tan sólo como mera infracción reglamentaria deportiva. Aquí, sin embargo, no hay, por razones obvias, este segundo problema: todo lo autorizado por las reglas de juego ha de ser impune.

(32) Vid. *supra*.

algún elemento típico, la del riesgo permitido y la del consentimiento. Las examinaré ahora, más que por el interés de la cuestión, puramente teórico, por las repercusiones que la respuesta que se dé aquí tiene respecto de los otros casos que después examinaremos.

a) Algunos (33) han defendido que realmente no cabe dar una explicación dogmática a la autorización de lesiones o puestas en peligro en el ámbito de las actividades deportivas. La única explicación sería de cariz sociológico-jurídico: la influencia de las normas de cultura (34) en la aplicación de las normas jurídicas, y concretamente de las jurídico-penales, articulada a través de la figura de la costumbre contra legem, que haría inaplicable, en un concreto ámbito, las normas penales.

b) Los defensores de la idea de adecuación social (35) hacen realmente una readaptación de la anteriormente expuesta, mediante el reconocimiento de un ámbito de actuación de los factores extrajurídicos en la delimitación de la tipicidad y de la antijuridicidad. Así, la adecuación social de una conducta traería consigo la exclusión de su antijuridicidad (penal pero también respecto de las demás ramas del Ordenamiento jurídico): por exclusión directa de la tipicidad de la conducta, dado que la redacción de los tipos penales llevaría ya implícita la exclusión de los mismos de las conductas socialmente adecuadas; o bien porque, siendo conductas en principio típicas, sin embargo, la existencia de adecuación social hace que, en una ponderación material de intereses, la conducta en definitiva obedezca a un interés preponderante, por lo que resultaría justificada. Precisamente esto sucedería en el caso de lesiones o puestas en peligro en el curso de actividades deportivas conforme a las reglas de juego.

c) También se ha defendido (36) que las actividades deportivas son lícitas precisamente por faltar en las mismas un elemento esencial

(33) PEREDA, Las lesiones del boxeo en su aspecto jurídico, Razón y Fe, enero 1928; MAJADA PLANELLES, El problema penal, 1946, pp. 121-122; ANTÓN ONECA, PG, 1949, p. 261; BETTIOL, PG, 1976, p. 348.

(34) MAYER, M. E., Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1933, pp. 37 ss., cit. en MAJADA PLANELLES, El problema penal, 1946, p. 120, y en JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, IV, 1961, p. 787.

(35) En general, vid. WELZEL, AT, 1969, pp. 55 ss. Respecto de las actividades deportivas (realizadas sin infracción de las reglas de juego), ESER, JZ 1978, p. 371; MIR PUIG, Adiciones, 1981, p. 347; PG, 1985, p. 458; DÖLLING, ZStW 1984, p. 55 ss., aunque (pp. 64-65) no la admite como fundamento de licitud para los casos de actividades deportivas dirigidas directamente a la lesión de bienes jurídico-penalmente protegidos; GÓMEZ BENÍTEZ, Teoría jurídica del Delito, 1984, p. 427; SCHMIDHÄUSER, AT, 1984, p. 175; SAINZ CANTERO, PG, II, 1985, p. 303; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOLCILDO, PG, 1986, p. 178; MUÑOZ CONDE, PE, 1988, p. 101, aunque no toma postura clara al respecto.

(36) CUELLO CALÓN, PG, 1975, p. 421; PE, 1975, p. 565; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, IV, 1961, pp. 789-790, afirma también que «en la mayor parte de los deportes el tipo está ausente, aunque se refiere más bien al aspecto objetivo del mismo. Vid. más referencias en MAJADA PLANELLES, El problema penal, 1946, pp. 64-68; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, IV, 1961, p. 785; QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado, I, 1972, pp. 784-785, 787; PUIG PEÑA, PE, 1988, p. 427.

del tipo penal, a saber, el elemento subjetivo. Los que sostienen esta tesis, defendida con mayor insistencia en el terreno del tratamiento médico (37), no suelen distinguir con demasiado rigor en este tema entre dos aspectos, subjetivos ambos pero distintos, como el dolo (conciencia y voluntad de realizar la acción) y el móvil que constituye el objetivo de la realización de dicho comportamiento; de tal manera que en ocasiones se dice que lo excluido por un móvil deportivo es el dolo y otras veces parece darse a entender que lo que sucede es que, para que exista completa la parte subjetiva del tipo se requiere además del dolo un específico elemento subjetivo del injusto, incompatible con dicho móvil deportivo.

d) En general, la idea predominante en la materia ha sido en todo momento la del consentimiento (38), quizá por pertenecer esta idea al pensamiento jurídico más clásico (39). Sin embargo, hay que hacer al respecto alguna precisión. Hay que tener en cuenta que, como ya indiqué antes, los autores se refieren mayoritariamente a supuestos de lesiones a la integridad física, de las recogidas en los artículos 420 y siguientes del CP español (y las correspondientes faltas del Libro III del CP) o en los preceptos paralelos de otros códigos. Esto quiere decir que, en general, se olvidan los otros posibles tipos, tanto de lesión *como de peligro*, que pudieran verse en principio implicados por conductas deportivas. En este sentido, quizá deberíamos hacer, dentro de esta idea común y predominante del consentimiento, una subdivisión, entre aquéllos que defienden o han defendido la idea clásica del consentimiento y aquéllos otros que sostienen una tesis más innovadora al respecto.

Podemos considerar como clásica aquella tesis que defiende que

(37) La idea, en general, es que un móvil deportivo o terapéutico excluye el dolo de realizar el tipo penal. Así, vid. por todos MUÑOZ CONDE, PE, 1988, p. 99.

(38) QUINTANO RIPOLLÉS, Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal, ADP 1950, p. 339, destacando la importancia del elemento consensual, aunque insinuando que hacen falta otros requisitos para que exista justificación de la conducta; en el mismo sentido que QUINTANO RIPOLLÉS, DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, PE, 1962, p. 437; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, II, 1963, p. 99; KIENAPFEL, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966, p. 27; v. HIPPEL, Deutsches Strafrecht, II, 1930 (reimpr. 1971), p. 247; QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado, I, 1972, p. 789; en el mismo sentido que QUINTANO RIPOLLÉS, DEL ROSAL, PG, 1976, p. 857; BOCKELMANN, BT, 1977, p. 58; PREISENDANZ, StGB, 1978, p. 727; ARZT/WEBER, BT, 1981, p. 108; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, CPC 1981, p. 218, aunque dándole una interpretación peculiar, cercana a la idea de riesgo permitido; HIRSCH, LK, 1981, § 226 a; WIECZOREK, AT, 1981, p. 45; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Lesiones, 1982, p. 81; OTTO, BT, 1984, p. 65; BAJO FERNÁNDEZ, PE, 1986, p. 167; HORN, SK, 1986, § 226 a; QUERALT, Derecho penal español. Parte Especial, I, 1986, pp. 74-76; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, p. 105; HAFT, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3.^a ed. 1987, pp. 107-108; DREHER/TRÖNDLE, StGB, 1988, p. 1180; JESCHECK, AT, 1988, p. 534; sin definirse claramente entre consentimiento y adecuación social, MUÑOZ CONDE, PE, 1988, p. 101; STREE, StGB, 1988, § 226 a.

(39) «Volenti non fit iniuria». Para un examen general del tema, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, ADP 1950, pp. 321 ss.

las lesiones de bienes jurídico-penalmente protegidos producidas en la práctica de actividades deportivas conforme a las reglas de juego, pese a encajar en principio en las descripciones fácticas realizadas por los tipos penales (repito que básicamente se está pensando en lesiones del bien jurídico integridad física), quedan excluidas del ámbito de lo antijurídico porque los demás intervinientes en dicha actividad deportiva consienten todos ellos, por el hecho de intervenir en la misma, en las lesiones que se produzcan (40); dicho consentimiento podrá ser expresado o, por regla general, tácito. Dado que existe previo consentimiento del titular del bien jurídico lesionado, el Ordenamiento jurídico, en bienes considerados como disponibles (no sucedería esto en el caso de la vida, y en el caso de la integridad física se ha discutido su disponibilidad o no) (41), permite la lesión, dejando de ser antijurídica (no sólo penalmente, sino también en los restantes sectores del Ordenamiento) la conducta lesiva.

Por el contrario, otros autores han elaborado un concepto más sofisticado del consentimiento, con modalidades de efectos diferentes. Así, básicamente se distingue entre *consentimiento en la lesión* y *consentimiento en el riesgo de lesión*. Concretamente, en el campo de las actividades deportivas se dice que los sujetos que intervienen en tales actividades no consienten en la lesión, dado que no la desean, y que frecuentemente si supieran que la posibilidad de la misma es muy elevada no intervendrían en la actividad. Lo que habría más bien es un consentimiento en el riesgo de lesión, en la realización de actividades peligrosas, que eventualmente pueden, en efecto, desembocar

(40) QUINTANO RIPOLLÉS, ADP 1950, p. 339; DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, PE, 1962, p. 437; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, II, 1963, p. 99; v. HIPPEL, Strafrecht, II, 1971, p. 247; DEL ROSAL, PG, 1976, p. 857; BOCKELMANN, BT, 1977, p. 58; WIECZOREK, AT, 1981, p. 45; OTTO, BT, 1984, p. 65; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, p. 105; Tratado, I, 1972, p. 789.

(41) Vid., en la doctrina española, SUÁREZ MONTES, El consentimiento en las lesiones, 1959; COBO DEL ROSAL, El artículo 426 del Código penal y el problema del consentimiento en las lesiones en el Código penal, ADP 1962; el mismo, Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código penal, ADP 1964; QUINTANO RIPOLLÉS, ADP 1950; ANTÓN ONECA, Notas críticas al Código penal. Las lesiones, en Homenaje al P. Pereda, 1965; BERISTAIN, Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado, RGLJ 1971; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE CPC, 1981; Lesiones, 1982; Las lesiones. Documentación Jurídica 1983; RODRÍGUEZ DEVESA, NEJ, XV, 1974, pp. 106 ss.; SUÁREZ MONTES, Las lesiones consentidas en el Proyecto de Código penal de 1980, 1983. El problema no ha sido sustancialmente modificado por la actualización del CP de 21 de junio de 1989 (B.O.E., núm. 148).

En el Derecho de la República Federal de Alemania, el problema se ha planteado de forma distinta, dado que el § 226 a del StGB (Código penal germano-occidental) recoge expresamente la posibilidad de consentimiento del lesionado; allí la polémica se plantea en torno a la contrariedad a la moral y a las buenas costumbres (Sittenwidrigkeit) de la lesión, lo que, en nuestro tema, lleva de nuevo a la cuestión, entre otras, del cumplimiento o no de las reglas de juego. Vid., HIRSCH, LK, 1981, § 226 a; PREISENDANZ, StGB, 1978, p. 727; DREHER/TRÖNDLE, StGB, 1988, p. 1180.

en efectiva lesión (42); actividad peligrosa que el sujeto que consiente prevé como realizada conforme a unas normas de cuidado (aquí, las reglas de juego). De esta manera, las lesiones producidas como consecuencia del desarrollo normal de la actividad deportiva conforme a las reglas de juego quedaría amparada por este consentimiento en el riesgo, otorgado por el titular del bien jurídico (disponible). Resulta, sin embargo, discutible en qué medida esta versión de la idea del consentimiento —consentimiento en el riesgo— puede seguir considerándose como genuina, y no se aproxima más bien a ideas como la de riesgo permitido (43).

e) Finalmente, examinaremos la tesis del riesgo permitido. La idea del riesgo permitido, de contornos bastantes nebulosos aún hoy tanto en su concepto como en su naturaleza dogmática (44), tiene un contenido esencial relativamente claro, al menos a efectos de diferenciación: la idea subyacente es la de una exclusión excepcional (al menos en su construcción técnica, aunque no tan excepcional en términos cuantitativos en la realidad social) de la antijuridicidad, por tratarse de un ámbito específico y peculiar de actividad dentro del tráfico jurídico, en el que determinadas razones materiales llevan al Ordenamiento jurídico a ampliar el ámbito de actuación de los sujetos (con la consiguiente ampliación del nivel de exigibilidad de sacrificio para los restantes intervinientes en dicha actividad) (45). Esta tesis del riesgo permitido, de formulación relativamente reciente, ha tenido, sin embargo, claros antecedentes en todos aquellos autores que han sostenido la idea de la autorización estatal, el fin reconocido por el Estado, el ejercicio legítimo de un derecho (en Derecho español), etc. (46).

(42) BAUMANN, AT, 1977, p. 331, que identifica esta idea y la de riesgo permitido; PREISENDANZ, StGB, 1978, p. 727; ARZT/WEBER, BT, 1981, p. 108; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, CPC 1981, p. 218; HIRSCH, LK, 1981, § 226 a; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Lesiones, 1982, p. 81; BAJO FERNÁNDEZ, PE, 1986, p. 167; HORN, SK, 1986, § 226 a; QUERALT, PE, I, 1986, pp. 74-76; HAFT, AT, 1987, pp. 107-108; DREHER/TRONDLE, StGB, 1988, p. 1180, sin pronunciarse expresamente; JESCHECK, AT, 1988, p. 534; MUÑOZ CONDE, PE, 1988, p. 101; RODRÍGUEZ DEVESA, NEJ, XV, 1974, p. 109, admitiendo el consentimiento en el riesgo alternativamente a la autorización administrativa; STREE, StGB, 1988, § 226 a.

(43) PREUSS, Untersuchungen zum Erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974, pp. 24, 25 y 141; BAUMANN, AT, 1977, p. 331.

(44) Vid., REHBERG, Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko», 1962; KIENAPFEL, Das erlaubte Risiko, 1966; ROEDER, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; HORN, Erlaubtes Risiko und Risikoerlaubnis. Zur Funktion des Prüfstellensystems nach § 155 AE, en Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, pp. 719 ss.; PREUSS, Untersuchungen, 1974; BAUMANN, AT, 1977, pp. 330-332; MIR PUIG, Adiciones, 1981, pp. 557-558; JESCHECK, AT, 1988, pp. 360-363; CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, 1989, pp. 308-326.

(45) Dado que, en el tráfico jurídico, toda ampliación de los derechos de un sujeto conlleva el sacrificio, seguro o eventual, de los bienes jurídicos de los demás.

(46) V. LISZT, Tratado, II, 1926-1929, p. 362; FERRER SAMA, Comentarios, I, 1946, pp. 247-248; SAUER, Derecho penal. Parte General, 1956, pp. 214-215; QUINTANO RIPOLLÉS, Compendio, II, 1958, pp. 224-225; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, IV, 1961, p. 790; en el mismo sentido que QUINTANO RIPOLLÉS, DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ

Porque todas ellas, en definitiva, vienen a incidir en dos elementos fundamentales: la licitud de las lesiones de bienes jurídicos en actividades deportivas no depende del consentimiento, sino de una autorización jurídica general; la autorización no la da la sociedad como tal, por su influjo sobre el Derecho, sino el Ordenamiento jurídico mismo (aunque ello no excluya reconocer, *en el terreno sociojurídico, no dogmático*, que esta decisión del Ordenamiento es determinada por la realidad social). En su formulación actual, recogiendo la idea de riesgo, en relación con el contenido de las normas del cuidado debido, ha sido aplicada también al tema de las actividades deportivas (47).

f) Conclusión: Pienso que, como ya han señalado numerosos autores (48), la idea de consentimiento resulta absolutamente insuficiente para albergar la amplitud de actividades, riesgos y lesiones posibles y frecuentes en el terreno deportivo. Decir que la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penalmente protegidos en este campo sólo deja de ser antijurídica cuando exista consentimiento del titular del bien jurídico (disponible) en dicha lesión o puesta en peligro, tiene una implicación evidente: el consentimiento ha de probarse en el caso concreto. Esto quiere decir que, en aquellos casos en los que se pueda demostrar que no existía tal consentimiento, la conducta será en principio antijurídica. Pero el problema no es sólo el general de probarlo; ello generalmente será posible (no siempre), teniendo en cuenta que también cabe el consentimiento tácito, por actos concluyentes. Es que, además, existirían toda una serie de complejos problemas de error. Por ejemplo: ¿cabe el consentimiento eventual (es decir, conocer y aceptar la posibilidad de lesión, sin quererla o aceptar la lesión directamente)? ¿Qué sucede si el sujeto sufre error (y habría que ver si la solución es la misma si el error, objetivamente, es vencible o es invencible) sobre el grado de riesgo, es válido o no dicho consentimiento? ¿Y si el consentimiento está viciado?

En cualquier caso, creo que las objeciones son más amplias que

MOURULLO, PE, 1962, p. 438; QUINTANO RIPOLLÉS, Curso, I, 1963, p. 392; Curso, II, 1963, p. 99, combinándolo con el consentimiento; LUZÓN DOMINGO, Derecho penal del Tribunal Supremo, I, 1964, p. 234; DEL ROSAL, PG, 1976, p. 857, en el mismo sentido que QUINTANO RIPOLLÉS; PUIG PEÑA, PG, 1988, p. 318; Tratado, I, 1972, p. 789, haciendo la misma combinación; RODRÍGUEZ DEVESA, NEJ, XV, 1974, p. 109, admitiendo como fundamento la autorización administrativa alternativamente al consentimiento en el riesgo.

(47) PREUSS, Untersuchungen, 1974, p. 141; BAUMANN, AT, 1977, p. 331; ESER, JZ 1978, p. 370, aunque advirtiendo que se trata de un factor de justificación que precisa aún de aclaración; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, PG, 1986, p. 179, relacionándolo con la adecuación social.

(48) MAJADA PLANELLES, El problema penal, 1946, pp. 61-62; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado, IV, 1961, p. 786; DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, PE, 1962, pp. 437-438; DEL ROSAL, PG, 1976, p. 857; ESER, JZ 1978, p. 370; DÖLLING, ZStW 1984, p. 42; MIR PUIG, RAV 1987, pp. 39-40; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, BT, I, 1988, p. 91; PUIG PEÑA, PE, 1988, p. 427, que cita a MAGGIORE.

la de los problemas de error. Pienso que, en realidad, la cuestión básica es la de si sólo cuando exista consentimiento, y sólo por esa razón, la actividad —en este caso, deportiva— es lícita. Optar por la solución del consentimiento en estos casos, supone optar por la solución que podríamos calificar de clásica o liberal: Es decir, la disponibilidad de los bienes jurídicos individuales tan sólo la tiene su titular individual, la sociedad no tiene potestad alguna para intervenir sobre los mismos. Sin embargo, pienso que hoy dicha solución es difícilmente defendible: porque hay muchos casos de intervención del Estado, en beneficio de la colectividad, sobre bienes jurídicos individuales, incluso contra la voluntad del titular (49); y porque el consentimiento ha perdido, en general en la valoración jurídica, la importancia que se le atribuía, precisamente por esa superación de la visión individualista de las relaciones sociales y jurídicas.

En la actualidad parece más adecuado (adecuado a los principios generales del Ordenamiento, y por tanto también a los del Derecho penal), en esta materia, operar con criterios de decisión social, colectiva. Hoy parece evidente que existe un cierto nivel de disponibilidad de los bienes jurídicos individuales por parte de la colectividad (50). No otra cosa se quiere decir cuando, en materia penal, hablamos de *exigibilidad de sacrificio* (general o especial): estamos refiriéndonos a casos en los que, por imperativo del Ordenamiento jurídico, determinadas personas deben soportar puestas en peligro o incluso lesiones de sus bienes jurídicos individuales por parte de terceros o de la colectividad. Evidentemente, la idea de exigibilidad de sacrificio ha de tener limitaciones precisas; limitaciones que vendrán dadas, en el caso concreto, por las razones materiales que fundamentan dicha exigibilidad (dado que la idea misma de exigibilidad es puramente formal).

No otra cosa sucede en materia de actividades deportivas. Independientemente de que, en el caso concreto, pueda probarse la existencia o no de consentimiento en la conducta peligrosa o lesiva, parece evidente que, en general, existe una autorización estatal, del Ordenamiento jurídico, para la realización de dichas actividades. Autorización que se extiende a todas las ramas del Ordenamiento (51),

(49) Piénsese tan sólo en el caso de la propiedad: artículo 33 de la Constitución. O, por no salirnos del campo de la integridad corporal, en los tipos penales de autolesiones con la finalidad de eludir prestaciones personales obligatorias (art. 422 del CP, tras la reciente reforma).

(50) En realidad, dicha disponibilidad ha existido, en alguna medida, siempre, aunque ciertamente hoy se haya incrementado.

(51) No necesariamente porque la antijuridicidad sea única para todo el Ordenamiento jurídico, como se ha dicho reiteradamente (vid. por todos MEZGER, Tratado de Derecho penal, 1946, p. 360). Pienso, por el contrario, que lo civilmente antijurídico no tiene por qué serlo penalmente, salvo que una expresa disposición legal lo establezca así; lo mismo sucede respecto a las demás ramas del Derecho. Esto me parece especialmente claro respecto del Derecho penal, uno de cuyos principios orientadores básicos ha de ser siempre el de la subsidiariedad y carácter fragmentario de su intervención. Cuestión distinta es, en mi opinión, que en todo caso haya de preservarse (al

dada la regulación que en las mismas se hace de estas actividades (52). Esto supone, por tanto, la imposición de un deber (una exigencia) de que todos los intervinientes en dicho juego, en determinadas condiciones (concretamente, siempre que hayan prestado, expresa o tácitamente, su consentimiento libre *a su intervención en el juego*) soporten sin posibilidad alguna de reacción jurídica las lesiones o puestas en peligro que, respecto de sus bienes jurídico-penalmente protegidos, se produzcan como consecuencia de la práctica del deporte conforme a las reglas de juego.

Aquí creo necesaria una distinción: dentro de estas lesiones o puestas en peligro realizadas conforme a las reglas de juego, se pueden separar los casos en los que exista, en el terreno puramente objetivo, un riesgo (posibilidad —relativamente elevada, puesto que, si no, nos encontraríamos ya fuera de lo que puede ser definido como peligroso, en el terreno de lo puramente posible—, objetiva, de cometer hechos en principio objetivamente típicos; la idea de riesgo se mueve, pues, desde la perspectiva jurídico-penal, dentro del campo de las probabilidades, entre la mera posibilidad y la seguridad) de aquéllos en los que exista una seguridad (seguridad que, de nuevo en nuestro campo, no puede conceptuarse como absoluta —es decir, probabilidad del cien por cien—, sino, como sucede siempre en el ámbito de las actuaciones humanas, como elevadísima probabilidad, cercana a la seguridad absoluta).

En el primer caso (por ejemplo, maniobras en principio generalmente peligrosas, pero permitidas por el reglamento de las competiciones automovilísticas), realmente nos hallaremos ante una cuestión de delimitación, en el terreno de las actividades deportivas, del contenido de las normas de cuidado. En efecto, en estos casos, en los que, en el aspecto subjetivo, la conducta peligrosa o lesiva no es realizada con dolo directo (53), realmente podemos decir que el proble-

menos como ideal) la coherencia lógico-sistemática y valorativa del Ordenamiento jurídico (a esto parece aludir más bien RODRIGUEZ DEVESA, NEJ, XV, 1974, p. 109, cuando habla de principio de antijuridicidad general), que no exige, sin embargo, una determinación única para todo el Ordenamiento de la materia antijurídica, sino únicamente *la no contradicción* entre la determinación de la misma en los distintos sectores.

(52) Concretamente, en materia administrativa, existe legislación al respecto. En los campos civil y penal, la licitud se deriva más bien de los principios generales operantes en ambas ramas; concretamente, como veremos a continuación, de la delimitación, en este campo, del contenido de las normas del cuidado debido y, por tanto, de la idea de negligencia y de peligro para bienes jurídicos que subyace en toda prohibición —civil o penal— de conductas.

(53) Aunque hay que advertir que se pueden dar interesantes casos de error. Con frecuencia, la intención del sujeto puede estar en franca discrepancia con la realidad objetiva. Se pueden dar tres supuestos. Primero, que efectivamente el sujeto tenga intención —dolo directo— de realizar el tipo, y exista en la realidad objetiva auténtica seguridad (en el limitado sentido antes aludido) de la comisión del hecho; único caso en el que se puede hablar con absoluta propiedad de realización del hecho con dolo directo y con congruencia (en el sentido de MAURACH, Tratado de Derecho penal, I, 1962, pp. 331-332) entre la parte subjetiva y la objetiva, congruencia que hace desa-

ma será siempre el de definir si existe o no negligencia (infracción de las normas del cuidado debido). *Cuidado debido* es, pues, la expresión fundamental. El segundo término de dicha expresión —debido— nos indica que la materia de la delimitación del contenido jurídico-penal de la negligencia es de nuevo una materia esencialmente normativa. Y que en ella juega de forma esencial el principio de exigibilidad (objetiva), en virtud del cual se determina cuál es la medida del cuidado que, *general o especialmente*, es preciso adoptar para que la acción no sea desvalorada a título de negligencia. Porque las normas de cuidado no son tan sólo las generales, para cualquier persona, conforme a las cuales los casos que estamos tratando sí serían de negligencia; existen, también en el ámbito de la exigibilidad objetiva, supuestos especiales de exigibilidad o de inexigibilidad. Especiales no porque afecten tan sólo a una persona, por su especial situación psíquica (con lo cual estaríamos en el ámbito de la exigibilidad subjetiva), sino que afectan a determinados ámbitos específicos del tráfico jurídico, caracterizados por ciertos rasgos característicos y peculiares. Como puede ser, entre otros, el de la específica peligrosidad de las actuaciones en dicho ámbito, así como su importancia social. El comportamiento cuidadoso —no negligente— consiste tanto en la omisión de determinadas peligrosas acciones como en la realización de otras (en realidad, la mayoría) conforme a determinadas normas de cuidado. Normas de cuidado que, para ciertos ámbitos específicos del tráfico jurídico, son tanto las generales como las especiales del mismo. Por ello, en los casos en los que se realizan acciones peligrosas conforme a las normas del cuidado debido en dicho ámbito del tráfico jurídico, podremos decir que se trata de casos de *riesgo permitido*. Por el contrario, en los supuestos en los que se incumplan las específicas normas de cuidado del correspondiente ámbito de actividad, probablemente se pueda decir que estamos ya ante casos de *riesgo no permitido*. En este espacio del tráfico jurídico, existe negligencia jurídico-penal a pesar de que se cumplan las normas generales del cuidado debido, si no se cumplen las normas específicas de cuida-

parecer la idea de riesgo. Puede suceder, en segundo lugar, que el sujeto tenga intención de realizar el tipo, creyendo que se da la situación objetiva de seguridad en dicha realización, y sin embargo en la realidad objetiva no exita tal seguridad, sino únicamente una cierta probabilidad, un riesgo; aquí habría una especie de tentativa imposible de realizar el tipo con dolo directo (si se me permite la expresión), en la que la parte subjetiva iría más allá que la realidad objetiva. Pues, objetivamente, habrá tan sólo la realización de un riesgo aceptado por el sujeto: es decir, la construcción característica del dolo eventual. Finalmente, es posible también que el sujeto tenga *intención directa* de realizar el tipo, pese a conocer de antemano la realidad objetiva, en la que no se dan condiciones de seguridad de realización, sino de mera probabilidad —de riesgo—; caso éste que (por seguir con el simil anterior) podría quizá tener tratamiento cercano al del delito putativo. De nuevo objetivamente se trata de un caso de realización de un riesgo aceptada por el sujeto, y aquí con una incongruencia entre lo subjetivo y lo objetivo verdaderamente relevante.

do; y, al contrario, en ocasiones las normas especiales de cuidado pueden suponer una disminución del cuidado objetivamente debido para los sujetos y acciones pertenecientes a dichos ámbitos. Precisamente la peculiaridad de los casos del llamado riesgo permitido consiste en que el umbral de riesgo es ampliado, de tal manera que, pese a existir científico-naturalísticamente un riesgo, a veces muy elevado, por imperativo del Ordenamiento jurídico no existe desvalor de la acción (y, por tanto, tampoco responsabilidad penal); no hay negligencia.

Por el contrario, en el caso de actividades directamente lesivas, esto es, en aquélas en las que existe seguridad —en el sentido antes indicado— de producción del resultado lesivo, y en las que la conducta se realiza con dolo directo (el caso, por ejemplo, de las lesiones causadas de acuerdo con las reglas de juego en un combate de boxeo), probablemente no podamos hablar propiamente de riesgo permitido, dado que el mismo sentido de la expresión lo impide. De cualquier forma, la idea subyacente sigue en pie: autorización de la conducta por parte del Ordenamiento jurídico, con la consecuencia de ampliar el ámbito de la exigibilidad de sacrificio de los propios bienes para todos los intervinientes (libres) en el deporte, con independencia de que consientan o no en el peligro o en la lesión; en este caso, la autorización es directamente para lesionar bienes jurídico-penalmente protegidos.

De cualquier manera, la diferenciación resulta tan sólo necesaria a los efectos de examinar más a fondo los casos concretos. Porque creo que, a los efectos prácticos, ambos supuestos pueden ser encuadrados, en nuestro Derecho positivo, en una figura de eximente: así el artículo 8.11.º del CP. Esta eximente —causa de exclusión de la antijuridicidad— ha sido interpretada de forma bastante restrictiva, especialmente la de ejercicio legítimo de un derecho. Pienso que, en un Estado de Derecho de raíz liberal, la tendencia debería ser precisamente la contraria: así, concretamente en el campo que estamos tratando, la Constitución española, en su artículo 43.3, establece el fomento del deporte como principio orientador de la política social; la legislación administrativa ha desarrollado esta norma constitucional, de tal manera que hoy podemos decir sin dudas que la práctica de deportes es un derecho y, más aún, que resulta además una actividad valorada positivamente (no sólo autorizada) por el Ordenamiento jurídico. No se trata ya sólo del principio general de libertad, valor superior del Ordenamiento jurídico; creo que se puede hablar también de derechos concretos, reconocidos por el Ordenamiento jurídico, a practicar deportes.

No entraré, en fin, en el análisis de la idea de adecuación social, por exceder ampliamente el objeto de este trabajo, dado que la postura que se adopte hacia dicho concepto en materia de actividades de-

portivas (54) depende de la actitud general hacia su sentido y utilidad. Diré tan sólo dos cosas. En primer lugar, que cumple con la exigencia, que antes señalaba, de dar soluciones de carácter social y colectivo, no meramente individuales al problema; en este sentido, me parece, desde luego, más acorde con los principios del Derecho penal actual que la solución del consentimiento. Sin embargo, en segundo lugar, he de decir que la idea misma de adecuación social presenta no pocos problemas, al menos si se desea admitir como factor configurador, *en el terreno dogmático* (esto es, en el de la configuración e interpretación jurídico-formal de los tipos penales), no en el sociológico-jurídico (campo éste de la eficacia social real de dichos tipos); por otra parte, pienso que, si se asume una visión abierta, no rigidamente positivista y legalista, del Ordenamiento jurídico (que, no lo olvidemos, está constituido también por normas constitucionales, por principios generales y por valores inspiradores, y que, además, no puede ser interpretado por normas aisladas en sí mismas, sino con una interpretación coherente de conjunto), el concepto de adecuación social como factor de adaptación no es necesario, pues basta con una buena interpretación del Ordenamiento mismo.

VI

Llegamos ahora a la cuestión de mayor relevancia práctica del tema que estoy examinando: la punición o no, y sus límites, de las lesiones o puestas en peligro, en principio típicas, producidas durante la realización de actividades deportivas *con infracción de las reglas de juego*.

Un examen de las opiniones expuestas por los autores sobre la materia resulta sorprendente. A pesar de la diversidad de fundamentos que se atribuye a la impunidad de las conductas (55), a la hora de abordar esta cuestión las respuestas son casi uniformes; o, mejor, se dividen tan sólo en dos grandes grupos:

a) Algunos defienden el criterio riguroso del cumplimiento de las reglas de juego (56). Es decir, las conductas que cumplan las reglas de juego son lícitas, y las demás son siempre penalmente antijurídicas.

(54) Quizá el mayor defensor en España del concepto de adecuación social, y especialmente en este campo del tráfico jurídico, sea MIR PUIG. Vid. Adiciones, 1981, p. 347; PG, 1985, pp. 458 ss.; RAV 1987, pp. 43 ss. Cfr. la exposición y crítica al respecto en CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 1989, pp. 299-301.

(55) Vid. *supra*.

(56) V. LISZT, *Tratado*, II, 1926-1929, p. 363; FERRER SAMA, *Comentarios*, I, 1946, p. 247; QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio*, II, 1958, p. 225; lo insinúa también en, *Tratado*, I, 1972, p. 786; DEL ROSAL/COBO/RODRIGUEZ MOURULLO, PE, 1962, p. 437; v. HIPPEL, *Strafrecht*, II, 1930 (1971), p. 247; CUELLO CALÓN, PE, 1975, p. 565; DEL ROSAL, PG, 1976, p. 857; WIECZOREK, AT, 1981, p. 45; BAJO FERNÁNDEZ, PE, 1986, p. 167; QUERALT, PE, I, 1986, p. 75, aunque habla después del papel de la tolerancia social en estos casos.

b) Otros afirman, por el contrario, que hay infracciones de las reglas de juego que son impunes, aunque las más graves, dolosas o imprudentes, sean punibles (57). El fundamento que se da a dicha impunidad es diverso: para unos, es el riesgo permitido (58); para algún otro, el principio de insignificancia (59); otros, en fin, hablan de consentimiento en el riesgo (60) o de adecuación social (61).

En mi opinión, en ambas soluciones existen insuficiencias manifiestas. Creo que la primera opción, la de castigar penalmente toda infracción de las reglas de juego, resulta rigorista en exceso, hasta el punto de que, en la práctica, no es aceptada, pues ha parecido inconveniente castigar penalmente ciertas prácticas que se dan habitualmente en las competiciones deportivas, aun cuando sean antirreglamentarias. Por otra parte, la segunda solución, que acepta la licitud penal de ciertas conductas antirreglamentarias leves, aun siendo en mi opinión más atinada, por su mayor adecuación a la realidad social, creo que no acierta a encontrar un fundamento correcto, por lo que, consiguientemente, los límites de la antijuridicidad en este terreno permanecen bastante imprecisos.

Pienso, pues, que cabe una solución más matizada, que puede dar respuesta satisfactoria a todos los casos posibles. Si se acepta la reconducción aquí propuesta a las eximentes del art. 8.11.º CP, la construcción habría de ser la siguiente: al hablar el CP en todos los casos de ejercicio legítimo, como exigencia para que exista el efecto completo de exclusión de la responsabilidad penal, tal legitimidad, en estos casos, consistiría precisamente en la observancia de las normas del cuidado debido, generales y especiales, de tal manera que la conducta a efectos penales dejaría de ser considerada como negligente. Y, en materia de actividades deporti-

(57) PREUSS, *Untersuchungen*, 1974, pp. 24, 141; BETTIOL, PG, 1976, p. 349; BOCKELMANN, BT, 1977, p. 58; ESER, JZ 1978, pp. 372-373; PREISENDANZ, StGB, 1978, p. 727; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, CPC 1981, pp. 219-220; HIRSCH, LK, 1981, § 226 a; MIR PUIG, *Adiciones*, 1981, p. 347; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Lesiones*, 1982, p. 84; DÖLLING, ZStW 1984, p. 59; OTTO, BT, 1984, p. 65; HORN, SK, 1986, § 226 a; MIR PUIG, PG, 1985, p. 458; HAFT, AT, 1987, p. 108; MIR PUIG, RAV 1987, p. 40; DREHER/TRONDLER, StGB, 1988, p. 1180; JESCHECK, AT, 1988, p. 534; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, BT, I, 1988, p. 91; PUIG PEÑA, PE, 1988, pp. 427-428; STREE, StGB, 1988, § 226 a.

(58) PREUSS, *Untersuchungen*, 1974, pp. 24, 141, identificándolo con el consentimiento en el riesgo; BETTIOL, PG, 1976, p. 349, aunque no habla expresamente de riesgo permitido; ESER, JZ 1978, p. 372.

(59) Lo insinúa MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, BT, I, 1988, p. 91.

(60) BOCKELMANN, BT, 1977, p. 58; PREISENDANZ, StGB, 1978, p. 727; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, CPC 1981, pp. 219-220; HIRSCH, LK, 1981, § 226 a; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Lesiones*, 1982, p. 84; OTTO, BT, 1984, p. 65; HORN, SK, 1986, p. 534; PREUSS, *Untersuchungen*, 1974, pp. 24, 141, que lo identifica con el riesgo permitido; PUIG PEÑA, PE, 1988, pp. 427-428; STREE, StGB, 1988, § 226 a; la idea de consentimiento indirecto o mediato (mittelbare Einwilligung) de JAKOBS (*cit.* en DÖLLING, ZStW 1984, pp. 45-46) se aproxima ya mucho a la idea de riesgo permitido.

(61) MIR PUIG, *Adiciones*, 1981, p. 347; PG, 1985, p. 458; RAV 1987, p. 40.

vas, dichas normas especiales de cuidado, que modifican (en sentido a la vez extensivo y restrictivo del cuidado debido) las normas generales que suelen regir en la vida cotidiana, están básicamente constituidas por las reglas de juego. Reglas de juego no equivale a reglamento del deporte correspondiente: porque en el reglamento (62) se recogen también normas organizativas y de otro tipo que no afectan para nada a las conductas de los intervinientes en la actividad deportiva, y otras que sí afectan a dichas conductas pero no a bienes jurídico-penalmente protegidos (así, por ejemplo, las que tratan de velar por la igualdad de oportunidades de todos los intervinientes en el juego); y también porque hay reglas del juego que no están expresamente (o no lo están de modo exhaustivo) recogidas en el reglamento escrito del deporte (63).

Es decir, que, en caso de inobservancia de tales normas de cuidado (aquí, en caso de infracción de las reglas del juego), podrán suceder dos cosas. Puede suceder, primero, que la inobservancia implique ya, dado el sentido que el derecho al deporte (por decirlo así) conferido por el Ordenamiento jurídico tiene en sí mismo, la ausencia de auténtico ejercicio de tal derecho; con lo que no existiría efecto existente alguno, ni completo ni incompleto (atenuante del art. 9.1.º CP). Y ello porque los derechos y facultades son establecidos por el Ordenamiento no de una manera ciega, puramente naturalística, sino con un sentido teleológico; de tal forma que, en casos de absoluto desconocimiento de tal sentido (y no me refiero a ningún animus subjetivo, sino al sentido teleológico de las actuaciones objetivas), se puede decir que no se está ni siquiera en el ámbito de ejercicio del derecho o facultad. Lo cual, en estos supuestos, se daría en casos de *absoluta* inobservancia de las normas del cuidado debido que dé lugar a que la práctica de la actividad deportiva deje de ser tal, aunque con tal pretexto haya comenzado. Así sucede, por ejemplo, cuando un partido de fútbol acaba en una riña entre los jugadores.

Por el contrario, en los casos en los que la inobservancia sea menor, esto es, cuando el peligro inherente a la actuación persiste jurídicamente, aunque disminuye gracias a la observancia, al menos parcial, de normas de cuidado, estaremos ante casos de un ejercicio ilegítimo del derecho, por infracción —parcial— de las reglas de jue-

(62) Sobre la naturaleza jurídica de los reglamentos de los deportes, dice MAJADA PLANELLES (El problema penal, 1946, pp. 85-86) que se trata de reglamentos administrativos. Probablemente, si no en un sentido estricto, si en sentido amplio pueda atribuirseles tal naturaleza, pues, pese a tratarse de normas dictadas por corporaciones no estrictamente estatales, se puede decir que en este terreno actúan en virtud de una potestad reglamentaria delegada de la Administración pública. Vid. en este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso de Derecho administrativo, I, 3.ª ed. 1982, pp. 34-35. Igualmente, sobre la naturaleza de la impropriadamente denominada jurisdicción deportiva, vid. VILLAGÓMEZ RODIL, REPEn 1958, p. 847.

(63) MAJADA PLANELLES, El problema penal, 1946, p. 84.

go (normas de cuidado). Con la consencuencia de que, de la acción lesiva o peligrosa (y del resultado derivado de la misma, en caso de existir), responderá el autor con una atenuación del artículo 9.1.º del CP (la llamada eximente incompleta), que supone una reducción de la pena en uno o dos grados.

Esta solución, en apariencia excesivamente rigurosa, se ve, sin embargo, suavizada, y reconducida hacia satisfactorias consecuencias, por la importancia que, en materia de actividades deportivas, tiene el principio de insignificancia. En efecto, en virtud de la relevancia de este principio, las conductas que infringen de forma más leve las reglas de juego, aun cuando en principio encajen en las descripciones típicas y no puedan quedar amparadas por ejercicio *legítimo* de la actividad deportiva, quedan excluidas del ámbito de los tipos penales, y por tanto de la antijuridicidad penal (64). La insignificancia de la conducta a efectos penales vendrá determinada básicamente por el escaso desvalor de la acción: dicho desvalor de acción está constituido, como es sabido, por el desvalor subjetivo y por el desvalor del comportamiento objetivo (básicamente, el grado de peligrosidad de la modalidad de conducta para el bien jurídico). Lo que quiere decir que, aun cuando la intención sea especialmente perversa, si las modalidades de actuación utilizadas son escasísimamente peligrosas (más allá, claro está, del peligro inherente ya a la realización de la actividad cuando se cumplen las reglas), también habrá insignificancia. Por el contrario, el desvalor del resultado, aun cuando sea insignificante, si existe un importante desvalor de acción, dará lugar a responsabilidad penal: por un delito de peligro, si existe, o por una tentativa (inacabada o acabada) de delito de lesión, con la correspondiente atenuación por eximente imcompleta, caso de que proceda.

De esta forma pienso que los resultados prácticos obtenidos resultan satisfactorios. Por otra parte, se ponen límites claros a las con-

(64) Probablemente en materia civil sucederá también lo mismo (esto es, la exclusión de la responsabilidad), dado que rige también en ese campo el principio de responsabilidad generalmente subjetiva, salvo que expresamente la legislación instaure en un determinado ámbito una responsabilidad objetiva (cfr. CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español, común y foral, IV, 11.ª ed. 1981, pp. 924-936), y puesto que también parece razonable la operatividad del principio de insignificancia. De tal manera que el desvalor de acción o, en su caso, el desvalor del resultado serían tan infimos en muchos supuestos de conductas deportivas antirreglamentarias que la responsabilidad civil también quedaría excluida.

Cuestión distinta es la responsabilidad administrativa. Aquí opera la sanción establecida legal o reglamentariamente, en muchas ocasiones con carácter objetivo (no siempre, en muchos preceptos de los reglamentos deportivos se exige para castigar una conducta peligrosa mala fe o propósito). Y, de cualquier manera, en muchas ocasiones, concretamente en materia deportiva, la eficacia del principio de insignificancia ha sido excluida por los propios reglamentos, al sancionar expresamente determinadas conductas leves. De esta manera, y partiendo de la naturaleza de reglamentos administrativos de los reglamentos deportivos, muchas conductas que infringen las reglas de juego serán sancionadas administrativamente (falta, o expulsión, o prohibición de jugar...), pero no civil ni penalmente.

ductas lícitas a efectos penales en materia de actividades deportivas, eliminando así los abusos que, bajo el pretexto de la adecuación o de la tolerancia social, se pueden cometer. Puede así quizá quedar claro que las conductas deportivas son impunes por sí mismas con independencia de la voluntad de los intervinientes; y, sobre todo, que las infracciones de las reglas de juego, en cuanto amenacen o lesionen efectivamente bienes jurídico-penalmente protegidos, salvo que por su escasa trascendencia puedan quedar excluidas del ámbito de la antijuridicidad penal, han de ser sancionadas por el Derecho penal.

SECCION LEGISLATIVA

Disposiciones (*)

TRATADO de extradición entre España y Canadá, hecho en Madrid el día 31 de mayo de 1989 («B.O.E.» 8 de agosto de 1990).

España y Canadá,

Animadas del deseo de hacer más efectiva su cooperación en la represión del delito mediante la conclusión de un Tratado para la Extradición de las personas acusadas o condenadas por la comisión de delitos.

Reafirmando la recíproca confianza en sus sistemas legales e instituciones judiciales,

Han convenido lo siguiente:

ARTÍCULO 1

Obligación de conceder la extradición

Los Estados Contratantes se comprometen a entregarse recíprocamente, según las disposiciones del presente Tratado, a las personas a quienes se persiga para su enjuiciamiento o para la imposición o cumplimiento de una condena en el Estado requirente por un hecho que dé lugar a extradición.

ARTÍCULO 2

Hechos que dan lugar a extradición

1. A efectos del presente Tratado, darán lugar a extradición aquellos hechos que sean punibles, según las leyes de ambos Estados Contratantes, tanto en el momento de la comisión del hecho como en el de la solicitud de extradición, con prisión, una medida de seguridad u otra pena privativa de libertad, cuya duración máxima sea de un año por lo menos, o con una pena más severa. Cuando la solicitud de extradición se refiera a una persona condenada por un delito de esa clase a la que se busca para el cumplimiento de una pena de prisión,

(*) Sección elaborada por la Redacción de la Revista.

medida de seguridad u otra pena privativa de libertad, sólo se concederá la extradición si le quedan por cumplir, por lo menos, seis meses de la pena.

2. A efectos del presente artículo, no se tendrá en cuenta el que las leyes de los Estados Contratantes tipifiquen las acciones y omisiones que constituyen el delito dentro de la misma categoría de infracciones o utilicen para su denominación la misma terminología o una terminología similar.

3. A los efectos del presente artículo, para determinar si una infracción constituye un delito según la ley de ambos Estados Contratantes, se tomará en consideración la totalidad de las acciones u omisiones imputadas a la persona cuya extradición se solicita, sin tomar en cuenta la figura delictiva que se le imputa según la ley del Estado requirente.

4. Los delitos en materia fiscal darán lugar a extradición.

5. Si la solicitud de extradición se refiere a una condena en la que se imponga al mismo tiempo una pena de prisión según lo previsto en el párrafo 1 y una sanción pecunaria, el Estado requerido podrá conceder también la extradición para el cumplimiento de la sanción pecunaria.

6. Si la solicitud de extradición se refiere a varios delitos, punibles cada uno de ellos según la ley de ambos Estados, y en algunos de los cuales no se reúnen los otros requisitos del párrafo 1, el Estado requerido podrá conceder también la extradición por dichos delitos.

ARTÍCULO 3

Denegación obligatoria de extradición

No se concederá la extradición si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

1. Si el delito por el que se solicita la extradición es considerado por el Estado requerido como un delito político. A los fines de este párrafo, no se considerará como delito político los siguientes:

a) El homicidio o tentativa de homicidio contra un Jefe de Estado o un miembro de su familia.

b) Un delito por el cual los Estados Contratantes tengan, en virtud de un Tratado multilateral, la obligación de extraditar a la persona reclamada o someter el asunto a sus autoridades competentes para su persecución penal.

c) Homicidio y agresiones intencionales que hayan causado lesiones corporales graves.

d) Un delito que entrañe secuestro, toma de rehenes o cualquier otra forma de detención ilegal.

e) Un delito que entrañe también la colocación o utilización de un aparato o una sustancia explosiva, incendiaria o destructora, así como la utilización de armas de fuego automáticas, en la medida en que hayan ocasionado o fueren susceptibles de ocasionar un perjuicio grave para las personas o daños materiales graves.

f) Una tentativa o conspiración para cometer o aconsejar la comisión de cualquiera de los delitos arriba citados, o ayudar o inducir a una persona a que cometa o intente cometer dicho delito.

2. Si la infracción por la que se solicita la extradición constituye delito en

la legislación militar pero no es delito en la legislación penal ordinaria de los Estados Contratantes.

3. Si en el Estado requerido se ha dictado sentencia definitiva respecto del delito por el cual se pide la extradición de la persona.

4. Si la acción penal o la pena por el delito a que se refiere la solicitud de extradición hubiere prescrito o se hubiere extinguido por cualquier otra causa de acuerdo con la ley del Estado requerido.

ARTÍCULO 4

Denegación facultativa de extradición

Podrá denegarse la extradición cuando se dé cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Si la persona cuya extradición se pide es nacional del Estado requerido. La cualidad de nacional se apreciará en el momento de la solicitud sobre la extradición. Si el Estado requerido deniega la extradición de un nacional suyo, someterá el asunto, a instancia del otro Estado, a las autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente contra dicha persona. A estos efectos las actuaciones, documentos y pruebas relativas al delito serán transmitidas al Estado requerido, que informará al Estado requirente del curso dado a su solicitud.

2. Si el Estado requerido, aun teniendo en cuenta la naturaleza del delito y los intereses del Estado requirente, considera que, por razones de salud o de edad, la extradición será incompatible con consideraciones humanitarias.

3. Si la persona reclamada está sujeta a procedimiento en el Estado requerido por el delito por el cual se solicita la extradición, o si las autoridades competentes del Estado requerido han decidido, de acuerdo con sus leyes, no entablar procedimiento o desistir del mismo.

4. Si la persona reclamada hubiese sido condenada en rebeldía y el Estado requirente no diese garantías suficientes de que podrá utilizar los recursos legales pertinentes.

5. Si el delito hubiere sido cometido fuera del territorio del Estado requirente y las leyes del Estado requerido no previeren la misma competencia en circunstancias similares.

6. Si la persona reclamada hubiere sido absuelta o condenada definitivamente en un tercer Estado por un hecho que constituya el mismo delito por el que se solicita la extradición y, en el caso de haber sido condenada, la condena impuesta haya sido cumplida en su totalidad o ya no sea susceptible de cumplimiento.

ARTÍCULO 5

Pena capital

Si el hecho que motivare la solicitud de extradición estuviere castigado con pena capital por la ley del Estado requirente y, en tal caso, dicha pena no se hallare prevista en la legislación del Estado requerido, o generalmente no se eje-

cutare, podrá no concederse la extradición sino a condición de que el Estado requirente dé seguridades, consideradas suficientes por el Estado requerido, de que la pena capital no será ejecutada.

ARTÍCULO 6

Entrega aplazada

Cuando la persona reclamada esté sujeta a procedimiento o cumpliendo una condena en el Estado requerido por un delito distinto de aquél por el que se solicita la extradición, el Estado requerido podrá entregar a la persona reclamada o aplazar su entrega hasta la conclusión del procedimiento o del cumplimiento de cualquier pena que le haya sido impuesta.

ARTÍCULO 7

Transmisión de las solicitudes de extradición

1. Las solicitudes de extradición y los documentos que le acompañen serán transmitidos por vía diplomática, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 2.º

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no excluye la transmisión directa de solicitudes y documentos que las acompañen entre los Ministerios de Justicia de los Estados Contratantes, en cuyo caso deberá enviarse una copia de la solicitud por vía diplomática.

ARTÍCULO 8

Documentos que deberán presentarse

1. En apoyo de una solicitud de extradición se presentarán los siguientes documentos:

- a) En todos los casos:
 - i) Información sobre la descripción, la identidad, paradero y nacionalidad de la persona reclamada.
 - ii) Una declaración de un funcionario judicial o público sobre el hecho delictivo, objeto de la solicitud de extradición, así como del lugar y fecha de comisión del delito, su naturaleza y las disposiciones legales aplicables de acuerdo con el artículo 2, párrafo 1, adjuntándose una copia. Esta declaración indicará también que estas disposiciones legales estaban en vigor tanto en el momento de la comisión del delito como en el de la solicitud de extradición.
- b) En el caso de una persona a quien se acuse de un delito:
 - i) El original o una copia certificada conforme de la orden de detención o de cualquier documento que tenga la misma fuerza y efectos, emitidos en el Estado requirente.
 - ii) En el caso de que la ley del Estado requerido así lo exija, las pruebas

que justificarían el enjuiciamiento de la persona reclamada, incluidas las encaminadas a determinar su identidad.

iii) A efectos del párrafo b) ii), los originales o copias certificadas conformes de pruebas, declaraciones, declaraciones bajo juramento, actas, informes o apéndices, o cualquier otro documento que aparezcan recibidos, recogidos u obtenidos en España o en otro país, por una autoridad judicial o confirmados ante una autoridad judicial, y hayan sido tomados o confirmados bajo juramento o no, serán admitidas como prueba de los hechos contenidos en los mismos, si la autoridad judicial de España certifica que han sido obtenidos de acuerdo con la legislación española y que figuran en las actuaciones judiciales sobre las que se fundamenta la emisión de la orden de detención o documento equivalente.

c) En el caso de una persona reclamada para el cumplimiento de una condena:

i) El original o copia certificada de la sentencia u otro documento en que se indiquen la condena y la pena que hayan de cumplirse.

ii) Si ya se hubiere cumplido una parte de la condena, una declaración de un funcionario público en la que se especifique la parte de la pena que reste por cumplir.

d) En apoyo de una solicitud formulada por Canadá, relativa a una persona que haya sido condenada pero a la que todavía no se haya impuesto pena alguna, el original o copia certificada de la orden de detención y el original o copia certificada de un documento en el que se acredite que dicha persona ha sido condenada y que se encuentra pendiente de la imposición de una pena.

e) Cuando una persona haya sido condenada en rebeldía:

i) El original o una copia certificada conforme del auto de detención o de cualquier otro documento que tenga la misma fuerza, expedido en el Estado requirente.

ii) En el caso de que la ley del Estado requerido así lo exija, las pruebas que, de conformidad con lo previsto en el párrafo 1.b) ii) del presente artículo, justificaría el enjuiciamiento de la persona reclamada por ese delito y las encaminadas a determinar la identidad de la persona reclamada.

2. Todos los documentos presentados en apoyo de una solicitud de extradición y que aparezcan certificados o expedidos por una autoridad judicial del Estado requirente o hechos bajo su autoridad serán admitidos por el procedimiento de extradición en el Estado requerido sin tener que ser recibidos bajo juramento o solemne promesa y sin necesidad de prueba de la firma o del carácter oficial de la persona que aparezca como firmante de los mismos.

3. No se exigirá ninguna autenticación ni certificación ulterior de los documentos presentados en apoyo de la petición de extradición.

4. En el procedimiento de extradición se admitirá, a todos los efectos, cualquier traducción, aportada por el Estado requirente, de los documentos presentados en apoyo de una solicitud de extradición.

ARTÍCULO 9

Información adicional

Si el Estado requerido considera que los datos aportados en apoyo de la solicitud de extradición de una persona no son suficientes para que se cumplan los

requisitos del presente Tratado, dicho Estado podrá solicitar que se aporten datos adicionales, dentro del plazo que especifique.

ARTÍCULO 10

Detención preventiva

1. En caso de urgencia, el Estado requirente, puede solicitar por escrito la detención preventiva de la persona reclamada a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) o a las autoridades competentes del Estado requirente, mientras se presenta la solicitud de extradición.

2. Deberán hacerse constar en la solicitud de detención preventiva los pormenores de la sentencia condenatoria u orden de detención, una relación de los hechos que la motiven, el tiempo y lugar de su perpetración, y la filiación de la persona cuya detención se interesa, con ofrecimiento de presentar seguidamente petición de extradición.

3. Al recibir la solicitud de detención preventiva, el Estado requerido adoptará las medidas necesarias para asegurar la detención de la persona reclamada y notificará al Estado requirente, a la mayor brevedad, el resultado de su solicitud.

4. La persona que haya sido detenida a consecuencia de dicha solicitud será puesta en libertad a los sesenta días de la fecha de su detención si no se hubiese recibido una solicitud de extradición acompañada de los documentos que se especifican en el artículo 8.

El hecho de que se haya puesto en libertad a una persona reclamada según lo dispuesto en el párrafo 4 del presente artículo no será obstáculo para que se inicie o continúe el procedimiento de extradición de dicha persona en caso de recibir la solicitud y documentos que la acompañan posteriormente.

ARTÍCULO 11

Consentimiento a la extradición

Se podrá conceder la extradición si la persona cuya extradición se solicita de acuerdo con el presente Tratado, a pesar de no haberse cumplido las condiciones de los artículos 7 y 8, hubiera dado su consentimiento para que se dicte la correspondiente resolución accediendo a la extradición.

ARTÍCULO 12

Concurso de solicitudes de extradición

1. En caso de recibirse de dos o más Estados solicitudes de extradición de una misma persona, el Estado requerido decidirá a cuál de estos Estados habrá de concederse la extradición y notificará dicha decisión al otro Estado Contratante.

2. Para determinar a qué Estado se concederá la extradición, el Estado requerido tendrá en cuenta todas las circunstancias pertinentes y, particularmente:
 - a) La gravedad relativa de los delitos, en caso de que las solicitudes se refieran a distintos hechos.
 - b) La fecha y lugar en que se cometió cada uno de los delitos.
 - c) Las respectivas fechas de las solicitudes.
 - d) La nacionalidad de la persona.
 - e) El lugar habitual de residencia de dicha persona.

ARTÍCULO 13

Entrega de la persona reclamada

1. En cuanto se haya tomado una decisión respecto a la solicitud de extradición, el Estado requerido comunicará dicha decisión al Estado requirente. Se motivará toda decisión por la que se deniegue total o parcialmente una solicitud de extradición.
2. Cuando se concede la extradición de una persona por un delito, se efectuará su traslado desde el lugar del territorio del Estado requerido que sea conveniente para ambos Estados Contratantes.
3. El Estado requirente efectuará el traslado desde el territorio del Estado requerido dentro de un plazo razonable especificado por el Estado requerido. Si la persona reclamada no fuera trasladada dentro de dicho plazo, el Estado requerido podrá negarse a conceder la extradición por el mismo delito.
4. Si, por circunstancias ajenas a su control, un Estado Contratante no pudiese proceder a la entrega o traslado del extradicto, lo pondrá en conocimiento del otro Estado. Los Estados Contratantes concertarán un nuevo plazo de entrega y se aplicarán las disposiciones de las disposiciones del párrafo 3 del presente artículo.

ARTÍCULO 14

Entrega de objetos

1. En la medida en que lo permita la ley del Estado requerido, y sin perjuicio de los derechos de terceros, que habrán de respetarse debidamente, todo objeto que se encuentre en el Estado requerido y se haya adquirido a consecuencia del delito, o que pueda necesitarse como prueba, se entregará al Estado requirente, si así lo solicita, en caso de concederse la extradición o si la persona reclamada consiente en ella.
2. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, dichos objetos se entregarán al Estado requirente, si éste así lo solicita, aun en caso de que una extradición no pudiera tener lugar a consecuencias de la muerte o evasión de la persona reclamada.
3. Cuando así lo exijan la legislación del Estado requerido o los derechos de terceros, los objetos entregados serán restituidos al Estado requerido, si así lo solicita, sin gasto alguno.

ARTÍCULO 15

Principio de especialidad

La persona que hubiera sido entregada no será perseguida, ni sentenciada, ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal, por cualesquiera actos u omisiones anteriores a la entrega distintos de los que hubieran motivado la extradición, excepto en los casos siguientes:

a) Cuando el Estado requerido consintiere en ello. A tal efecto, la solicitud de consentimiento será acompañada de la documentación prevista en el artículo 8.

b) Cuando la persona entregada, habiendo tenido la posibilidad de abandonar el territorio del Estado requirente, no lo hubiera hecho así dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a su excarcelación definitiva o hubiere regresado a dicho territorio después de haberlo abandonado.

ARTÍCULO 16

Reextradición a un tercer Estado

1. En caso de que una persona haya sido entregada al Estado requirente por el Estado requerido, el Estado requirente no efectuará la entrega a un tercer Estado por un delito cometido con anterioridad a la entrega, excepto:

a) Si el Estado requerido lo consiente.

b) Si la persona entregada, habiendo tenido la posibilidad de abandonar el territorio del Estado requirente, no lo hubiere hecho así dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a su excarcelación definitiva o hubiere regresado a dicho territorio después de haberlo abandonado.

2. Antes de acceder a una solicitud efectuada en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1.a) del presente artículo, el Estado requerido podrá exigir que se envíe la documentación presentada en apoyo de la solicitud del tercer Estado.

ARTÍCULO 17

Tránsito

1. Cuando un tercer Estado ha concedido la extradición de una persona a uno de los Estados contratantes, dicho Estado contratante solicitará permiso de tránsito del otro Estado contratante en el caso de escala regular en el territorio de este último Estado.

2. El Estado de tránsito podrá reclamar la documentación indispensable para adoptar una decisión autorizando el tránsito.

3. El Estado al que se solicitó el tránsito puede denegarlo en base a su legislación.

ARTÍCULO 18

Ley aplicable

Salvo disposición en contrario en el presente Tratado, los procedimientos relativos a la detención y extradición se regirán por las leyes del Estado requerido.

ARTÍCULO 19

Idiomas

Todos los documentos presentados de acuerdo con este Tratado estarán redactados o traducidos a uno de los idiomas oficiales del Estado requerido.

ARTÍCULO 20

Asistencia jurídica mutua en materia de extradición

El Estado requerido, cuando así lo solicite en la medida permitida por su legislación, practicará las pruebas pedidas por el Estado requirente, en su propio territorio en relación con el delito por el que se haya solicitado la extradición.

ARTÍCULO 21

Autoridades encargadas de la Dirección Letrada

1. En el caso de una solicitud de extradición presentada por las autoridades españolas, el Fiscal general de Canadá será la autoridad encargada de la Dirección Letrada del procedimiento judicial de extradición.
2. En el caso de una solicitud de extradición presentada por las autoridades canadienses se seguirá lo dispuesto por la legislación española.
3. Nada en este artículo afectará los derechos y obligaciones de los representantes diplomáticos y consulares de los Estados Contratantes.

ARTÍCULO 22

Gastos

1. El Estado requerido tomará todas las medidas necesarias y sufragará los gastos que se originen en el procedimiento que se inicie a consecuencia de una solicitud de extradición, incluyendo los que se deriven de un proceso cuando se degenera por razón de nacionalidad.
2. El Estado requerido sufragará los gastos que resulten de la detención en su territorio de la persona cuya extradición se solicita, y de la custodia de dicha persona hasta su entrega.

3. El Estado requirente sufragará los gastos ocasionados por el traslado del extraditado desde el territorio del Estado requerido.

ARTÍCULO 23

Entrada en vigor y denuncia

1. El presente Tratado entrará en vigor treinta días después de que los Estados Contratantes se hayan notificado mutuamente el cumplimiento de los requisitos legales para su entrada en vigor.

2. Cada uno de los Estados Contratantes podrá dar por terminado el presente Tratado en cualquier momento, mediante notificación por escrito y dejará de estar en vigor ciento ochenta días después de la fecha en que se formule la notificación.

3. Al entrar en vigor este Tratado quedará sin efectos, entre los Estados Contratantes, el Tratado de Extradición celebrado entre España y Gran Bretaña el 4 de junio de 1878, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5.

4. Las extradiciones solicitadas después de la entrada en vigor de este Tratado se regirán por sus cláusulas.

5. Las extradiciones solicitadas antes de la entrada en vigor de este Tratado, continuarán tramitándose y serán resueltas conforme a las disposiciones del Tratado de Extradición entre España y Gran Bretaña, celebrado el 4 de junio de 1878.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados a este efecto por sus respectivos Gobiernos, firman el presente Tratado.

Hecho en Madrid, el 31 de mayo de 1989, en español, inglés y francés, siendo todos los textos igualmente auténticos.

El presente Tratado entrará en vigor el 10 de agosto de 1990, treinta días después de la fecha de la última de las notificaciones cruzadas entre las Partes comunicándose mutuamente el cumplimiento de sus respectivos requisitos legales, según se establece en el artículo 23.1 del mismo.

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

ENAJENACION MENTAL INCOMPLETA, EN SU FORMA DE INTENSA ADICCION A LA HEROINA, SOBREVENIDA DESPUES DE LA SENTENCIA: EFECTOS SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA

Consulta núm. 1/1990, de 30 de abril

I

Por hechos acaecidos el 22 de febrero de 1986, una persona fue condenada en sentencia de 3 de diciembre de 1986 por delitos de utilización ilegítima de vehículos de motor y de robo con intimidación en entidad bancaria, a un total de 4 años, 6 meses y 2 días de privación de libertad, sin que se apreciaran circunstancias modificativas de la responsabilidad. Interpuesto recurso de casación por el condenado, el Tribunal Supremo lo desestimó en sentencia de 21 de febrero de 1989.

El penado permaneció en prisión preventiva desde el 21 de febrero de 1986 hasta el 20 de mayo de 1988, fecha en que se cumplió el período de la mitad del tiempo de duración de las penas impuestas.

En las diligencias sumariales no hay referencia alguna a que el imputado tuviera adicción a los estupeficientes; tan sólo manifestó sobre ese punto ante el Juzgado que desde hacía dos meses no consumía tipo alguno de droga y que no sentía necesidad de tomarla. Sin embargo, pocos días después de ser puesto en libertad, concretamente el 1 de junio de 1988, se sometió por iniciativa propia al llamado Programa Terapéutico para toxicodependientes en la Institución «Proyecto Hombre». Un informe de esa Institución emitido el 31 de octubre de 1988 dice que el penado cuando comenzó el tratamiento presentaba una fuerte adicción a los estupeficientes, consumo en el que se había iniciado a los 14 años. Es ésta la primera constancia en la causa de la existencia de tal padecimiento.

Declarada firme la sentencia y llevando el penado 19 meses de tratamiento en régimen abierto con resultados positivos —pero faltándole aún dos fases del denominado Programa Terapéutico, la próxima en régimen de internado—, la Audiencia da traslado de la causa al Fiscal para que informe sobre si es conveniente o no que el condenado continúe cumpliendo el resto de la pena en el Centro de Rehabilitación de toxicómanos «Proyecto Hombre».

II

El asunto se ha estudiado en Junta de Fiscalía en donde se mantuvieron dos posturas contrapuestas y netamente diferenciadas.

A) Una de ellas defendió que el cumplimiento debe continuar en la Institución «Proyecto Hombre» a la que el penado se ha acogido para su rehabilitación, con mayor razón si se tiene en cuenta que la próxima fase del Programa Terapéutico se lleva a cabo en régimen de internado.

Esta tesis, la mayoritaria, adujo en su apoyo los siguientes argumentos:

a) El derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas que reconoce el artículo 24.2 de la norma fundamental ha sido vulnerado a causa del tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos hasta la ejecución de la pena, lo que contraviene, además, el artículo 25 de la Constitución al fijar como fin básico de la pena la reinserción y rehabilitación social del sujeto. Como aclaración a este argumento hay que notar que el condenado se halla en un claro proceso de reinserción social tras 19 meses de tratamiento siguiendo el programa del «Proyecto Hombre», tiempo durante el cual ha abandonado la adicción a la heroína y no ha cometido delito alguno; el ingreso en un Establecimiento penitenciario interrumpiría el proceso de rehabilitación.

b) Aunque en la sentencia no se recoge que el penado fuera adicto a las drogas, la adicción parece que existía, pues así fue apreciado en otras sentencias por actos delictivos realizados en fechas próximas a la del que se analiza. Por lo demás, el condenado no fue reconocido por medio alguno, no obstante haberlo solicitado al ser informado de los derechos que como detenido le asistían.

c) El hecho de que la sentencia nada diga sobre la adicción del penado a las drogas no impide que constatada posteriormente su adicción y la modificación obvia de su imputabilidad, se dé a este supuesto un tratamiento similar al de la enfermedad mental sobrevenida, ordenando su ingreso en un Centro adecuado a los enfermos de tal clase, sin perjuicio de que después y a la vista del resultado se pudiera dar por cumplida la pena impuesta, computándole tal periodo de internamiento como dispone el artículo 9.1 del Código penal.

d) Si ya en otra ocasión esta Fiscalía —con la conformidad de la Fiscalía General del Estado— aceptó que la dilación indebida en una causa penal puede dar lugar a que el Tribunal ordene la no ejecución de la pena, debe aceptarse una medida menos radical como es la de sustituir el internamiento en Centro de rehabilitación de toxicómanos.

e) En el supuesto de que se ordenara el cumplimiento en un Establecimiento penitenciario, nada impediría la aplicación del artículo 57.1, inciso último del Reglamento Penitenciario (autorización para la asistencia a drogadictos en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas), pero en este caso sería facultad de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias la aplicación de la medida de internamiento en Centro de tratamiento, lo que implicaría variación de la resolución judicial al respecto.

B) La otra dirección, mantenida por el Fiscal-Jefe y la parte minoritaria de los Fiscales, estimó que en el caso de que se autorizara al penado a continuar el tratamiento indicado hasta concluir el «Programa Terapéutico», ese período de tiempo no debe computarse a efectos del cumplimiento de la pena, pues éstas deben ser cumplidas en Establecimientos penitenciarios, mas ello sin perjuicio de

que el penado pudiera seguir el tratamiento conforme a las previsiones que al respecto contiene el Reglamento Penitenciario. En favor de esta tesis militan estas razones.

a) Los argumentos a) y d) de la precedente postura son ajenos a la cuestión debatida, pues ni la dilación ha existido, ni de apreciarse sería indebida ni habría causado daño alguno acreditado. No hubo dilación porque entre la fecha de los hechos y la de la sentencia de instancia sólo mediaron diez meses. El resto del tiempo transcurrido, aparte no ser importante, se ha debido a la sustanciación del recurso de casación interpuesto por el penado.

La cuestión nuclear debatida es otra bien distinta: la de si no apreciada la adicción del penado a las drogas en la sentencia, pero acreditada después de su firmeza, resulta aplicable el régimen de los artículos 8.1 y 9.1 del Código penal previsto para los enfermos mentales.

b) La falta de mención en la sentencia a la adicción del penado a las drogas es una cuestión de hecho que sirve sólo de presupuesto al punto que se debate. Tal silencio no puede suplirse refiriéndose a que en otros casos próximos fue apreciada, pero sin constancia en autos, o a que se violaron sus derechos al ser detenido, pues de haberlo solicitado en cualquier otro momento se le hubiera atendido.

c) Hay que rechazar la equiparación entre la adicción a las drogas constatada después de la sentencia y la enfermedad mental sobrevenida en lo que se refiere tanto al tratamiento que el artículo 8.1 da a los enfermos de tal clase como a la posterior computación del periodo de internamiento para el cumplimiento de la pena, de acuerdo con el artículo 9.1. Para tal rechazo se valoran algunas precisiones, como son:

a') Nada que oponer a la asimilación entre la adicción a las drogas constatada después de la sentencia con la enfermedad mental sobrevenida, por cuando ello sería una cuestión a decidir merced a los oportunos informes periciales y por los trámites de los artículos 991-996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b') Acreditada la adicción, como en el caso de la enfermedad mental sobrevenida, el supuesto encajaría en el artículo 82, párrafo primero, del Código penal, que remite al artículo 8.1 a los efectos de acordar ya el internamiento o un tratamiento ambulatorio. Pero no tendría efectos extintivos sobre la pena, por cuanto, de una parte, el artículo 8.1 no los establece, ya que aquellas medidas no son sustitutorias de una pena que no se impone, y de otra parte, porque el artículo 82, párrafos segundo y tercero, obligan a deducir que lo señalado en su párrafo primero sólo tiene efectos suspensivos, pues la sentencia se cumplirá o se seguirá cumpliendo «en cualquier tiempo en que el delincuente recobraré el juicio».

c') La equiparación de la adicción a las drogas —justificada ésta después de la sentencia— con la enfermedad mental sobrevenida que autoriza al Tribunal a aplicar no el tratamiento del artículo 8.1 sino el previsto en el artículo 9.1 y párrafo segundo, no se podría hacer sin violar este mismo artículo, ya que exige que el Juez o Tribunal haga uso en la sentencia de la facultad de imponer además de la pena correspondiente las medidas previstas en dichos números (1.º y 3.º del art. 8). Y no habiéndose hecho uso de esta facultad, sustituir la pena impuesta por una medida de internamiento implicaría un atentado a la santidad formal de la cosa juzgada y una violación del artículo 9.1.

d) Se admite la invocación del artículo 57.1, inciso último del Reglamento Penitenciario, pero en defensa de la tesis opuesta, porque nada impediría que ordenado el cumplimiento en Establecimiento penitenciario, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias autorizara que el penado asistiera a una institución extrapenitenciaria —incluso la misma en la que ahora recibe tratamiento— para obtener su total curación, con observancia de las garantías que aquel precepto establece. Esto no sólo no implica variación de la resolución judicial, sino que es el único remedio para que, simultáneamente, no se varíe la resolución judicial y además se dé satisfacción al problema personal de la salud del penado y de su rehabilitación social.

III

Como medida previa se hace necesario determinar con la mayor precisión posible el alcance e intensidad que presentara la adicción a la heroína que sobrevino en el penado bastante tiempo después de la realización del injusto típico. Ello es esencial, dados los distintos efectos que puede producir sobre la imputabilidad del drogodependiente el síndrome de abstinencia según conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo. Indiquemos tan sólo que los actos punibles cometidos por sujetos adictos a la droga, en especial los heroinómanos, en estado carencial y con la finalidad de procurarse medios económicos con que adquirirla, han sido valorados, atendiendo a la concreta alteración de las facultades mentales y volitivas, no sólo como una atenuante privilegiada (art. 9.1), sino incluso aunque excepcionalmente, como eximente de enajenación mental (art. 8.1), más lo cierto es que, en la mayor parte de los casos, no se ha pasado de la atenuación genérica del artículo 9.10. De esta triple respuesta posible para la drogadicción, a los efectos en que va a desenvolverse la Consulta, sólo nos interesa la alternativa eximente completa —eximente incompleta, únicas para las que están previstas medidas de internamiento (arts. 8.1 párrafo tercero y 9.1, inciso segundo).

No es fácil precisar la calificación que ha de merecer en el orden penal la adicción a la droga atendiendo a la descripción de los hechos que se recogen como antecedentes. En una ocasión se dice que en las sumariales no hay constancia siquiera de su «adicción a los estupefacientes». Y en otra —atribuida a la institución «Proyecto Hombre», en donde estuvo internado— se expresa que cuando comenzó el tratamiento, el 1 de junio de 1988 poco después de ser excarcelado, presentaba «una fuerte adicción a los estupefacientes».

Tampoco en los argumentos jurídicos esgrimidos en las dos direcciones interpretativas existe la claridad debida.

Los partidarios de la tesis recogida en el apartado II, A), en un momento dicen que ha abandonado «su adicción a la heroína», y que parece que «la adicción existía» al tiempo de dictarse sentencia. No son más explícitos. Y, al efecto, hay que recordar que según reiterada doctrina jurisprudencial, si lo único probado es la dependencia o adicción sin más especificaciones, ello es irrelevante en trances de graduar la imputabilidad. No obstante la ausencia de hechos justificativos de su actitud, consideran implícitamente la adicción a la heroína como una eximente incompleta, ya que lo propuesto como solución es que tras el ingreso en un Centro adecuado pudiera darse por cumplida la pena impuesta computándole el período de internamiento, como dispone el artículo 9.1, párrafo segundo.

Quienes se adscriben a la tesis extractada en el apartado II, B) insisten en los mismos términos de hecho de «adicción del penado a las drogas», sin más aclaraciones. Y en un plano jurídico, en este planteamiento hallamos referencias conjuntas a la adicción con categoría de eximente y a la adicción con la cualidad de eximente incompleta, pues, de un lado, expresan que si se autorizara a continuar el tratamiento, este periodo de tiempo no debe computarse (es lo que viene a disponer el art. 82, párrafo segundo del Código penal para la enajenación en contra de lo prevenido en el art. 9.1, párrafo segundo para las eximentes incompletas), y luego manifiestan que no hay equiparación entre adicción y enajenación en orden al tratamiento prevenido en los artículos 8.1 y 9.1, y, en fin, después se anota que la equiparación con el tratamiento del artículo 9.1 no se podría hacer sin violar esta norma.

Parece evidente que la Fiscalía consultante debe contar con más datos de hecho que los proporcionados, pues no ofrece duda a sus componentes que la única opción posible para fijar los efectos de la adicción a la heroína es o la eximente o la atenuante privilegiada. En estos dos espacios jurídicos hemos de situarnos con el fin de analizar la situación creada por el eventual síndrome de abstinencia tras la comisión del hecho delictivo.

A) Decíamos antes que, en supuestos singulares, el síndrome de abstinencia originado por la falta de heroína con que subvenir el toxicómano a su estado, puede dar lugar a que se aprecie la eximente de enajenación mental. No ofrecerá particulares dificultades en la práctica la aplicación de la circunstancia 1.^ª del artículo 8 cuando la profunda perturbación de la conciencia del autor sea coincidente con la fase de consumación del hecho punible. ¿Pero qué sucederá cuando la situación de drogadicción exculpatoria se presente *ex post*, y, en concreto, durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta? Cualesquiera que sea el modo de manifestarse la enfermedad mental sobrevenida o inimputabilidad *subsequens*, no modificará la responsabilidad criminal declarada, ni tampoco dará lugar a la aplicación de las medidas previstas en el artículo 8.1, párrafo tercero, sino sólo al internamiento conforme al artículo 8.1, párrafo segundo; esto es así, por cuanto el artículo 82, inciso primero, expresa que cuando el delincuente cayere en enajenación mental después de pronunciada sentencia, se suspenderá la ejecución tan solo en cuanto a la pena personal, observándose, en su caso, lo establecido en el párrafo segundo del artículo 8.1. La remisión limitada sólo a uno de los incisos del artículo 8.1 significa, en interpretación estricta, que el Tribunal únicamente puede acordar la medida de internamiento en establecimiento destinado a los enfermos de aquella clase; no puede, por tanto, utilizar la facultad prevenida en el párrafo tercero del artículo 8.1 de sustituir el internamiento por alguna de las otras medidas que se relacionan, entre las que se halla la sumisión a tratamiento ambulatorio. De modo que el tratamiento penal-procesal es distinto según que la inimputabilidad se aprecie al tiempo de la ejecución delictiva o que la enfermedad mental determinante de la irresponsabilidad surja o se acredite después de dictada sentencia. Tanto es así que según el tenor del artículo 82, párrafo segundo, en los casos de enajenación mental sobrevenida sólo cabe el internamiento o el cumplimiento de la sentencia cuando el delincuente recobraré el juicio. Es, pues, absolutamente inimaginable computar el tiempo del internamiento para el cumplimiento de la pena impuesta. El internamiento sólo es causa de suspensión de la condena, no de extinción.

De lo que precede se desprende que la normativa reguladora de la enajenación mental sobrevenida con el carácter de eximente no parece aplicable al caso que se plantea en la Consulta. No lo es para la tesis recogida en el II, A), porque entiende que el internamiento voluntario del penado en un Centro de rehabilitación privado para toxicómanos debe computarse a efectos de extinguir la pena privativa de libertad. Tampoco se ajustan aquellas reglas a la dirección resumida en II, B) en cuanto expresiva de que el internamiento es computable, pero sólo en la forma que previene el artículo 57.1 del Reglamento Penitenciario.

Si en la enajenación propia sobrevenida el tiempo del internamiento no es computable para extinguir la pena (arts. 82, párrafo segundo y 8.1 segundo inciso), la misma solución deberá aceptarse cuando se hayan advertido en fase de cumplimiento intensos estados carenciales derivados de la drogadicción, pues si la jurisprudencia del Tribunal Supremo equipara, en especiales circunstancias, la enajenación mental con la drogadicción manifestadas al tiempo de la perfección de la conducta punible, la similitud de efectos debe permanecer si aquéllas se advirtieren durante la ejecución de sentencias.

B) Es claro que el internamiento computable o extintivo de la condena ha de predicarse no para las eximentes plenas sino para las incompletas de enajenación mental, y también lo es que el síndrome de abstinencia difícilmente se valora como eximente, siendo más normal equipararlo a la enajenación mental incompleta. Situados en esta última consideración cabe preguntarse ¿cuáles son el tratamiento y los efectos de la eximente incompleta que se construya sobre el artículo 9.1.^a relacionada con el 8.1? Es necesario ponderar dos momentos cronológicos distintos: el de la imputabilidad disminuida concurrente con el delito y el de la semi-imputabilidad posterior a la sentencia.

— Para el primer puesto, la Ley de reforma del Código penal de 25 de junio de 1983 introduce un párrafo en el artículo 9.1 que permite al Juez imponer además de las penas correspondientes las medidas postdelictuales a que da acogida el artículo 8.1. Destaquemos dos cosas: que la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta fuere privativa de libertad y que el periodo de internamiento sí se computará como tiempo de cumplimiento de la pena, sin perjuicio de que el Tribunal pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento.

— Para la hipótesis de enajenación incompleta sobrevenida no existe solución legal expresa, pues es manifiesto que la disposición concretada en el artículo 82 se refiere a la enajenación mental completa sobrevenida, y tampoco ofrece dudas que las medidas del artículo 9.1, párrafo segundo, están previstas para las eximentes incompletas coetáneas a la comisión delictiva.

Falta, pues, una norma para resolver el caso planteado de las eximentes incompletas sobrevenidas paralela a la que contiene el artículo 82 para la enajenación mental completa. En la Propuesta de anteproyecto del Código penal de 1983 advertida esta falta de regulación se estableció en el artículo 56 que si la enajenación sobrevenida fuere incompleta, el Tribunal podrá sustituir la pena privativa de libertad impuesta por la medida de internamiento, siendo, en su caso, computable para la pena el tiempo que hubiere durado la aplicación de la medida curativa.

En ninguna de las dos direcciones por la Fiscalía que formula la consulta sobre el tema objeto de análisis, se contienen referencias al vacío legislativo en

el tratamiento de la enajenación mental incompleta sobrevenida. Aun así se postulan soluciones específicas.

La tesis II.A) viene a decir que como nada impide sustituir el internamiento en establecimientos penitenciarios por el internamiento en Centros de rehabilitación para toxicómanos, el cumplimiento del resto de la pena impuesta debe computarse y continuar en la institución «Proyecto Hombre»; y agrega que el reingreso en establecimiento penitenciario aún cuando la asistencia se procure en instituciones extrapenitenciarias adecuadas no es procedente, pues ello supondría atribuir a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias la aplicación de la medida de internamiento.

Quienes son partidarios de la solución recogida en el apartado II.B), manifiestan que si se autorizara a proseguir el tratamiento ya iniciado en la institución «Proyecto Hombre», tal internamiento no tendría efectos para la extinción de la pena, dado que éstas deben cumplirse en establecimientos penitenciarios; pero aquel internamiento sería computable para el cumplimiento de la pena si se hace uso de la facultad reconocida en el artículo 57.1 del Reglamento Penitenciario con observancia de las garantías que en él se establecen.

IV

El artículo 118 de la Constitución española establece la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias firmes. Como no expresa la forma en que hayan de cumplirse las sentencias penales, acudiendo al principio de legalidad en la ejecución de las penas, hemos de concluir que no puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto (art. 81 del Código penal), o bien, como dice la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 990), que las penas se ejecutarán en la forma y tiempo previstos en el Código penal y en los reglamentos. Este principio aparece igualmente reconocido en el artículo 2.º de la Ley General Penitenciaria que la «actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por las leyes y los reglamentos», lo que supone la obligación para los Tribunales de no consentir otra forma de cumplimiento que no sea el normalmente establecido.

Pero son posibles supuestos excepcionales en los que falte la prescripción legal respecto a la forma de cumplimiento. Tal acontece con el eventual internamiento sustitutivo de la pena derivado de posibles eximentes incompletas de enajenación mental sobrevenidas. Cómo, dónde y en qué circunstancias ha de cumplirse es algo no expresamente regulado. La Tesis II, A) de la Fiscalía que Consulta, sostiene que nada impide sustituir el internamiento en establecimientos penitenciarios por el internamiento en un Centro privado de rehabilitación para toxicómanos, reanudándose la última fase del tratamiento sin intervención de la Administración penitenciaria. En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1986 (pág. 181) ya se advertía que uno de los temas de más difícil solución que en la práctica judicial se están planteando es el de la demanda que determinados penados formulan a los Tribunales en el momento ejecutorio de la pena privativa de libertad, alegando hallarse bajo los efectos de la drogodependencia y solicitando que el cumplimiento de la condena tenga lugar en un establecimiento que les permita

seguir un tratamiento adecuado destinado a obtener la deshabituación e interesando un cumplimiento de la pena en establecimientos de carácter privado que aparecen especializados en la ayuda al toxicómano, lo que a la postre puede suponer un cumplimiento extrapenitenciario de la pena. Y algunos órganos jurisdiccionales de diversos territorios han dictado ya resoluciones en las que se admite el cumplimiento de la medida de internamiento sustitutivo en Centros privados de desintoxicación a falta de instituciones públicas adecuadas de tratamiento. (Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1988, pág. 273). Mas la sustitución directa del internamiento carcelario por el internamiento en Centros de rehabilitación privados o sin intervención de los órganos competentes para conocer de la ejecución de las penas, no se conforma con el principio de legalidad en la ejecución. En cualquier caso la referida sustitución directa o sin control jurisdiccional ha de rechazarse.

El artículo 11 de la Ley General Penitenciaria reconoce la existencia de Establecimientos especiales en los que prevalece el carácter asistencial, hallándose entre ellos los Centros de rehabilitación social para la ejecución de medidas penales. Y el artículo 57 del Reglamento Penitenciario expresa cuál es el régimen de los Establecimientos especiales, señalando su número 1.º, párrafo último, en lo que aquí interesa, que «tratándose de penados clasificados en tercer grado que por presentar problemas de drogadicción necesiten de un tratamiento específico, la Dirección General podrá autorizar su asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, dando cuenta al Juez de Vigilancia».

Ello significa que, con ciertas condiciones o garantías, puede ser perfectamente válido tanto el internamiento, como su homologación a efectos de cumplimiento de la pena, en Centros Privativos, siempre que surjan problemas de drogadicción en el interno. En el término «problemas de drogadicción» tienen ajustado encuadre la intensa drogadicción sobrevenida.

En definitiva, para el caso objeto de la Consulta pueden establecerse las siguientes conclusiones:

1.ª Falto de regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico el tratamiento jurídico-penal que deba darse a los afectados por síndrome de abstinencia sobrevenida con intensidad tal que sus efectos sean paralelos a los de la eximente incompleta de enajenación, han de aplicarse las medidas sustitutivas de la pena que se prevén en el artículo 9.1 del Código penal.

2.ª Debe accederse al nuevo internamiento en la institución privada «Proyecto Hombre» a fin de continuar el tratamiento terapéutico a través de las oportunas medidas rehabilitadoras, que tendrán efectos extintivos sobre la pena privativa de libertad impuesta.

3.ª Sin embargo, el ingreso en el Centro referido de rehabilitación de toxicómanos, no debe hacerse a título particular o merced a una relación convenida directamente entre el condenado y la institución «Proyecto Hombre», porque toda ejecución de sentencia debe estar sujeta a control judicial y administrativo.

4.ª Se acordará el reingreso del penado en el correspondiente Centro penitenciario de cumplimiento para su clasificación y seguidamente se procederá a la excarcelación y puesta a disposición del personal acreditado de la institución privada «Proyecto Hombre» para su traslado posterior e internamiento en este Centro, en donde seguirá la cura de desintoxicación.

5.ª El Ministerio Fiscal cuidará, en todo caso, de que se observe lo dispuesto en el artículo 57.1 inciso último, del Reglamento penitenciario, redactado conforme al Real Decreto 787/1984 de 28 de marzo, que contempla el cumplimiento extrapenitenciario en instituciones privadas y desintoxicación para drogodependientes, y en particular de que se interese y se transmita la decisión al Juez de Vigilancia.

Instrucción núm. 1/1990, de 7 de febrero

Se ha recibido en esta Fiscalía General del Estado diferentes quejas transmitidas por el Defensor del Pueblo, en relación con reclamaciones de los justiciables sobre determinadas irregularidades detectadas en los Procedimientos Judiciales en trámite, y concretamente al supuesto de que algún interviniente en los juicios de faltas sea extranjero, lo que repercutía en los derechos fundamentales que recoge el artículo 24 de la Constitución Española.

Concretamente las quejas recibidas, se refieren a dos supuestos:

1. Se pone de manifiesto que en algunos Juicios de faltas, siendo el encartado extranjero y sin domicilio conocido, la citación del mismo para Juicio se efectúa directamente en el «Boletín Oficial del Estado» o de la provincia.

2. En otros casos, siendo el encartado en el Juicio de faltas extranjero, y con domicilio conocido en su país, su citación para comparecencia a Juicio se había efectuado también directamente a través del «Boletín Oficial del Estado» o incluso de la provincia.

En ambos supuestos, dicha sentencia condenatoria del extranjero así citado, y declarada en su caso, la correspondiente responsabilidad civil del mismo, tanto dicha sentencia como la tasación de costas posterior se notificaba igualmente al condenado a través de los Boletines Oficiales antes citados, ordenándose, a continuación y sin más, el archivo de las actuaciones.

Se exceptúa de estos supuestos, el caso que prevé el artículo 785.8, apartado H) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto a la designación de Procurador o persona con domicilio fijo en España que reciba las notificaciones, citaciones y emplazamientos que hubieren que hacer al súbdito extranjero.

En lo que se refiere al primero de los supuestos comentados —encartado extranjero sin domicilio conocido—, al omitirse el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 178 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —aplicable por remisión establecida en el art. 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952— con carácter previo a la citación por edicto, se produciría una infracción de las garantías procesales que reconoce el artículo 24.2 de la Constitución con el rango de derechos fundamentales, con la consiguiente repercusión en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tanto del así condenado, como del favorecido de la responsabilidad civil declarado en la sentencia. En ese sentido conviene recordar la sentencia del Tribunal Constitucional número 118/1984 de 5 de diciembre, en la que expresamente se señalaba que:

«...la falta de citación directa del recurrente que fue citado mediante edictos publicados en el Boletín de la Provincia de Barcelona, una vez que resultó infructuosa la citación en el domicilio que erróneamente figuraba en Autos, y por lo

tanto antes de llevar a cabo la búsqueda previstas en el artículo 178 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como previa a la notificación mediante edictos. La infracción de esta norma procesal ha ocasionado la indefensión del recurrente, impidiendo la efectividad del principio de contradicción del proceso y privándole de sus garantías procesales y de la posibilidad de utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa en primera instancia.

Por lo que hace referencia al segundo de los supuestos enumerados —encartado extranjero con domicilio conocido en su país— la infracción del artículo 24 de la Constitución en sus apartados 1 y 2 vendrá dada por la no utilización de la técnica de auxilio judicial internacional prevista en los artículos 276 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 177 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en material penal. En este caso, como en el anterior, la infracción expuesta también genera una doble repercusión, de un lado la indefensión del condenado sin haberle dado la posibilidad de ser oído por la no utilización de los cauces previstos para su citación, y de otro la del que obtuvo el reconocimiento de una indemnización en concepto de responsabilidad civil, al no poder obtener la ejecución de este pronunciamiento por haber sido archivada la causa, quedando, por tanto, frustrada la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Así llegados a este punto conviene recordar la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de emplazamientos personales en los procesales penales, de la que es claro exponente la anteriormente citada sentencia número 118/1984 que manifiesta:

«El Tribunal Constitucional ha señalado que las garantías procesales a que alude el artículo 24.2 deben respetarse no sólo en el conjunto del procedimiento, sino también en cada una de sus fases (sentencia 12/1981 de 21 de abril) y concretamente, de manera reiterada se ha manifestado sobre la necesidad de que todo el proceso está presidido por una efectiva contradicción para que se entienda cumplimentado el derecho a la defensa lo que, forzosamente implica, que siempre que ello sea posible, debe verificarse el emplazamiento personal de quienes hayan de comparecer en juicio como partes, a fin de que puedan defender sus derechos. Y si ello es exigible en otros órganos jurisdiccionales con superior razón ha de serlo en lo penal, habida cuenta de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados, con lo cual no es sorprendente la rigurosidad de las normas procesales en esta materia, que requiere la plena constancia de que el acusado ha sido citado con arreglo a las formalidades prescritas en la Ley, como requisito indispensable para que el juicio pueda celebrarse sin su asistencia.

Así, en virtud de esta Doctrina, se recuerda a los señores Fiscales, que en los juicios de faltas en los que intervenga una persona extranjera en cualquiera de los supuestos enumerados anteriormente, se deberán cumplir las normas establecidas para ambos casos en la calendada sentencia del Tribunal Constitucional y en concreto respecto de los preceptos enunciados.

INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS JUICIOS DE FALTAS QUE SE PERSIGUEN PREVIA DENUNCIA DEL OFENDIDO O PERJUDICADO

Instrucción núm. 2/1990, de 8 de marzo

I

El Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha resuelto una Consulta formulada por el Fiscal de Huelva sobre la intervención del Ministerio Fiscal en determinados juicios de faltas. La causa de la Consulta deriva de que por algún Juzgado de esta última capital se ha decidido no citar al Fiscal en juicios de faltas tramitados con ocasión de la circulación de vehículos de motor, en particular cuando se trata de las faltas contempladas en los artículos 586 bis y 600 del Código penal conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio y ello porque, se dice, tales faltas al ser perseguibles sólo previa denuncia del ofendido o perjudicado no encajan en las perseguibles de oficio, únicas legitimadoras de la intervención del Ministerio Fiscal. En esta misma situación se hallan las faltas definidas en los artículos 585, 589, 590 y 594, si bien en todos estos casos el Ministerio Fiscal podrá denunciar en defensa de la persona agraviada si ésta fuere de todo punto desvalida (art. 602 del Código penal).

La razonada solución que se ha dado a la Consulta estimamos que es válida al ajustarse al ordenamiento jurídico y, como trasciende de lo particular, se da acogida a su contenido esencial en esta Instrucción a fin de que pueda ser tenida en cuenta por el Ministerio Fiscal cuando puedan plantearse casos análogos.

II

Las razones de la no intervención del Ministerio Fiscal en los aludidos juicios de faltas están basadas, primordialmente, en una interpretación en exceso literal de los artículos 962 y 963 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989, de actualización del Código Penal.

En efecto, hasta la reforma de 21 de junio de 1989 y continuando la tradición de nuestros Cuerpos legales precedentes, el Código penal sólo contemplaba como falta perseguible a instancia de parte las injurias livianas del artículo 586.1, cuya persecución se condiciona a que reclame al ofendido, cuyo perdón extinguirá la pena.

Sin embargo, el artículo 104, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal extiende la necesidad de persecución por los ofendidos o sus legítimos representantes, además de a las faltas que llama injurias leves, las de imprenta, malos «tratamientos» de maridos a sus mujeres, desobediencia o malos tratos de éstas a aquéllos, faltas de respeto y sumisión de los hijos o pupilos respecto de sus padres o tutores. De estas faltas, además de la de injurias livianas, sólo permanecen vigentes en la actualidad las de malos tratos de obra entre cónyuges, tipificada en el artículo 582.2 del Código penal, cuya similitud con los tratamientos o tratos a que alude el artículo 104.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal resulta ya de por sí problemática. Ello, en primer lugar, porque el Código penal sólo se refiere a golpear o maltratar de obra, sin causar lesión, y extiende la protección tanto al cónyuge como a los ascendientes, hijos menores o personas ligadas por relación de afectividad análoga al cónyuge, quedando fuera los malos tratos de palabra, salvo que llegaran a considerarse injuria liviana. En segundo lugar, porque parece discriminatorio someter a instancia de parte los malos tratos de obra entre cónyuges y no los demás casos; pero, sobre todo, porque la Ley Orgánica 3/1989 no ha sometido expresamente el párrafo 2 del artículo 582 a la denuncia previa, que silencia, a diferencia de los demás casos en que así se ha establecido en la reforma. Los textos penales, por lo demás, siempre han considerado el delito y la falta de lesiones como perseguibles de oficio, lo que conduce a la conclusión de que los malos tratamientos o tratos entre cónyuges a que alude el artículo 104.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hoy quedan reducidos al mal trato de palabra, subsumible en la injuria liviana del artículo 586.1 como única falta perseguible a instancia de parte, de todas las que aludía la Ley procesal en su artículo 104.2.

La injuria, tanto en su dimensión delictiva como de falta, es una infracción de carácter *privado*, que excluye la intervención del Ministerio Fiscal por afectar a intereses meramente particulares, salvo cuando fuere proferida por escrito y con publicidad (art. 4 de la Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, de 26 de diciembre de 1978), en cuyo caso, tanto para la persecución del delito como de la falta con publicidad, *bastará* denuncia de la persona agraviada o, en su caso, de su representante legal.

Así pues, si la injuria no reviste este último carácter, es una infracción privada que exige para su persecución querrela, pues en tal caso *no bastará* la denuncia. Los artículos 962 y 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contemplan esta posibilidad, que en el caso de injuria en juicio de faltas implica necesidad de instar la querrela en el juicio verbal.

Es este el único caso, tanto para delitos como para faltas contra el honor en que, por ser infracciones privadas y exigirse querrela del ofendido o su representante legal, no es parte en el proceso el Ministerio Fiscal (arts. 467 y 586, núm. 1 del Código penal y art. 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Pero en todos los demás supuestos en que para la persecución del delito o de la falta se exige *denuncia* del ofendido o de quien supla su incapacidad procesal (por ejemplo, arts. 443, 563.2, 585, 586, número 2, 586 bis, 589, 590, 594 y 600 del Código penal), la infracción no es privada, no afecta sólo a intereses particulares, sino *semipública*, donde tal denuncia opera como condición de procedibilidad.

Los artículos 962 y 963 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactados

conforme a la legislación penal precedente a la actual y en los términos de la Ley de Bases de la Justicia Municipal de 19 de julio de 1944 y Decretos de 24 de enero de 1947 y 21 de noviembre de 1952, al disponer que es necesaria la citación para juicio verbal del «Fiscal Municipal» cuando se tenga noticia de la comisión de alguna de las faltas previstas en el Libro III del Código penal que puedan *seguirse* de oficio y su no convocatoria si la falta sólo puede perseguirse a instancia de parte legítima, venían entonces a referirse a la falta privada condicionada a querrela de injuria liviana, ya que no existían faltas sujetas al requisito de procedibilidad de denuncia previa introducidas en la Ley Orgánica 3/1989 de actualización del Código penal. Su significado actual es que no puede extenderse, hasta excluir de los juicios al Fiscal, para las nuevas faltas semipúblicas, ya que el juicio verbal *puede y debe seguirse* con aquél si existe denuncia previa del ofendido.

Por lo demás, *principios constitucionales* operan en el sentido de no excluir al órgano oficial. El artículo 24 de la Constitución, junto al derecho a la tutela judicial efectiva, introduce en su plenitud toda suerte de garantías enlazadas con el principio acusatorio y con la prohibición de indefensión. Sin acusación clara y precisa no puede haber juicio ni sentencia y, desde luego, a lo que no se puede obligar al denunciante de la falta perseguible a instancia de parte es a personarse con dirección letrada, sino que basta con su denuncia para que pueda perseguirse la falta, y resultaría insólito que incumbiera al denunciante en exclusiva arbitrar la acusación, los medios de prueba, intervenir como parte procesal y fundamentar jurídicamente su acusación. Mientras que en la injuria liviana el querellante ha de disponer de dirección Letrada, al denunciante la ley no le exige otro tanto y alguien, el Estado, ha de sostener, en su caso, la acusación, pudiendo acudir a los remedios legales en el caso de que el Fiscal interesase absolución (Consulta 6/1987, de la Fiscalía General del Estado).

III

Por consiguiente el Ministerio Fiscal no debe consentir que se elimine su intervención en los juicios verbales que se celebren por faltas perseguibles a instancia de parte conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 3/1989 de actualización del Código penal, y una vez tenga conocimiento de que ha sido omitida su citación, debe ejercitar cuantos medios legales por vía de recurso le ofrece la Ley para subsanar tal vicio esencial de procedimiento, acudiendo en su caso al recurso de nulidad con arreglo a lo dispuesto en los artículos 238, número 3 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

REGIMEN JURIDICO QUE DEBE DE REGIR PARA EL INGRESO DE PERSONAS EN RESIDENCIAS DE LA TERCERA EDAD

Instrucción núm. 3/1990, de 7 de mayo

La Fiscalía General del Estado ha conocido a través de diferentes fuentes, de hechos, algunos de ellos luctuosos, acaecidos en Residencias y Centros para personas de la tercera edad situados en distintos lugares del territorio nacional. Y en informes de algunos Fiscales recogidos en Memorias anteriores, se advertía de la precaria situación en la que se hallaban buena parte de estas llamadas Residencias, así como de la falta de cobertura legal, en no pocos casos, al tratarse de una materia transferida a las Comunidades Autónomas, sin que en algunas de ellas se haya legislado hasta la fecha sobre el tema en cuestión, lo que sin duda ha generado una situación de desamparo que se presta a las más diversas actividades fraudulentas, que deberán ser perseguidas por los Fiscales con el más absoluto rigor.

El pasado año el Senado constituyó una Comisión de investigación y en sus conclusiones, publicadas con posterioridad, se proponen medidas legislativas futuras; igualmente el Defensor del Pueblo elaboró un amplio Informe, formulando varias recomendaciones, unas de carácter general y otras particulares, referidas a cada una de las distintas Comunidades Autónomas. Entre las primeras cabe destacar la necesidad de un desarrollo legislativo armónico y la creación de los correspondientes servicios de inspección. Se hace necesario ahora apuntar unas directrices sobre el régimen jurídico de los ingresos, a fin de que los señores Fiscales, en el ejercicio de sus funciones propias, acomoden a ellas sus actuaciones en lo sucesivo para que en materia delicada como es la protección de los intereses de los ancianos se lleve a cabo sin menoscabar lo más mínimo su intimidad personal, lo que exige sin duda actuar con cautela y prudencia, para no perturbar la calidad de vida de los internados.

De las investigaciones llevadas a cabo, y que esta Fiscalía General ha tenido conocimiento, se vienen observando graves y generalizadas irregularidades en los ingresos, especialmente en los Centros en régimen de internado.

Concretamente, viene siendo usual que los ingresos sean convenidos entre los familiares del interno y el Centro, llegando incluso a pactarse el régimen del internamiento, restringiendo o excluyendo la libertad personal al convenirse el régimen de visitas, salidas al exterior e incluso comunicaciones telefónicas o postales, lo que puede resultar gravemente atentatorio a derechos fundamentales básicos y a la dignidad de las personas.

Esta práctica se viene amparando muchas veces en la imposibilidad en que se halla el anciano para prestar su consentimiento en condiciones de validez jurídica, por encontrarse afectado de enfermedad física o psíquica.

Debe estarse al consentimiento del titular del bien jurídico que, en consecuencia, debe primar sobre cualquier condición, siempre, claro es, que se manifieste como expresión de una voluntad libre y consciente; en este supuesto, es el propio anciano quien contrata con el Centro las condiciones y servicios a prestar por este último durante el tiempo que dure el internamiento, sin que puedan imponerse al internado más restricciones que las derivadas del reglamento de régimen interno, que deberá estar aprobado por la Autoridad administrativa correspondiente, y las derivadas del respeto mutuo que exige la convivencia con otras personas.

En caso de enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, que impidan prestar tal consentimiento, a tenor de lo establecido en el artículo 211 del Código civil, deberá recabarse preceptivamente la autorización judicial con carácter previo al ingreso, o comunicarlo a la autoridad judicial en el plazo de 24 horas en los supuestos de urgencia. Será en estos casos la Autoridad judicial la que debe examinar si las condiciones del ingreso son o no ajustadas a la legalidad y, en su caso, autorizar las restricciones que sean imprescindibles para la protección de la salud, integridad física o vida del internado.

En el caso de que el deterioro físico o mental, como consecuencia del avance de la vida, sea producido con posterioridad al momento en que se produjo el internamiento, deberá en este caso el Centro comunicarlo a la autoridad judicial para que ésta, al igual y previos los trámites previstos en el artículo 211 del Código civil dicte la correspondiente autorización judicial.

En el supuesto de que se trate de persona incapacitada y por consiguiente sometida a tutela, se puede cuestionar si el tutor debe solicitar la autorización judicial. Si bien el Código civil en su artículo 271, número 1 sólo se refiere a la necesidad de tal autorización para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental, o de educación o formación especial, parece que dicha enumeración no es exhaustiva y que, en realidad, por los propios ejemplos que recoge, se está refiriendo a los Centros de internamiento de cualquier clase, pues el fundamento del precepto no es otro más que impedir que el tutor pueda disponer de la libertad individual del tutelado, aún cuando resulte aconsejable por criterio médico. De otra parte, al haberse dado los requisitos del artículo 200 del Código civil, es presumible que el tutelado requiera en dicho Centro, aunque no sea especializado, la asistencia médico-psiquiátrica adecuada para atender a su salud mental.

De cuanto antecede se desprende que la práctica de efectuar el ingreso sin el consentimiento del titular del bien jurídico que se dispone o sin que éste sea suplido por la autoridad judicial, en los casos y por las causas legalmente previstas en los artículos 200 y 211 del Código civil, debe ser totalmente proscrita.

Para ello los señores Fiscales, en cumplimiento de sus obligaciones, encomendadas específicamente en el artículo 3.7 de su Estatuto Orgánico y al amparo de lo establecido en el artículo 4, especialmente los números 2,4 y párrafo último, deberán:

- 1.º Visitar cuando lo estimen oportuno y con la natural prudencia las Residencias de sus respectivos territorios, así como examinar los expedientes de los internados.

2.º Requerir información periódica a las autoridades administrativas en relación a las diferencias observadas por sus propios servicios de inspección, por si de ellas pudiera derivarse responsabilidad penal.

3.º Si fuere preciso, no dudarán en dar a cuantos funcionarios componen la Policía Judicial las órdenes e instrucciones necesarias tendentes a la investigación de aquellos hechos que se consideren oportunos.

4.º Poner en conocimiento de la Autoridad administrativa cuantas irregularidades lleguen a su conocimiento, a fin de que se corrijan administrativamente cuando no sean constitutivas de infracción penal.

5.º De forma especial velarán para que el interés patrimonial de los internos no sufra menoscabo alguno, debiendo a tal fin promover la constitución de los organismos tutelares oportunos, en los casos en que el deterioro psicológico o físico de los ancianos les impida o imposibilite la prestación de su consentimiento en actividades de disposición patrimonial.

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

ANIMO DE INJURIAR, EXCEPTIO VERITATIS Y LIBERTAD DE EXPRESION

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1989)

M. TERESA CASTIÑEIRA PALOU

Profesora Titular. Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. La sentencia de 21 de febrero de 1989. 2. Dolo y ánimo de injuriar en los delitos de calumnia e injurias. 3. La libertad de expresión como causa de justificación.

1. LA SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1989

Un profesor de EGB escribió una carta que se publicó en la sección «Escriben los lectores» de un periódico gallego. En ella se hacía referencia a las gratificaciones que recibían los miembros de la Asamblea de la Cruz Roja de Santiago, cuya Presidenta era calificada de «venerable anciana, poca cosa física, mujer de paja, ideal para dejar actuar en sus tejemanejes a los otros dos personajillos». Los «personajillos» eran el Secretario, a quien se formulaban en la carta una serie de preguntas: «¿qué pasaba con las alhajas que del Monte de Piedad mandaba ir a su casa por las tardes para ser pignoradas?; ¿qué pasaba con los tiques para la comida de la Cocina Económica?; ¿qué pasó con la Tómbola de la Caridad?; ¿qué pasaba con los billetes «grandes» de los recaudados en la «Fiesta de la Banderita» organizada por la Cruz Roja?, etc., y el Vicepresidente, a quien se calificaba de «hombre de poca educación, mal carado, dictador, ambicioso y ducho en los temas de tapar y callar» y como «alumno aventajado del Secretario en cuanto a la avaricia y mal hacer por desconocimiento total del régimen interno de la Cruz Roja Española». La carta concluía con la consideración de que era vergonzoso y deplorable que tales personas siguieran desprestigiando a la Cruz Roja Española.

La Audiencia Provincial, primero, y el Tribunal Supremo, después, calificaron estos hechos como constitutivos de un delito de injurias graves por escrito y con publicidad. El Tribunal Supremo consideró que concurrían los requisitos integrantes del delito de injurias: «a) el objetivo, constituido por unas expresiones con suficiente potencia ofensiva para agravar la honra y crédito de las personas a que se dirigen y b) el de carácter subjetivo, integrado por la intención dolosa de causar con ellas un ataque a la dignidad ajena».

En el recurso ante el Tribunal Supremo el procesado alegó haber actuado al amparo del artículo 20.1 apartado a) de la Constitución, es decir, que había ejercido su derecho a «*expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*». Esta alegación fue rechazada tras analizar la doctrina del Tribunal Constitucional en los casos de conflicto entre honor y libertad de expresión porque se trataba de imputación de hechos gravemente deshonrosos que «denotan más una intención de zaherir y desprestigiar que propiamente de criticar e informar a la opinión pública». El Tribunal Supremo pudo haber considerado que faltaba el elemento subjetivo de justificación, y ello le hubiera llevado a una resolución algo distinta, sin embargo, aplicó su doctrina tradicional y, una vez más, convirtió al ánimo de injuriar en el elemento decisivo del fallo.

2. DOLO Y ANIMO DE INJURIAR EN LOS DELITOS DE CALUMNIA E INJURIAS (1)

El dolo, entendido como conocer y querer los elementos de la parte objetiva del tipo, es el primer elemento de la parte subjetiva del tipo en los delitos de injuria y calumnia. Un importante sector de la doctrina (2) y la mayor parte de la jurisprudencia (3) exigen, además, un elemento subjetivo del injusto: *el áni-*

(1) Lo que se señala a continuación en el texto vale igualmente para todos aquellos delitos en los que las especiales características del sujeto pasivo dan lugar a la existencia de un delito distinto (desacato, injurias al Rey, injurias al Gobierno, etc.). El tipo básico de calumnia o de injuria también debe darse en los casos citados.

(2) MERCEDES ALONSO ALAMO, *Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales*. «ADP», 1983, pp. 145 y ss.; IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Honor y libertad de expresión*. Madrid. Tecnos., 1987, pp. 75 y ss.; FRANCISCO A. CABELLO MOHEDANO, *Animus informandi*. «La Ley», 1985, pp. 545 y ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*. Valencia (Tirant lo Blanch), 1988, pp. 117 y 122; T. S. VIVES en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial*. Valencia (Tirant lo Blanch), 1988, pp. 657 y 661.

(3) Cfr. sentencias de: 23 de noviembre de 1983 (JC. 1.562); 13 de febrero de 1984 (JC. 153); 9 de febrero de 1984 (JC. 193); 16 de octubre de 1984 (JC. 1.375); 17 de octubre de 1984 (JC. 1.388); 7 de diciembre de 1984 (JC. 1.714); 11 de febrero de 1985 (JC. 210); 25 de febrero de 1985 (JC. 309); 5 de marzo de 1985 (JC. 361); 9 de abril de 1985 (JC. 591); 23 de mayo de 1985 (JC. 838); 27 de mayo de 1985 (JC. 855); 3 de junio de 1985 (JC. 914); 26 de junio de 1985 (JC. 1.086); 7 de octubre de 1985 (JC. 1.368); 14 de noviembre de 1985 (JC. 1.655); 29 de noviembre de 1985 (JC. 1.744); 5 de diciembre de 1985 (JC. 1.769); 12 de diciembre de 1985 (JC. 1.816); 23 de diciembre de 1985 (JC. 1.907); 2 de junio de 1986 (JC. 806); 18 de junio de 1986 (JC. 899); 27 de junio de 1986 (JC. 952); 18 de septiembre de 1986 (JC. 1.108); 24 de septiembre de 1986 (JC. 1.141); 25 de septiembre de 1986 (JC. 1.147); 13 de noviembre de 1986 (JC. 1.445); 17 de noviembre de 1986 (JC. 1.464); 1 de diciembre

mo de injuriar. Elementos subjetivos del injusto son todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos del dolo que el tipo exige, además de aquél, para su realización (4).

La exigencia de un elemento subjetivo del injusto significa que, en los delitos contra el honor, no basta la realización dolosa del tipo. Las manifestaciones injuriosas o calumniosas proferidas con conocimiento y voluntad pueden no constituir delito si no van acompañadas del ánimo de injuriar.

El fundamento de la exigencia del ánimo de injuriar suele situarse en la definición de injurias del artículo 457 del Código penal: «Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada *en* deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona». La preposición *en* apunta a la necesidad de un ánimo específico, y adicional al dolo, consistente en la intención de lesionar el honor de otra persona (5).

Además de esta base legal, la exigencia del ánimo de injuriar se justifica en la propia naturaleza del delito. La injuria es «una incitación al rechazo social, un desprecio o una vejación, que sólo puede realizarse intencionadamente» (6).

El ánimo de injuriar se define como la intención de lesionar el honor ajeno, intención que de no concurrir determina la inexistencia del delito pero que puede concurrir junto a otros ánimos, como el de bromear, criticar, etc. (7).

Un sector, todavía minoritario, de la doctrina española pone en duda la necesidad del ánimo de injuriar como elemento subjetivo del injusto en los delitos contra el honor (8) y propugna una concepción de los delitos contra el honor al estilo de la imperante en el derecho penal alemán en el que no se exige ningún elemento subjetivo del injusto adicional al dolo (9). A estas posiciones cabría añadir la de quienes, manteniendo formalmente la exigencia del ánimo de injuriar, le atribuyen un contenido que no difiere del propio dolo (10).

de 1986 (JC. 1.570); 3 de diciembre de 1986 (JC. 1.599); 3 de abril de 1987 (JC. 572); 12 de mayo de 1987 (JC. 803); 12 de mayo de 1987 (JC. 807); 6 de junio de 1987 (JC. 1.013); 6 de julio de 1987 (A. 5.279); 20 de julio de 1987 (A. 5.587); 22 de octubre de 1987 (A. 7.577); 17 de noviembre de 1987 (A. 8.531); 17 de noviembre de 1987 (A. 8.534); 5 de febrero de 1988 (A. 897); 10 de marzo de 1988 (A. 1.618); 18 de mayo de 1988 (A. 3.683); 3 de junio de 1988 (A. 4.430); 13 de junio de 1988 (A. 4.900); 7 de julio de 1988 (A. 6.515); 15 de julio de 1988 (A. 6.592).

(4) SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*. Barcelona, «PPU», 1985, p. 217.

(5) Véase, por todos, T. S. VIVES en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 661.

(6) F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 117.

(7) Véase AURELIA M. ROMERO COLOMA, *Derechos al honor y a la intimidad y libertad de expresión*, «Actualidad Penal», 1988, pp. 375 y ss.

(8) ENRIQUE BACIGALUPO, *Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria*, «REDC», 1987, p. 88; J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*. Barcelona (Librería Bosch), 1986, vol. 1, p. 232 y *Animus iniuriandi e injurias*. «La Ley», 27 de octubre de 1989, pp. 1 y 2; JOSÉ M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte Especial*. Madrid, 1987, p. 238.

(9) LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Stafgesetzbuch. Ein Kommentar*. München (Beck), 1988, p. 1303.

(10) Así, T. S. VIVES en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 661, sostiene que para el ánimo de injuriar «basta con que se conozca el potencial lesivo para el honor de la expresión proferida o acción ejecutada y se acepte una tal lesión». A no ser que se acepte que puede haber injurias aunque las expresiones proferidas o acciones ejecutadas no sean objetivamente injuriosas, el cono-

A la conclusión de que no es necesario el ánimo de injuriar se puede llegar por caminos distintos:

1) Interpretando la preposición «en» del artículo 457 de una forma distinta o
2) poniendo en duda la función material que normalmente se atribuye al ánimo de injuriar y negando que para conseguir los objetivos propuestos sea necesario el ánimo de injuriar.

1) La preposición «en» también se interpreta como referida a una propiedad de la acción. La acción típica en el delito de injurias debe ser una acción objetivamente lesiva para el honor ajeno. Así concebido el artículo 457 no requiere elemento subjetivo alguno.

Si lo anterior se pone en relación con el tipo del delito de calumnia, que literalmente no parece exigir elemento subjetivo alguno (11), se puede concluir que de la letra de ley no deriva la necesidad del ánimo de injuriar como un elemento distinto del dolo. De ser así, resultará mucho más fácil sostener que el dolo es el único componente de la parte subjetiva del tipo en los delitos contra el honor.

2) El segundo argumento utilizado para poner en cuestión la necesidad del ánimo de injuriar hace referencia a su función en los delitos de injuria y calumnia. En la actualidad se le atribuye una función doble:

a) En primer lugar se parte de la base de que las acciones o expresiones objetivamente injuriosas no constituyen delito si no van acompañadas de la intención específica de lesionar el honor ajeno (12).

b) En segundo término, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha utilizado el ánimo de injuriar como vía a dar entrada al ejercicio de otros derechos. El derecho a defenderse y, sobre todo, el derecho a la libertad de expresión. La concurrencia del ánimo de defenderse o del ánimo de informar puede determinar,

cimiento y aceptación del carácter lesivo para el honor formará parte del contenido propio del dolo. En este sentido véase, J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Animus iniuriandi e injurias*, cit., p. 1.

(11) Por ejemplo, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 122, considera que en el delito de calumnia «es discutible» la necesidad de un elemento subjetivo del injusto, pero mantiene su exigencia por su naturaleza de delito contra el honor; T. S. VIVES en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 657, considera que «sin dicho elemento no puede estimarse la existencia del delito de calumnia»; pero mantiene el concepto de ánimo de injuriar como «conocimiento del carácter lesivo para el honor de lo que se imputa y asunción de las consecuencias dañosas» a que antes se ha hecho referencia.

(12) F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., pp. 117 y 122. La jurisprudencia mantiene también un punto de vista semejante: sentencia de 17 mayo de 1985 (JC. 805) relativa a un caso de desacato dice: el «animus iniuriandi» «supone o implica, además del dolo que debe acompañar a toda infracción intencional, que, el agente, obre guiado o inspirado por un especial ánimo de vilipendio, desdoro y baldón del sujeto pasivo, esto es, con el especial propósito de agraviar y lesionar el honor de quien resulte “el blanco” de los “verba scripta, factum” que integren la mencionada dinámica comisiva»; sentencia de 6 de junio de 1987 (JC. 1.013), absoluta de un proceso por injurias por las manifestaciones del Presidente del un club de fútbol sobre un jugador del equipo rival, de quien dice «que va dejando a las mujeres embarazadas por las esquinas». El Tribunal Supremo entiende que «no es suficiente con que la expresión proferida o acción ejecutada redunde en descrédito o menosprecio de una persona, sino que resulta preciso..., que concorra un ánimo tendencial ofensivo...».

desde este punto de vista, la desaparición del ánimo de injuriar, y, por consiguiente, la inexistencia del delito (13).

a) Es discutible y, desde luego, discutido (14) que el ánimo de injuriar añada algo al contenido propio del dolo en los delitos contra el honor. En efecto, si el dolo se concibe como conocimiento y voluntad de realizar la parte objetiva del tipo, difícilmente se puede exigir luego la voluntad de ofender como un elemento diferenciado. Quien conoce que sus acciones o expresiones son objetivamente injuriosas y, pese a ello, las profiere, con dificultad podrá luego alegar que no quería ofender a nadie. La presencia de otros ánimos a los que frecuentemente aluden doctrina y jurisprudencia no desplaza el conocimiento y voluntad del carácter ofensivo de las acciones o expresiones. La crítica, la broma o la información debe realizarse dentro del respeto al honor de los demás.

Es cierto que la amplitud actual de los tipos de injurias puede explicar, en cierto modo, el intento de reducir el ámbito de estos tipos mediante la exigencia del ánimo de injuriar. Pero una interpretación restrictiva de aquello que se considera objetivamente ofensivo puede evitar el recurso al citado elemento subjetivo. Una configuración de los delitos de injurias que atienda básicamente al carácter objetivamente injurioso de las acciones o expresiones e interprete restrictivamente los tipos vigentes hace innecesaria la exigencia de un elemento subjetivo distinto del dolo.

En resumen, para la existencia del delito de injurias basta que el sujeto conozca el carácter objetivamente ofensivo de sus manifestaciones. Si lo desconoce, se planteará un problema de ausencia de dolo, pero no otro de inexistencia de un elemento subjetivo del injusto. Entonces hay que asumir la principal consecuencia que deriva del hecho de prescindir del elemento subjetivo, la posibilidad de castigar la calumnia y la injuria cometidas por imprudencia.

Un análisis de la práctica jurisprudencial lleva a conclusiones que, quizá, puedan considerarse sorprendentes. De hecho el Tribunal Supremo, y a pesar de sus manifestaciones teóricas, interpreta muchas veces los tipos de injuria y calumnia como si no fuera necesario elemento subjetivo alguno.

En efecto, en la configuración jurisprudencial la parte subjetiva del tipo requiere la presencia de un elemento subjetivo del injusto. Siempre que el Tribunal Supremo hace referencia a los elementos del tipo de injuria o calumnia, incluye el ánimo de injuriar, a veces denominado «animus infamandi» en el delito de calumnia. En la aplicación práctica de sus puntos de partida, el Tribunal Supremo hace dos cosas que no resultan fácilmente aceptables: *presume la existencia del ánimo de injuriar e invierte la carga de la prueba*; la presunción sólo se destruye si el acusado de injuria o calumnia demuestra que tal ánimo no existió.

Antes de la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, la presunción del ánimo de injuriar se basaba en el párrafo 2 del artículo 1 del Código penal. Este establecía: «Las acciones y omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias a no ser que conste lo

(13) Así lo ponen de manifiesto M. ALONSO, *Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales*, cit., pp. 144 y ss.; e I. BERDUGO, *Honor y libertad de expresión*, cit., pp. 75 y ss.

(14) Véase J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Animus iniuriando e injurias*, cit., p. 2.

contrario» (15). La reforma de 1983 suprimió el párrafo citado y, consecuentemente, dejó sin fundamento legal alguno la presunción del ánimo de injuriar. Pese a ello, se sigue presumiendo el mencionado ánimo (16).

Pocos meses después de la reforma el Tribunal Supremo advirtió que el ánimo de injuriar ya no podía presumirse: Así sucedió en el caso de la película «Rocio» en la que aparecía la fotografía de una persona, ya fallecida, a quien se atribuían, entre otras cosas, múltiples asesinatos. El Tribunal Supremo dijo: «el “animus injuriandi” no puede entenderse acreditado por la presunción de voluntariedad del antiguo párrafo segundo del artículo 1 del Código penal, hoy derogado ...sino que debe acreditarse debidamente y corregirse de la lectura del relato fáctico...» (17).

Cuando, en otras sentencias posteriores, el Tribunal Supremo trata de proporcionar criterios para determinar la existencia del ánimo de injuriar, se pone de manifiesto que se toman en consideración circunstancias, que más que determinar la existencia de un ánimo específico y distinto del dolo, influyen en el carácter objetivamente injurioso de las acciones o expresiones; paralelamente reaparece la presunción del elemento subjetivo del injusto. Por ejemplo: «el “animus iniuriandi” o “infamandi” ...si no es exteriorizado directamente, puede deducirse que las palabras o expresiones mismas si éstas no significan gramaticalmente descrédito o menosprecio (*quando verba sunt per se iniurosa animus presumitur*; que decían los clásicos) o significado de los términos empleados mediante una interpretación racional y socio-cultural, efectuada por el juzgador en concordancia con las circunstancias que rodearon los hechos y los motivaron» (18).

Los criterios anteriores se concretan en la sentencia de 5 de marzo de 1985 (JC. 361) (19): «el carácter eminentemente intencional del delito de injurias obliga ...a la consideración adecuada que merezcan no sólo el valor gramatical de las proferidas..., sino también los accidentes de lugar y tiempo, los personales de los sujetos pasivo y activo del delito supuesto, y los muy precisos de la situación ambiental y estado de ánimo de quien profiriese aquéllas, a efectos de servir como determinantes del “animus iniuriandi”».

El valor gramatical de las palabras, los accidentes de lugar y tiempo, las circunstancias personales y estado de ánimo de los sujetos y la situación ambiental son datos que sirven para determinar la gravedad objetiva de las injurias y no para demostrar la existencia del ánimo de injuriar.

A partir de estas consideraciones el Tribunal Supremo sigue presumiendo el ánimo de injuriar, en ocasiones lo dice así explícitamente: El ánimo de injuriar

(15) Es discutible que esta disposición pueda servir de base a la presunción de un elemento del tipo. Pero al haber sido derogada, carece de sentido entrar en el tema.

(16) Así se hace, por ejemplo, en la sentencia de 23 de noviembre de 1983 (JC. 1.562).

(17) Sentencia de 13 de febrero de 1984 (JC. 153), P. Luis Vivas Marzal.

(18) Sentencia de 16 de octubre de 1984 (JC. 1.375), P. Bernardo F. Castro Pérez. El procesado en esta causa realizó unas declaraciones a una revista en las que se decía que «El mito de la Patria, el sentimiento patriótico es el cebo para justificar la existencia del Ejército, pero bajo este sentimiento se oculta mucha mierda». Las Fuerzas Armadas se calificaban como institución represiva al servicio de los intereses del Estado y del Gran Capital. El hecho se calificó como constitutivo de un delito de injurias graves al ejército y se impuso una pena de 7 meses de prisión menor. Cfr., también, la sentencia de 17 de octubre de 1985 (JC. 1.388).

(19) P. BENJAMÍN GIL SÁEZ.

se presume (20). Otras veces lo deduce, sin más, del carácter objetivamente injurioso de las acciones o expresiones; o, por último, considera que «se percibe» está «insito» o «embebido» en ellas (21). Todo ello conduce irremediabilmente a la conclusión de que *es suficiente con que las acciones o expresiones sean objetivamente lesivas para el honor y el sujeto lo sepa para que exista el delito.*

Esta conclusión se refuerza a partir de sentencias, como la de 10 de marzo de 1988 (A. 1.618) (22), en la que se juzgó a una persona que dijo haber mantenido relaciones sexuales con una mujer durante diez años, haberle pasado dinero y haberla agredido porque le habría sorprendido haciendo el amor con el tapicero. En esta resolución ya se identifica el ánimo de injuriar con el dolo y, más concretamente, con el factor cognoscitivo del dolo: «el recurrente era consciente al hacer esas imputaciones de su significado y no podía desconocer la trascendencia que entrañaban, revela inequívocamente que fue el “ánimo iniuriandi” ...el que guió al procesado a proferir las expresiones injuriosas».

Si el carácter objetivamente injurioso y de su conocimiento por parte del autor se deduce no sólo el dolo sino también la existencia del elemento subjetivo del injusto, no se entiende por qué el citado elemento se exige como algo adicional y distinto de aquél.

Con todo, exigir o no el ánimo de injuriar como elemento subjetivo del injusto no es indiferente. En primer lugar, porque provoca una considerable incertidumbre, agravada por el criterio amplio que utiliza el Tribunal Supremo para decidir si algo es objetivamente injurioso. En segundo término, porque, en cualquier momento, el Tribunal Supremo puede decidir que, a pesar del carácter objetivamente injurioso de las acciones o expresiones, no hay ánimo de injuriar. Así lo ha hecho en algunas sentencias al considerar que el ánimo de injuriar queda desplazado por el ánimo de defenderse o por el ánimo de informar.

La prueba de que no existe ánimo de injuriar corresponde al procesado (23). Así, no sólo, se presume un elemento del tipo, presunción difícilmente admisible en Derecho penal, sino que también se infringe el derecho a la presunción de inocencia; con ello se viola el artículo 24.2 de la Constitución.

b) *La exclusión del ánimo de injuriar por otros ánimos*

La presencia de otro ánimos, por ejemplo los de criticar, bromear, informar, etc., puede desplazar el ánimo de injuriar. Así lo sostienen la doctrina, cuando exige el ánimo de injuriar como elemento subjetivo del injusto (24), y la propia

(20) Sentencia de 7 de diciembre de 1984 (JC. 1.714); 25 de febrero de 1985 (JC. 309); 26 de junio de 1985 (JC. 1.086); 12 de mayo de 1987 (JC. 803).

(21) Sentencia de 9 de abril de 1985 (JC. 591); 27 de junio de 1986 (JC. 952); 18 de septiembre de 1986 (JC. 1.108); 24 de septiembre de 1986 (JC. 1.141); 17 de noviembre de 1986 (JC. 1.464); 3 de abril de 1987 (JC. 572); 20 de julio de 1987 (A. 5.587); 13 de junio de 1988 (A. 4.900); 7 de julio de 1988 (A. 6.515).

(22) P. ANTONIO HUERTA y ALVAREZ DE LARA.

(23) Sentencia de 2 de junio de 1986 (JC. 806); 18 de junio de 1986 (JC. 899); 18 de septiembre de 1986 (JC. 1.108); 12 de mayo de 1987 (JC. 803).

(24) F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, p. 117; T. S. VIVES en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., pp. 657 y 661.

jurisprudencia (25). La concurrencia de alguno de los ánimos a que se ha hecho referencia no implica automáticamente la desaparición del ánimo de injuriar. Este último puede ser desplazado por aquéllos, pero éstos también pueden coexistir con él sin que desaparezca el delito contra el honor de que se trate. La simple presencia de un ánimo de informar, de criticar o de defenderse no anula el ánimo de injuriar. La información, crítica o la defensa deben realizarse dentro del respeto al honor ajeno. Pero también puede suceder que el ánimo de informar, el de criticar, etc., desplacen al ánimo de injuriar, o, al menos, tengan prevalencia sobre aquél.

A partir de este planteamiento no es de extrañar que el camino seguido por el Tribunal Supremo, cuando ha tenido que dar entrada al ejercicio de la libertad de expresión haya sido este último. El ánimo de informar puede anular o desplazar el ánimo de injuriar. Entonces la conducta objetivamente injuriosa dejaría de ser típica por falta del elemento subjetivo del injusto (26).

Hay casos en los que se considera que ni siquiera existió ánimo de injuriar: Por ejemplo, en la sentencia de 13 de noviembre de 1986 (27): Un concejal dijo en el curso de una sesión del Ayuntamiento que la Sanidad estaba desatendida, ya que el único practicante de la localidad se emborrachaba y desatendía a los militantes del PSOE (28). El Tribunal Supremo consideró que los hechos eran atípicos porque: «se ha venido admitiendo tradicionalmente que palabras, conceptos, gestos o expresiones que pudieran tener un significado objetivamente injurioso, queden desvalorizados desde el punto de vista jurídico-penal, cuando del análisis o ponderación conjunta de las circunstancias concurrentes se deduzca que el inculpado no procedió con el ánimo de menospreciar, desacreditar o deshonrar, sino con otro distinto como el de ejercitar un derecho, obrar en cumplimiento de un deber, el de ejercitar la crítica, etc.». El Tribunal, al aplicar este criterio al caso, llega a la conclusión de que el concejal en cuestión se limitó a realizar una crítica a la alcaldía que no pasó del exceso verbal y que, por ello, su conducta «ha de reputarse atípica al faltar el elemento subjetivo del injusto» (29).

(25) Véanse, por ejemplo, las sentencias de: 11 de febrero de 1985 (JC. 210); 23 de mayo de 1985 (JC. 838); 3 de junio de 1985 (JC. 914); 7 de octubre de 1985 (JC. 1.368); 12 de diciembre de 1985 (JC. 1.816); 25 de septiembre de 1986 (JC. 1.147); 13 de noviembre de 1986 (JC. 1.445); 1 de diciembre de 1986 (JC. 1.570); 3 de diciembre de 1986 (JC. 1.599); 6 de junio de 1987 (JC. 1.013); 6 de junio de 1987 (JC. 5.279); 22 de octubre de 1987 (A. 7.577); 17 de noviembre de 1987 (A. 8.531); 17 de noviembre de 1987 (A. 8.534); 5 de febrero de 1988 (A. 897); 18 de mayo de 1988 (A. 3.683).

(26) Críticamente sobre la utilización de esta vía: M. ALONSO ALAMO, *Protección penal del honor*, cit., p. 148; E. BACIGALUPO, *Colisión entre derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria*, cit., pp. 84 y ss.; M. BAJO FERNANDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, t. III, p. 241; I. BERDUGO, *Honor y libertad de expresión*, cit., pp. 75 y ss.; SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Barcelona (Ariel), 1987, pp. 36 y ss.

(27) P. MANUEL GARCÍA MIGUEL.

(28) La Audiencia Provincial condenó al concejal como autor de un delito de injurias leves a la pena de 15.000 pesetas de multa y a indemnizar en otras 20.000 por daños morales.

(29) En la sentencia de 12 de diciembre de 1985 (JC. 1.816) (P. Fernando Cotta y Márquez del Prado), que enjuicia el comportamiento de una periodista que publicó un reportaje sobre los malos tratos a que eran sometidos los ancianos internados en una residencia de pensionistas. El Tribunal Supremo entiende que en este caso es impo-

En cambio, otras veces se considera que el ánimo de injuriar existe pero puede quedar contrarrestado por otros (30).

Desde el punto de vista aquí defendido, que prescinde del elemento subjetivo del injusto, no es posible utilizar la misma vía que el Tribunal Supremo para dar entrada al ejercicio de derechos constitucionales. Además, es dudoso que ésta sea la más adecuada pues provoca una gran inseguridad (31), que se pone de manifiesto por la existencia de otras sentencias en las que, pese a reconocerse la intención de crítica o de información, se mantiene la calificación de injurias. Por ejemplo: sentencia del 1 de diciembre de 1986 (JC. 1.570) (32) sobre un objetor de conciencia, condenado a 7 meses de prisión menor por un delito de injurias al ejército, que comparó su caso con el de un capitán que había llamado cerdo al Rey y había sido condenado a un mes de arresto y llegó a la conclusión de que «una gran parte de los Jueces son realmente incorruptibles. Nada, absolutamente nada puede obligarles a hacer justicia». En este caso el Tribunal Supremo entendió que la crítica «traspasa los límites legalmente establecidos, para menospreciar, desacreditar o desprestigiar a un Tribunal, a los Tribunales o Jueces...» (33). Esta sentencia fue declarada inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988 (34). El Tribunal Constitucional entendió, que si bien las manifestaciones del objetor de conciencia podían incidir negativamente en el prestigio de la institución a la que se referían, se trataba de un comportamiento justificado por el ejercicio del derecho a expresar libremente opiniones.

3. LA LIBERTAD DE EXPRESION COMO CAUSA DE JUSTIFICACION

La sentencia comentada recoge la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de conflicto entre honor y libertad de expresión. El propio Tribunal Consti-

sible desprender de los hechos la intención dolosa de deshonrar, desacreditar o menospreciar. Y aunque algunas de las frases utilizadas (en el reportaje se decía que el Director de la residencia golpeó a un anciano y encerró a otro, que era ciego, desnudo en una habitación) «pueden ciertamente molestar ...no lo es menos que, empleadas como lo han sido con el evidente propósito de informar a la opinión pública del trato vejatorio que se dispensaba en un centro asistencial a personas pertenecientes a la tercera edad, no rebasan los límites de la crítica ordinariamente tolerada respecto a la conducta de quienes desempeñan cargos de mando y responsabilidad...».

(30) Véase la sentencia de 6 de julio de 1987 (A. 5.279).

(31) Véanse las críticas de E. BACIGALUPO, *Colisión de derechos fundamentales y justificación*, cit., pp. 84 y ss.; I. BERDUGO, *Honor y libertad de expresión*, cit., páginas 75 y ss.; J. J. QUERALT, *Animus iniuriandi e injurias*. «La Ley», cit., p. 2.

(32) P. ANTONIO HUERTA y ALVAREZ DE LARA.

(33) Véanse, también, las sentencias de 17 de noviembre de 1987 (A. 8.531): Concejales que difunden una nota crítica sobre el alcalde al que acusan de una serie de irregularidades. La función de crítica de un concejal de la oposición no se admite en este caso y se considera que hay «manifiesta preponderancia de "animus" difamador y vejatorio»; sentencia de 5 de febrero de 1988 (A. 897), también sobre crítica de la actuación de un, en este caso ex, alcalde. Los procesados acusaron, en unas declaraciones a la prensa, a un ex alcalde de serias irregularidades en el ejercicio de sus funciones como alcalde. El Tribunal Supremo considera que el propósito último que movió a los procesados fue el de «atentar contra el honor y la dignidad ajena» porque de otro modo hubieran acudido a los cauces reglamentarios: al Gobernador Civil o al Ministerio del Interior para denunciar las irregularidades.

(34) P. Sr. DIAZ EIMIL.

tucional ha puesto de relieve la insuficiencia del recurso al «animus iniuriandi» para resolver el tema (35). Sin embargo, tras una exposición de los criterios constitucionales para decidir en los casos de conflicto entre honor y libertad de expresión, la sentencia antes citada basa su decisión en la presencia del «animus iniuriandi».

El ejercicio legítimo de los derechos reconocidos en el artículo 20.1 a) puede justificar un comportamiento lesivo para el honor (36). Lo anterior se basa en la importancia de la libertad de expresión, información y opinión en el marco de un Estado democrático y naturalmente está sujeto a una serie de limitaciones (37). Por un lado, el recurso al artículo 8.11 del Código penal requiere la legitimidad del ejercicio del derecho, por otro, el propio fundamento de la prevalencia de la libertad de expresión limita ésta a los casos de interés general.

El recurso al artículo 8.11 del Código penal puede ser el camino correcto para resolver los conflictos entre el derecho al honor y la libertad de expresión; para ello será necesaria la concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos de la causa de justificación. Pero, el Código penal español presenta algunas peculiaridades que provocan conflictos entre el honor —penalmente protegido— y la libertad de expresión en muchos más casos de los necesarios. Esto sucede sobre todo por causa de la amplitud y vaguedad de los tipos de injurias y de la inadmisión, como regla general, de la *exceptio veritatis* en los delitos de injurias.

a) La falta de precisión de los tipos de injurias de los artículos 457 y 458 del Código penal da lugar a que puedan considerarse típicos comportamientos carentes de relevancia suficiente para dar lugar a responsabilidad penal. Esto puede suceder tanto en la imputación de hechos como la formulación de opiniones pero es sobre todo en el segundo caso donde se manifiesta con mayor claridad (38).

(35) «El reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la acción que infiere en este derecho lesión penalmente sancionable haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues en tales supuestos se produce un conflicto entre derechos fundamentales, cuya dimensión constitucional convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi*, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de dicha clase de delitos, pues este criterio se ha asentado hasta ahora en la convicción de la prevalencia absoluta del derecho al honor» (STC de 8 de junio de 1988, FJ. primero).

(36) Así lo han establecido algunas sentencias del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1981; 17 de julio de 1986; 27 de octubre de 1987. El Tribunal Supremo en las sentencias más modernas recoge esta doctrina. Véanse, por ejemplo, las sentencias de 21 de enero de 1988, 3 de junio de 1988, 7 de julio de 1988, 12 de mayo de 1989, 3 de octubre de 1989, 23 de mayo de 1989.

(37) Véase, E. BACIGALUPO, *Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria*, cit., pp. 93 y ss.; I. BERDUGO, *Honor y libertad de expresión*, cit., pp. 79 y ss.; A. GARCÍA PABLOS, *La tutela del honor y la intimidad como límite a la libertad de expresión*, en «Estudios Penales». Barcelona (Bosch), 1984, p. 400; KARL E. WENZEL, *Tatschenbehauptungen und Meinungsäußerungen*. «NJW», 1968, pp. 2353 y 20 siguientes.

(38) Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha considerado injurias leves la utilización de vocablos como «necio» y «chorizo», y en el segundo caso se matizaba «chorizo», en el buen sentido de la palabra» (sentencia de 17 de junio de 1986 y 18 de mayo de 1988). Cuando el insulto se realiza utilizando palabras groseras la calificación suele pasar a injurias graves, por ejemplo, llamar a otro «hijo de puta y trepador» o decir de una chica que «es una puta y que por puta la han dejado varios novios» (sentencia

El reconocimiento constitucional de la libertad de opinión permite exponer opiniones negativas acerca de otras personas (39), siempre, naturalmente, que no se haga de un modo formalmente intolerable. Ahora bien, para que una acción o expresión sea formalmente intolerable ha de ser algo más que una grosería basada en la utilización de palabras que, aunque vulgares, son de uso frecuente.

b) La *exceptio veritatis* sólo se admite en las injurias cuando «éstas fueren dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, o cuando tenga derecho a perseguir el delito imputado en el caso número 1 del artículo 458» (art. 461 del Código penal). La no admisión de la *exceptio veritatis* en las injurias consistentes en la imputación de hechos obliga a recurrir a la causa de justificación para obviar la posible inconstitucionalidad del artículo 461 del Código penal.

Aplicando el artículo 461 a la sentencia comentada, aunque se hubiera demostrado que los hechos imputados al Secretario y Vicepresidente de la Asamblea de la Cruz Roja eran ciertos, subsistiría la responsabilidad por injurias. Que la información sobre hechos ciertos no realizada de un modo formalmente inaceptable pueda reputarse constitutiva de delito es difícilmente compatible con la libertad de expresión (40).

La libertad de expresión como derecho básico en un Estado democrático requiere que en los asuntos de interés general se pueda informar sobre hechos verdaderos. Si el tipo de injurias reflejara esta posibilidad incluyendo la falsedad como elemento del tipo (41) desaparecerían muchos de los casos en los que hoy es necesario recurrir a la causa de justificación. Esto sólo es posible mediante una reforma del Código penal.

Ahora bien, la exigencia de la falsedad en la injuria consistente en la imputación de hechos plantearía algunos otros problemas que no pueden perderse de vista: La calificación de la información sobre hechos ciertos relativos a la vida

de 29 de noviembre de 1985 y 20 de julio de 1988). Si el tipo de la injuria se redujera a los casos más graves y no se confundiera la injuria con el insulto o la grosería, se plantearían menos conflictos entre el honor y la libertad de expresión.

(39) Véase la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988.

(40) La doctrina española ha puesto de relieve el escaso ámbito de la *exceptio veritatis* en el delito de injurias y ha propuesto algunas vías de solución generalmente consistentes en recurrir a una causa de justificación del artículo 8.11. Cuando las imputaciones de hechos son verdaderas resultarían amparadas por el legítimo ejercicio a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20.1 de la Constitución Española. Véase F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial, cit.*, p. 121; J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte Especial, t. I, cit.*, pp. 231 y 232; T. S. VIVES en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial, cit.*, pp. 655 y 656. La valoración que merece el escaso ámbito de la *exceptio veritatis* en el Código penal es distinta; mientras en algunos casos se califica como corto —J. J. QUERALT, *loc. cit.*— en otros se explica para evitar que se sofoque el derecho a la intimidad o se someta a los ciudadanos a un control excesivo por parte del Estado —T. S. VIVES, *ob. y loc. cit.*

(41) Así se hace en otras legislaciones donde se concede a la *exceptio veritatis* una amplitud mucho mayor. Por ejemplo la doctrina alemana entiende que las imputaciones de hechos han de ser falsas para constituir un delito de injurias. La falsedad se considera por algunos autores como un elemento del tipo y por otros como una causa de exclusión de la pena. Véase, LENCKNER en SCHONKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Ein Kommentar, cit.*, pp. 1297 y ss.

privada o íntima de las personas y la calificación de los casos en que no se pueda probar que los hechos son verdaderos o falsos.

La difusión de hechos ciertos pero relativos a la vida privada o íntima de las personas puede constituir un delito de injurias según el Código penal vigente. Ello no significa que esa difusión pueda calificarse sin más como delito de injurias, sino que ha de tratarse de hechos que, además de pertenecer a la esfera íntima, implique «deshonra, decrédito o menosprecio de otra persona». En este grupo de casos no se da el interés general o público que permite justificar en otros casos la difusión de hechos ciertos.

En cambio, si la falsedad de la imputación fuera un elemento del tipo, la veracidad de los hechos, aunque fueran relativos a la vida privada, daría lugar a la atipicidad del comportamiento. Esta consecuencia puede parecer excesiva (42). Pero no resulta fácil aceptar que la difusión de la verdad sea considerada como delito, ni siquiera cuando se trata de hechos relativos a la vida íntima. La intimidad goza por sí misma de protección penal (43) y si se ha llegado a conocimiento de los hechos por un comportamiento constitutivo de un delito contra la intimidad deberá exigirse responsabilidad por esta vía, en la que además suele preverse como agravación la divulgación de lo descubierto (44). En cambio, si los hechos han sido conocidos por quien los difunde porque los propios interesados que hay que exigir responsabilidad penal.

La inclusión de la falsedad de la imputación como elemento del tipo del delito de injurias tiene una consecuencia importante: no es el autor de las imputaciones quien debe probar que son verdaderas, sino que sólo se le puede condenar si se demuestra que son falsas. El juez deberá decidir en cada caso si se ha probado suficientemente la falsedad de las imputaciones.

La cuestión resulta muy clara cuando se prueba que las imputaciones son verdaderas o falsas pues en el primer caso no existe delito alguno y en el segundo puede haber responsabilidad penal por injurias. Mas, es posible que quede un importante número de casos en los que no se pueda demostrar que los hechos son verdaderos o falsos. Al considerar la falsedad como elemento del tipo, estos supuestos deben quedar sin duda fuera del tipo de injurias y, sin embargo, no parece descabellado pensar que, al menos algunas veces, puedan resultar lesivos para el honor de la persona a quien se refieren (45).

Con el Código penal vigente es posible calificar estos supuestos como delito de injurias. Como se ha visto antes, para evitar que informaciones verdaderas se puedan considerar delito hay que recurrir a una causa de justificación del ar-

(42) La doctrina española ha considerado que la difusión de hechos relativos a la vida íntima de las personas puede constituir un delito de injurias. Véase, M. ALONSO ALAMO, *Protección penal del honor*, cit., pp. 132 y ss. y 151; M. BAJO FERNANDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, cit., pp. 248 y 249.

(43) Véase sobre el tema, J. TENCKHOFF, *Grundfälle zum Beleidigungsrecht*. «Jus», 1988, p. 788.

(44) La protección penal de la intimidad presenta algunas deficiencias, como por ejemplo la falta de regulación de la captación de la imagen, pero no parece aceptable subsanar los defectos de la protección de la intimidad recurriendo al delito de injurias.

(45) Véase, G. ARTZ, *Der strafrechtliche Ehrenschutz - Theorie und praktische Bedeutung*. «Jus», 1982, pp. 721 y ss.; E. HELLE, *Die Rechtswidrigkeit der ehrenrührigen Behauptung*. «NJW», 1961, pp. 1896 y ss.; J. TENCKHOFF, *Grundfälle zum Beleidigungsrecht*. «Jus», 1989, pp. 35 y ss.

título 8.11 del Código penal en relación con el artículo 20.1 a) de la Constitución española. El derecho a dar y recibir libremente información indispensable en un Estado democrático sólo puede ser el derecho a la información *veraz* (46). Si no se demuestra que la información es verdadera no se podrá aplicar la causa de justificación. En el futuro Código penal la opción puede ir desde considerar la veracidad de las imputaciones como una causa de exclusión de la culpabilidad o de la pena y atribuir la carga de la prueba a quien ha proferido las manifestaciones, hasta la creación de un tipo al estilo de la «üble Nachrede» del parágrafo 186 del StGB, o, simplemente, dejar estos casos para el ámbito del Derecho civil. La segunda solución parece preferible a la primera; pues, en primer lugar, permite mantener la falsedad de la imputación como elemento del tipo de injurias y, en segundo término, porque así se establecen diferencias claras entre hechos bastante distintos; no es lo mismo la imputación de un hecho falso que la imputación de un hecho cuya verdad o falsedad no se puede demostrar (47). La introducción de un precepto semejante en el Código penal puede ser tomada en consideración pero no debería descartarse la posibilidad de exigir en estos casos únicamente responsabilidad civil.

(46) Así lo han destacado E. BACIGALUPO, *Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria*, cit., pp. 95 y ss.; I. BERDUGO, *Honor y libertad de expresión*, cit., pp. 83y ss.

(47) Sobre los problemas de interpretación del parágrafo 186 StGB referidos sobre todo a la falsedad o imposibilidad de demostrar la verdad o falsedad véase, H. K. HIRSCH, *Ehre und Beleidigung. Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschatzes*. «Karlsruhe» (C. F. Müller), 1967, pp. 150 y ss.; LENCKNER en SCÖNCKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Ein Kommentar*, cit., p. 1309.

Jurisprudencia constitucional

**PUBLICADA EN ENERO-ABRIL DE 1990 Y CON APLICACION
EN MATERIA PENAL**

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA
Universidad Autónoma. Madrid

I) CONSTITUCION

ARTÍCULO 14

Principio de igualdad

La estimación del amparo solicitado por vulneración del derecho a la tutela judicial nos dispensa de entrar en la denuncia de violación del principio de igualdad, y ello no sólo porque resulta innecesario, sino también porque, aparte de su muy escaso desarrollo y fundamentación, constituye, en cierta medida, un problema que depende del ya resuelto y, en realidad, es hipotético y proyectado al futuro, puesto que, de haberse estimado constitucionalmente correcta la apreciación de la agravante, el principio de igualdad no sería de aplicación por la esencialmente distinta situación que, en tal caso, tendría el demandante en relación con los otros condenados y, de estimarse, tal y como se hace, la imposibilidad legal y constitucional de apreciar esa agravante, dicho principio sólo podrá entrar en juego si en la nueva sentencia que debe dictar la Audiencia Provincial se impone, dentro de los límites de la acusación, y sin motivación razonable, una pena más grave que la señalada a los otros dos acusados.

(Sentencia núm. 205/1989, de 29 de diciembre. R.A. 1784/87. «B.O.E.» de 11 de enero de 1990.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

ARTÍCULO 16.1

Derecho a la libertad ideológica

Aunque es cierto que, como ha declarado este Tribunal en numerosas sentencias y recuerda el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, no hay derechos absolutos

o ilimitados, también lo es que la libertad ideológica invocada por el recurrente, por ser esencial, como hemos visto, para la efectividad de los valores superiores y especialmente del pluralismo político, hace necesario que el ámbito de este derecho no se recorte ni tenga «más limitación (en singular utiliza esta palabra el art. 16.1 CE), en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley». La limitación, por la singularidad y necesidad con que se precisa en el propio precepto que la determina, no puede hacerse coincidente en términos absolutos, pese a lo afirmado por el Ministerio Fiscal, con los límites que a los derechos de libertad de expresión y de información reconocidos por el artículo 20 de la Constitución, apartados a) y d), impone el número 4 de esta norma. La equiparación entre una y otras limitaciones, requiere, en todo caso, que, como ocurre en este supuesto, cuando el hecho imputado a un ciudadano afecte principalmente a su derecho a la libertad ideológica, su enjuiciamiento ha de ponderar y analizar también principalmente de qué manera a través de su manifestación externa se ha vulnerado «el orden público protegido por la Ley».

Desde el punto de vista de la libertad ideológica al que nos estamos refiriendo en este fundamento, hay que decir desde el primer momento que la sentencia del Tribunal Supremo, a diferencia de la dictada por la Audiencia Nacional, no contiene razonamientos explícitos que pongan en relación la libertad ideológica del recurrente con el límite que a la misma señala el artículo 16.1 de la Constitución. Se centra en contemplar el escrito enjuiciado desde la perspectiva penal de los artículos 147.1 en relación con el 457 del Código penal como delito de injurias al Rey. Lo hace así, porque así fue planteado —por inaplicación de dichos preceptos penales— por el Ministerio Fiscal en el motivo de casación acogido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pero lo cierto es que olvida una referencia incriminatoria concreta frente a la libertad ideológica del autor del escrito, pese a reconocer que el mismo contiene «un determinado componente de crítica política». Entiende la sentencia que este componente es «de interés para graduar el alcance de la faceta injuriosa del escrito e individualizar la pena», pero, fuera de esto, ningún otro alcance atribuye la sentencia a dicha libertad ni analiza expresamente si el escrito en cuestión excede o no del límite que a la libertad ideológica señala el artículo 16.1 de la Constitución.

La omisión es importante, porque al trasladar todo el problema a los límites que señala el número 4 del artículo 20 —que es el marco en el que exclusivamente se centra en la sentencia del Tribunal Supremo— a los derechos que se reconocen y protegen en los apartados a) y d) del número 1 de este artículo, se equipara en punto a limitaciones la libertad ideológica con esos otros derechos fundamentales y por esta vía se retringe la mayor amplitud con que la Constitución configura el ámbito de aquel derecho.

No se trata, naturalmente, de que la libertad ideológica en su manifestación externa a través de un artículo periodístico, pueda ser utilizada para eludir los límites que a la libertad de expresión impone el artículo 20.4 de la Constitución, pero la visión globalizada de ambos derechos, o de las limitaciones con que han de ser ejercidos, no puede servir solamente «de interés para graduar el alcance de la faceta injuriosa del escrito e individualizar la pena», como afirma la sentencia recurrida, sino que han de servir también y principalmente para determinar si la «faceta injuriosa», por no ser ésta la finalidad del artículo —como claramen-

te resulta de la total lectura del mismo—, puede o debe desaparecer ante la protección a la libertad ideológica del autor que consagra el artículo 16.1 de la Constitución. Hay, pues, que partir de este derecho fundamental y no entenderlo simplemente absorbido por las libertades de expresión e información del artículo 20.

Con lo expuesto en los fundamentos anteriores, queremos destacar la máxima amplitud con que la libertad ideológica está reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución, por ser fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el artículo 10.1, de otras libertades y derechos fundamentales y, entre ellos, los consagrados en el artículo 20, apartados a) y d), de la Norma fundamental que su íntima conexión con la libertad ideológica, invoca también el recurrente como vulnerados por la sentencia recurrida.

(Sentencia núm. 20/1990, de 15 de febrero. R.A. 1503/87. «B.O.E.» de 1 de marzo de 1990.—Ponente: Fernando García-Mon.)

ARTÍCULO 17.4

Derecho a la libertad. Plazo máximo de la prisión provisional

Por esta razón, y aunque el actor haya aducido una genérica infracción del derecho constitucional a la libertad personal proclamado por el artículo 17 de la Constitución, en realidad hemos de limitar nuestro examen a la eventual vulneración del último inciso del número 4 de dicha Norma fundamental, conforme al cual «por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional».

Dicho mandato constitucional fue acometido, como es sabido, por el legislador ordinario mediante distintas reformas al artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (las operadas por las L.O 16/1980 y 71/1983) hasta llegar a la actual (la de la L.O 9/1984, de 26 de diciembre), en cuya virtud «la situación de prisión provisional no durará más de dos años cuando la pena sea superior» a la de prisión menor, salvedad hecha de que el juzgador decida, mediante resolución motivada, prolongar esta situación hasta un límite máximo de cuatro años.

Con respecto al cumplimiento de tales plazos este Tribunal ha tenido ocasión, en una reiterada jurisprudencia, de ser escrupuloso al reclamar su vigencia (STC 41/1982, 127/1984, 28/1985, 32/1987, 34/1987, 40/1987 y 117/1987), estableciendo la doctrina de que la limitación temporal de la prisión provisional que efectúa el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal integra, aunque no agota la garantía constitucional de la libertad establecida ex artículo 17.4 «in fine» de la Constitución.

Por consiguiente, se hace obligado dilucidar ahora si la totalidad del tiempo en el que el recurrente ha permanecido en situación de prisión provisional ha podido violentar o no el derecho fundamental contenido en el artículo 17.4 de la Constitución.

La contestación a la referida pregunta exige, como cuestión previa, determinar cuál sea el contenido de dicho derecho fundamental, pues una lectura superficial del texto podría llevar a la conclusión de que se trata de una norma constitucio-

nal en blanco y de que, por tanto, el legislador ordinario es libre en la configuración de los plazos máximos de duración de la prisión provisional. Pero dicha interpretación, propia de épocas superadas por la historia, necesariamente ha de ser desterrada, pues no es misión de la Constitución tutelar derechos ilusorios, sino reales, efectivos y de inmediata aplicación por todos los poderes públicos.

Tal y como este Tribunal tiene declarado (SSTC 41/1982 + , 85/1985 y 146/1984) en su doctrina, dictada en consonancia con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asuntos Neumeister, S. 27 junio 1968; Wemhoff, S. 27 junio 1968; Stogmuller, S. 10 noviembre 1969; Skoogstrom, S. 2 octubre 1984) la duración de la prisión provisional no ha de exceder de un «plazo razonable» (art. 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), de tal suerte que el derecho consagrado en el artículo 17.4 de la Constitución guarda un estrecho paralelismo con el derecho a un «proceso sin dilaciones indebidas» del artículo 24.2 de la Constitución, viniendo a superponerse y a contribuir una doble garantía constitucional; si bien hay que desterrar las dilaciones indebidas en cualquier tipo de procedimiento, el celo de la Autoridad judicial en obtener la rapidez del procedimiento todavía ha de ser mucho mayor en las causas con preso (STC 18/1983, de 14 marzo), porque, de otro modo, y por aplicación de los artículos 17 y 24 de la Constitución, procedería acordar su puesta en libertad.

Debido, pues, a la circunstancia de que la libertad es un valor superior de nuestro ordenamiento (art. 1.1) el legislador constituyente no se limitó a exigir la celeridad del proceso penal (art. 24.2), sino que también reclamó y exige mediante el artículo 17.4 que ningún ciudadano pueda permanecer en situación de preso preventivo más allá de un plazo razonable, plazo que el legislador ordinario ha establecido, como límite máximo, en dos años para los delitos graves, pero que en modo alguno excluye que dicho plazo, por aplicación de los preceptos constitucionales anteriormente mencionados, sea sensiblemente inferior, atendida la naturaleza de la causa.

Debido, pues, a la circunstancia de que el concepto de «plazo razonable» constituye un estándar jurídico, conforme a nuestra doctrina y a la del Tribunal Europeo, ha de ser integrado en cada caso concreto, mediante el examen de la naturaleza del objeto procesal, de la actividad del órgano judicial y del propio comportamiento del recurrente:

A) Atendiendo al primero de los enunciados requisitos se observa que, según se desprende del auto de procesamiento de 17 de mayo de 1985, al demandante en amparo se le imputó la comisión de diversos delitos de «tenencia ilícita de armas», hechos punibles todos ellos, cuya gravedad justifica sobradamente la adopción de la prisión provisional a fin de garantizar la ulterior comparecencia a juicio del procesado y cuya fundamentación material éste ni siquiera discute en el presente proceso constitucional.

B) En cuanto a la actividad desplegada por el Juzgado de Instrucción es de resaltar que ha sido diligente y exhaustiva. Así, desde el día 16 de abril de 1986, fecha de la puesta a disposición judicial del recurrente, y entre otras múltiples actuaciones, se le ha tomado declaración en tres ocasiones, se han resuelto dos recursos de reforma y diversas apelaciones, se ha interrogado a diversos testigos, se han realizado diligencias de inspección ocular y de reconstrucción del hecho, se han practicado diversos informes periciales balísticos y de autopsia, según se detalla en el antecedente noveno de esta sentencia.

C) Finalmente, en cuanto al comportamiento del recurrente se puede apreciar que, aun cuando careciese de antecedentes penales en España (no así en Francia) no tenía residencia, familia, empleo ni en general arraigo alguno en nuestro país y, sobre todo, tal y como certeramente arguye el Juez de Instrucción en sus resoluciones recurridas, fue el propio demandante quien, al sustraerse de la acción de la justicia mediante su huida a Francia y a provocar su rebeldía, ocasionó también la dilación en su pérdida de libertad al obligar al Juzgado a acudir al auxilio judicial internacional y tener que suscitarse un proceso de extradición, en el que, si bien el recurrente tuvo ocasión de ejercitar su legítimo derecho de defensa, tampoco es menos cierto que, tal y como ya adujo el Juzgado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 504.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede computarse dentro del plazo máximo de duración de la prisión provisional «el tiempo en que la causa sufre dilaciones, no imputables a la Administración de Justicia».

Desde el punto de vista constitucional nada tenemos que objetar a esta interpretación de la legalidad ordinaria, que es plenamente respetuosa con el derecho consagrado en el artículo 17.4 de la Constitución, sino, antes al contrario, hemos de subrayar que ni el recurso de amparo protege a los ciudadanos frente a hipotéticas lesiones de derechos fundamentales que pudieran cometer poderes públicos distintos a los del Estado español (art. 42.2 LOTC), ni puede exceder del plazo razonable o merecer el calificativo de «indebidas» aquellas supuestas dilaciones que obedezcan única y exclusivamente, tal y como acontece en el presente caso, a la intencionada conducta de la parte recurrente en amparo (Comisión Europea de Derechos Humanos, Decisión 11.022/1984, asunto Pérez-Mahía, S.T.E.D.H. Bucholz 6 mayo 1981, Pretto 8 diciembre 1983).

(Sentencia núm. 8/1990, de 18 de enero. R.A. 1473/87. «B.O.E.» de 15 de febrero de 1990.—Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

ARTÍCULO 20.1 a) y d)

Derecho a la libertad de expresión e información

Respecto a estos otros derechos se ha pronunciado reiteradamente este Tribunal, estableciendo una doctrina que, referida a supuestos que guardan cierta similitud con el caso ahora enjuiciado —límites penales al ejercicio de los derechos del art. 20—, podemos resumir en la siguiente forma:

a) Desde las SSTC 6/1981, de 16 de marzo, 12/1982, de 31 de marzo, hasta las SSTC 104/1986, de 17 de junio y 159/1986, de 16 de diciembre, viene sosteniendo este Tribunal que «las libertades del artículo 20 (STC 104/1986) no son sólo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (STC 12/1982) o, como se dijo ya en la STC 6/1981: «El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública que, sin la cual quedarán vaciados de contenido real otros derechos que

la Constitución consagra, reducidas a formas huevas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política». En el mismo sentido se pronuncia la STC 159/1986, al afirmar que «para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas». Y, recordando esta sentencia la doctrina expuesta en las que hemos citado anteriormente, insiste en que los derechos reconocidos por el artículo 20, no sólo protegen un interés individual sino que son garantía de la opinión pública libremente formada, «indisolublemente ligada con el pluralismo político».

b) La posición preferente que, por la doctrina expuesta y en razón de su dimensión institucional, ha de reconocerse a los derechos consagrados en el artículo 20 de la Constitución, y —añadimos—, al menos por la misma razón a la libertad ideológica que garantiza el artículo 16.1, implica de una parte —como dicen las SSTC 159/1986 y 51/1989, «una mayor responsabilidad moral y jurídica en quien realiza la infracción, pero de otra exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio». Por ello —añaden estas sentencias—, cuando la libertad de expresión entra en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política respaldados, como ocurre en este caso, por la legislación penal, las restricciones que de dicho conflicto pueden derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado.

c) Con base en la doctrina expuesta, las SSTC 107/1988, de 8 de junio, y 51/1989, de 22 de febrero, declaran que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la acción que incide en este derecho haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades. La dimensión constitucional de éstas «convierte en insuficiente el criterio del *animus injuriandi*, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de dicha clase de delitos». Y esta insuficiencia dimana de que, como ya hemos visto, los derechos fundamentales que consagra el artículo 20 de la Constitución, y también por la misma razón las libertades que garantiza el artículo 16.1, exceden del ámbito personal por su dimensión institucional y porque significan el reconocimiento y la garantía de la opinión pública libre y, por tanto, del pluralismo político propugnado por el artículo 1.1 de la Constitución como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

d) Finalmente, hemos de recordar que, si bien es cierto que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos —como recuerda la STC 159/1986, de 16 de diciembre—, «tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades». Toda vez que, como dice esta sentencia, «tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción». Hay, pues, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión «de tal modo que tanto las normas que regulan la liber-

tad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción —añade esta sentencia—, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorables a la eficacia y a la esencia de tales derechos».

(Sentencia núm. 20/1990, de 15 de febrero. R.A. 1503/87. «B.O.E.» de 1 de marzo de 1990.—Ponente: Fernando García-Mon.)

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva

Se alega que las resoluciones impugnadas suponen la exigencia del cumplimiento de la sentencia laboral por parte de órganos de la jurisdicción penal, cuando ello es de la competencia exclusiva de la Magistratura de Trabajo correspondiente, de conformidad con el artículo 200 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Cierto es que el auto y la providencia, respectivamente dictados por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife y Juzgado de Instrucción número 4 de la misma ciudad, en cuanto acuerdan requerir al excelentísimo señor Consejero de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Comunidad Canaria para que proceda al cumplimiento de la indicada sentencia, exceden de los límites propios del proceso penal en que se dictan. En éste, instruido por un supuesto delito de desobediencia, cabía que la Audiencia, al conocer del recurso de apelación interpuesto contra la resolución del Juzgado que acordaba el sobreseimiento y el archivo, después de revocarla, dispusiera la continuación de la causa con la práctica de diligencias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que hayan participado y el procedimiento aplicable (art. 789 LECr) u ordenar la formación del sumario, diligencias preparatorias o sustanciación procesal que estimara pertinentes en atención a las penas previstas por los artículos 369 y siguientes del Código penal.

Es difícil explicar, en efecto, el sentido del citado requerimiento, a no ser para evitar cautelarmente la apreciación del delito al que se refería la querrela, o para dar ocasión a que, en su caso, la negativa al debido cumplimiento de la sentencia fuese abierta como exige el citado artículo 369 del Código penal. En otro caso, evidentemente, la medida no es admisible en el ámbito de la instrucción en cuyo seno se adopta, estando ésta encaminada exclusivamente a la preparación del juicio y a la averiguación y constancia de la perpetración del delito, culpabilidad de sus autores y aseguramiento de responsabilidades personales y pecuniarias (art. 299 LECr). Ni siquiera es posible como eventual consecuencia derivada del delito a título de responsabilidad civil, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido por el tipo, y sobre todo porque, aunque pudiera merecer tal consideración, sólo podría admitirse una decisión en dicho sentido después de haber apreciado en sentencia la realidad de la figura delictiva a que se refiere el proceso penal. Este no puede tener como objeto otro distinto que el enjuicia-

miento de posibles conductas delictivas y, en su caso, la imposición a sus autores de las consecuencias penales y civiles previstas por el ordenamiento jurídico, por lo que, ciertamente, no es correcto intentar que se cumpla la sentencia de distinto orden jurisdiccional en unas diligencias previas, sin posibilidad siquiera en esta fase del procedimiento penal de apreciar definitivamente la existencia del delito de desobediencia.

Desde el punto de vista constitucional, aunque en la disputa centrada en cual sea el órgano al que, dentro de la jurisdicción ordinaria, corresponde el conocimiento de un determinado asunto, no se haya reconocido, en términos generales, contenido suficiente en orden a la posible vulneración del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, cuestión ésta que, de otro lado, tampoco ha sido alegada, sin embargo, respecto al de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se invoca, no cabe negar al expresado motivo virtualidad suficiente para la viabilidad del recurso de amparo formulado. En efecto, no se conoce cuál es la situación en el procedimiento de ejecución de sentencia de la Magistratura de Trabajo, pero sí cabe señalar que el requerimiento efectuado en los términos que disponen las resoluciones recurridas supone la omisión del posible incidente regulado en los artículos 208 y siguientes de la LPL, con la opción entre readmisión o la indemnización a que se refiere el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, que corresponde efectuar al empresario en el caso de despido improcedente, así como la falta de oportunidad para las alegaciones consecuentes que pudieran haberse efectuado ante la Magistratura de Trabajo, a quien corresponde, en todo caso, conocer la ejecución de su sentencia y de los términos en que haya de serlo.

En definitiva, no puede utilizarse un orden jurisdiccional distinto para lograr la ejecución de una sentencia ignorando las garantías específicas, el orden jurisdiccional y el proceso adecuado que la Ley procesal otorga para el obligado a cumplirla. La vía penal es improcedente para tal fin, estando únicamente prevista para la sanción a que hubiere lugar si efectivamente se produce en dicha ejecución alguna desobediencia punible, y tampoco puede servir para integrar la figura penal, mediante una nueva resolución judicial que al ser también incumplida pudiera valorarse como una negativa abierta o reiterada.

Se ha colocado, pues, a la Administración recurrente en una auténtica situación de indefensión, vulnerándose con ello su derecho a la tutela judicial, por lo que los recursos deben ser estimados.

(Sentencia núm. 206/1989, de 14 de diciembre. R.A. 953/87 y 954/87. «B.O.E.» de 11 de enero de 1990.—Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

Ver sentencia número 4/90, de 18 de enero, sobre *Declinatoria de jurisdicción. Recurso de casación*. Artículo 290 de la Ley Orgánica Procesal Militar.

Ver sentencia número 40/90, de 12 de marzo, sobre *Juicio de faltas: reformatio in peius*. Artículos 977 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 15 de 21 de noviembre de 1952.

Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia

Es doctrina consolidada de este Tribunal que la incongruencia procesal, en cuanto inadecuación o desvirtuación de las resoluciones judiciales respecto de las pretensiones de las partes, comporta una vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional protegida en el artículo 24.1 de la Constitución cuando la inadecuación o desviación altere de modo decisivo los términos en los que se desarrolla el proceso, sustrayendo a las partes el verdadero debate contradictorio y produciéndose un fallo o parte dispositiva no adecuado o no ajustado sustancialmente a las recíprocas pretensiones de las partes (entre otras, SSTC 109/1985, de 8 de octubre; 1/1987 de 14 de enero; y 168/1987, de 29 de octubre). En este sentido, la «*reformatio in peius*» es una modalidad de incongruencia procesal producida en la segunda instancia que se produce cuando la situación del recurrente se empeora a consecuencia exclusiva de su propio recurso y no a consecuencia de los recursos, directo o adhesivos, de la parte contraria o de alegaciones concurrentes e incidentales que hayan sido formuladas por ésta en condiciones que permitan reconocerles eficacia devolutiva, y cuya prohibición se inserta asimismo en el derecho fundamental a la tutela judicial a través de la interdicción de la indefensión consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución (SSTC 20/1982, de 5 de mayo; 54/1985, de 18 de abril; 115/1986, de 6 de octubre; 116/1988, de 20 de junio, y 143/1988, de 12 de julio, entre otras muchas).

(Sentencia núm. 203/1989, de 4 de diciembre. R.A. 1097/87. «B.O.E.» de 11 de enero de 1990.—Ponente: Luis López Guerra.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a los recursos

El derecho a obtener la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución admite distintas posibilidades en la organización de los distintos órdenes jurisdiccionales y procesos, y también, por tanto, de instancias y recursos de acuerdo con la naturaleza de las pretensiones cuya satisfacción se inste y de las normas que la fundamenten. Sin embargo, como este Tribunal ha afirmado en reiteradas ocasiones, cuando el legislador ha establecido un sistema de recursos, configurando así la tutela judicial de un modo concreto y determinado, el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución comprende, por natural extensión, el de hacer uso de esos instrumentos procesales y el de obtener una resolución jurídicamente fundada sobre el fondo del recurso planteado, aunque dicha resolución podrá ser también de inadmisión siempre que se adopte en aplicación razonada de una causa legalmente prevista (entre otras muchas, SSTC 19/1983, de 14 de marzo; 17/1985, de 9 de febrero; 117/1986, de 13 de octubre, y 95/1988, de 25 de mayo).

(Sentencia núm. 218/1989, de 21 de diciembre. R.A. 1069/89. «B.O.E.» de 11 de enero de 1990.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

Así las cosas ha de examinarse si el órgano judicial al no admitir a trámite el recurso del solicitante de amparo ha producido una lesión en el derecho a

la tutela judicial efectiva, de su manifestación del derecho al acceso a los recursos legalmente establecidos. Es decir, si es compatible con dicho derecho la decisión de inadmitir el recurso, que en este caso suponía además impedir la segunda instancia en un proceso penal, una garantía específica de este tipo de proceso que obliga a interpretar «en el sentido más favorable a un recurso de este género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento» (STC 42/1982). Reiteradamente ha dicho este Tribunal que las formas y requisitos procesales cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso, pero que no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución (STC 19/1986).

En el presente caso resultaba clara la voluntad del condenado de recurrir una sentencia con la que no estaba de acuerdo, y también resultaba clara la voluntad del condenado de disponer de abogado y procurador por el turno de oficio a efectos del recurso. Equivoca sin embargo el tipo de recurso a que tenía acceso, que no era el de casación sino el de apelación, y la petición la formula directamente y no a través de la defensa y representación de oficio de la que había gozado en la instancia.

Aunque a la vista del tenor literal del precepto pueda ser discutible el momento en que caduca la defensa y representación de oficio acordadas por una determinada instancia, la interpretación más favorable al derecho del justificable del artículo 11.2 del Real Decreto 108/1986 obliga a entender que tal defensa y representación no pueden concluir sino hasta haber instado en nombre del interesado las nuevas designaciones para sustentar las acciones en las superiores instancias. De acuerdo con esta interpretación es claro que el solicitante de amparo debería haber utilizado a los profesionales designados en la primera instancia, para solicitar las nuevas designaciones para sustentar su recurso en la apelación, y que al no haberlo hecho así el órgano judicial ha actuado correctamente en el marco de la legalidad.

Sin embargo, las circunstancias del caso obligan a llegar a una solución distinta pues no puede imputarse al actor, en situación de prisión, lego en Derecho, y gozando de una defensa de oficio, una falta de diligencia que pudiera desplazar causalmente hacia él la situación material de indefensión que la actuación judicial le ha producido.

Este Tribunal ya ha afirmado que los órganos judiciales han de velar por evitar la indefensión del justificable en el proceso penal, especialmente en los casos en que la dirección y representación se realiza mediante designación de oficio, no bastando para tutelar el derecho de defensa la designación de los correspondientes profesionales, sino que la realización efectiva del derecho de defensa pasa en estos casos, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias de 9 de octubre de 1979 —asunto Airrey—, de 13 de mayo de 1980 —caso Artico— y de 25 de abril de 1983 —caso Pakelli—, por proporcionar asistencia letrada real y efectiva a los acusados, como ha afirmado, entre otras, la sentencia de este Tribunal 37/1988 (fundamento jurídico 6).

En el presente caso no cabe duda de que el órgano judicial no ha proporcionado una asistencia letrada al solicitante de amparo, pues ni le ha hecho ver la posibilidad de utilizar el letrado y procurador designados para la instancia, ni tampoco ha procedido al nombramiento interesado por el demandante en su escrito de 20 de marzo de 1988. Por lo que la actuación judicial ha privado del dere-

cho de defensa a la parte y, con ello de su derecho al recurso en un proceso penal, ocasionando una limitación del medio de defensa que ha de estimarse ha sido producida por una indebida actuación del órgano jurisdiccional (STC 64/1986).

A todo ello se une el que la identificación errónea del recurso por parte del solicitante de amparo, aunque resultaba clara su voluntad de recurrir, y que para ello se le designase abogado y procurador de oficio, es imputable también a la omisión de la información preceptiva de las posibilidades legales de recurrir y del modo correcto de solicitar la designación de abogado y procurador de oficio, si es que se estimaba incorrecta la que utilizó el solicitante de amparo, tanto en la sentencia, como especialmente en la denegación de admisión del recurso, puesto que de entenderse que existían defectos en su interposición, éstos en todo caso habrían de considerarse como subsanables, y el órgano judicial debería haber concedido plazo para la subsanación lo que tampoco hizo.

(Sentencia núm. 53/1989, de 26 de marzo. R.A. 905/88. «B.O.E.» de 17 de abril de 1990.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer.)

Indefensión

El derecho a la tutela judicial efectiva de los propios derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE) impide, como es obvio, que nadie pueda ser afectado en su círculo de derechos e intereses legítimos por una decisión judicial producida al término o en el curso de un proceso en el que no se le ha dado ocasión de ser parte; de ser parte al menos, en aquellos incidentes o trámites de los que razonablemente cabía esperar tal afectación.

Esta doctrina, aplicable a todo tipo de procesos, ha de ser matizada, para reforzarla aún más, en lo que toca al proceso penal, en cualquiera de sus variantes, cuando se trata de la citación o emplazamiento de aquél contra quien se dirige la acción, pues en este caso, al derecho fundamental a no verse colocado en situación de indefensión viene a sumarse el derecho, también constitucionalmente garantizado que todos tienen, a ser informados de la acusación formulada en su contra.

Es por esto por lo que la citación o emplazamiento mediante edictos, como procedimiento en el que la recepción por el interesado del llamamiento judicial no puede ser demostrada, ha de entenderse necesariamente como un último recurso al que sólo cabe acudir cuando efectivamente su domicilio o paradero no fuera conocido. Para que tal circunstancia pueda apreciarse no basta, sin embargo, con que los datos pertinentes no figuren en las actuaciones o no puedan encontrarse mediante la realización de algunas diligencias elementales. La interpretación conforme a la Constitución de lo dispuesto en el artículo 178 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, e incluso la interpretación de acuerdo con la realidad social de nuestro tiempo, atendido su espíritu y finalidad, exigen que antes de acudir a esa defectuosa vía se utilicen los medios que razonablemente, dada la organización actual de nuestra sociedad, ha de permitir la citación o emplazamiento directos, aunque, como también es evidente, la duración de estas pesquisas no habrá de ser llevada más allá de lo que la prudencia judicial estime necesario, atendidas,

de una parte, la trascendencia que para el proceso tenga la comparecencia del llamado y, de la otra, el interés general en la rápida administración de la justicia y el particular de los perjudicados por el delito o falta.

(Sentencia núm. 196/1989, de 27 de diciembre. R.A. 1474/87. «B.O.E.» de 5 de enero de 1990.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

ARTÍCULO 24.2

Principio acusatorio

Ver sentencia número 205/1989, de 29 de diciembre sobre *Tesis. Condena por circunstancia agravante que no haya sido objeto de acusación*. Artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Derecho a un juicio con todas las garantías

En lo que toca a la primera de las violaciones alegadas, la del derecho a un juicio con todas las garantías, la conclusión estimatoria se impone con evidencia. En efecto, en el acto del juicio oral, salvo el interrogatorio del procesado y ahora recurrente, no se practicó ninguna de las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal (lectura de los folios del sumario y de las declaraciones testificales) que fueron declaradas pertinentes y que también formuló e hizo suyas el acusado. La única prueba válidamente allí realizada fue el citado interrogatorio del acusado. Este, según el acta del juicio oral, negó los hechos categóricamente, es decir, que conociera al otro procesado rebelde, que hubiera forzado a la prostitución a una de las testigos y que a ésta, si bien le había prestado dinero, nunca se lo exigió (sc. su devolución).

Ello pone de manifiesto que el recurrente fue condenado, pese a sus reiteradas negativas manifestadas siempre ante Letrado, por las declaraciones vertidas en el sumario por las que en el juicio oral debería haber sido las testigos de cargo. Como reiteradamente hemos señalado (por ejemplo, SSTC 25/1988, fundamento jurídico 2.º; 137/1988, fundamentos jurídicos, 2.º y 3.º; 107/1989, fundamento jurídico 3.º), no puede negarse toda eficacia a las declaraciones sumariales de las víctimas y de los testigos, siempre que éstas se hayan prestado con las debidas garantías de contradicción e intermediación, a fin de que sea posible su reproducción en el juicio oral y ser sometidas al correspondiente debate. Se trata, en suma, de otorgar plena concordancia constitucional a la llamada prueba preconstituida siempre y cuando ésta pueda ser hecha valer como de cargo sin mengua de los derechos de defensa del imputado.

No se han cumplido, sin embargo, tales requisitos en el presente caso. Con independencia de que las declaraciones de las víctimas no fueron leídas en el acto del juicio oral, pese a estar declarada y solicitada su lectura (aunque la solicitud se hiciera aparentemente de modo rituario y formalista, y por tanto, constitucionalmente viciado: STC 149/1987, fundamento jurídico 2.º), lo cierto es que las deposiciones de las dos mujeres presuntamente explotadas, deposiciones

relativas a tal acusación del Ministerio Fiscal, fueron prestadas sin cumplir las condiciones mínimas constitucionalmente exigibles para que pudieran haber surtido efecto de prueba de cargo.

En primer lugar, las que luego serían citadas como testigos, declaran unos hechos, sin asistencia de letrado por haber renunciado a él, ante la Guardia Civil; en segundo lugar, en calidad de detenidas, pues se les instruye de los artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sin ofrecimiento de acciones (art. 109 LECr.), cuando aparecían como presuntas víctimas de un delito relativo a la prostitución y otro de amenazas; se ratifican a presencia judicial, de nuevo sin asistencia letrada y sin que esté presente el letrado del inculpado y hoy recurrente en amparo, de lo declarado ante la policía judicial; en tercer lugar, el auto por el que se acuerda la prisión de las futuras testigos y del único, por el momento, varón encartado, no contiene mención de delito alguno motivador de tal medida cautelar; por otro lado, y ahora en condición de testigo-víctima, una de las mujeres que posteriormente sería llamada a declarar en el juicio oral comparece ante el Juzgado de Instrucción de su residencia y efectúa una pormenorizada declaración, sin asistencia de ningún letrado y sin que los denunciados en aquella declaración puedan en ningún momento rebatir tales afirmaciones. Esta ausencia de garantías en el momento en que las que serían testigos en el acto del juicio oral declaran tanto ante la Guardia Civil, como ante los Jueces de Instrucción, hace que tales testimonios, aunque hubieran sido aportados al juicio oral, carezcan de consistencia constitucional bastante para enervar la presunción de inocencia de quien a la postre resultaría condenado. En ningún momento pudieron adquirir la condición de prueba preconstituida, dada su carencia de contradicción e inmediación al ser confeccionadas ante el Instructor como acto de investigación; y, menos aun, pudieron ser tenidas en cuenta por la Sala para condenar al recurrente por lo que la instrucción bastante que aquella decía tener era, en realidad, un prejuicio.

Esta conclusión no puede estimarse invalidada por las consideraciones que, al desestimar el recurso de casación hace el Tribunal Supremo, el cual, tras reconocer que la actividad probatoria realizada en el juicio oral ha sido parca, subraya sobre todo el valor que cabe atribuir a dos elementos de prueba: de una parte, la declaración del propio acusado, contradictoria con la que prestó ante el Juez Instructor; de la otra, la existencia de unos giros postales remitidos por la madre de una de las acusadas al procesado, en presencia de la Guardia Civil.

Ninguna de estas actuaciones pueden considerarse, sin embargo, dotadas de valor probatorio. En lo que toca a la declaración del acusado, no puede sustentarse con rotundidad que el acusado y ahora recurrente se desdijera en el juicio oral de lo que había manifestado ante el Instructor. Como señala el Ministerio Fiscal, únicamente efectúa precisiones; pero, en todo caso, debe añadirse, de haber observado contradicciones la Sala de Instancia entre la negativa vertida en el juicio oral y lo depuesto en el sumario, debía de haber hecho uso de la facultad legal de preguntar al declarante por su contradicción (arts. 708 II, 714 LECr.). De otro lado, como se ha dicho, la evidencia del delito de amenazas se quiere ver en el hecho de los giros postales que la madre de una de las mujeres remitió en presencia de la Guardia Civil a su hija. Dejando de lado que los miembros de la Guardia Civil que actuaron no fueron citados a declarar, lo cierto es que los resguardos de los giros, que obran en las actuaciones sin diligencia alguna,

y son giros remitidos desde Vigo a Zaragoza, no al revés, y por un importe sensiblemente inferior al de la pretendida extorsión, sólo prueban la existencia de los giros, pero no su causa, que es precisamente la cuestión que se pretendía abordar con las preguntas dirigidas a los testigos no comparecidos.

(Sentencia núm. 51/1990, de 26 de marzo. R.A. 161/88. «B.O.E.» de 17 de abril de 1990.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa

Pues los hechos en los que la demanda se apoya son también relevantes desde la perspectiva del derecho del acusado a emplear las pruebas pertinentes para su defensa, derecho que pudo verse afectado por la negativa del Tribunal a suspender el juicio ante la incomparecencia de testigos.

Como se sabe, ante tal incomparecencia el defensor del hoy recurrente solicitó la suspensión del juicio, que fue denegada por la Sala, por considerarse ya suficientemente instruida. El defensor hizo constar en el acta, su protesta y el contenido de las preguntas que tenía intención de formular a los incomparecidos.

La decisión de la Sala se apoya en lo que disponía el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, derogado por la Ley Orgánica 7/1988, de acuerdo con el cual podría efectivamente denegarse la suspensión cuando los testigos no comparecidos hubiesen declarado en el sumario y el Tribunal se considerase suficientemente informado con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos.

Esta facultad, paralela de la que, para el proceso ordinario otorga el artículo 746.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha sido objeto de consideración en anteriores sentencias de este Tribunal, de las que cabe derivar una clara doctrina acerca de cual sea su interpretación constitucionalmente adecuada. Es así claro, para comenzar (STC 116/1983, a contrario) que cualquier demanda de amparo frente a una negativa a suspender el juicio exige, para poder prosperar, que se hayan hecho constar en el acta, junto con la protesta, cuáles eran los puntos que pretendían aclararse con el interrogatorio, pues sin ello este Tribunal carecería de los necesarios elementos de juicio. Pero es que además y sobre todo, el Tribunal sólo podría considerarse suficientemente instruido a partir de unas actuaciones en las que se hayan respetado los principios de oralidad, inmediatez y contradicción y, en consecuencia, únicamente cuando la convicción del Tribunal pueda apoyarse en la prueba oral ya practicada en juicio (STC 57/1986), si bien cabe también (STC 64/1986) que se tomen en consideración sobre todo declaraciones sumariales cuando éstas se han prestado con las debidas garantías, habida cuenta de que, como dice esta última sentencia, dictada en un caso semejante al actual, «tras las últimas modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el sumario ha perdido en gran parte el carácter puramente inquisitivo que antes tenía y se ha convertido en una preparación del juicio de la que no están ausentes la contradicción y las garantías procesales».

En el presente caso se solicitó la suspensión con indicación de las preguntas que se hubieran querido formular y ni se ha realizado en el sumario declaraciones rodeadas de las garantías suficientes para valorar su veracidad, ni en el acto del

juicio se han practicado correctamente las pruebas por lo que, sea cual sea su coincidencia con la verdad material, la convicción del Tribunal no ha podido apoyarse en elementos que le permitiesen aplicar, de forma constitucionalmente correcta, lo dispuesto en el mencionado artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con lo que también en este punto se ha lesionado el derecho fundamental del recurrente a utilizar las pruebas pertinentes para su defensa.

(Sentencia núm. 51/1990, de 26 de marzo. R.A. 161/88. «B.O.E.» de 11 de abril de 1990.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

Presunción de inocencia

Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24.2 de la Constitución se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativo del artículo 117.3 de la Constitución, y de otro, que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuarla, para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea, tanto con respecto a la existencia del derecho punible, como en todo lo atinente a la participación y responsabilidad que en él tuvo el acusado.

Por lo que respecta a la segunda de las exigencias apuntadas, esto es, a los actos o medios de prueba, es doctrina consolidada de este Tribunal desde su sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo por los medios aportados a tal fin por las partes.

Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la L.E.Cr.), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador. Ahora bien, lo dicho no comporta en modo alguno que, en orden a la formación de la convicción a la que se orienta la actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia a las diligencias policiales y sumariales, practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, pues, de una parte, cuando dichas diligencias sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pueden constituir la base probatoria sobre la que los Tribunales formen su convicción y, en definitiva, pueden constituir medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia (entre otras, SSTC

80/1986, 82/1988 y 137/1988). Y de otra parte, cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, siempre y cuando se haya posibilitado el ejercicio del principio de contradicción en los términos señalados por el artículo 730 de la Ley procesal penal, esto es, solicitando su lectura en el juicio oral conforme ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal (por todas, STC 62/1985), puesto que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa.

Conforme ha afirmado este Tribunal para supuestos similares al que ahora nos ocupa, el croquis confeccionado por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil respecto del lugar del accidente y forma en que quedaron los vehículos siniestrados, huellas marcadas, etc., una vez incorporado a las actuaciones judiciales, constituye un medio probatorio que el juzgador puede tener en cuenta para precisar la forma en que ocurrió la colisión, siempre que sea objeto de contradicción y aclaración por las partes en el juicio oral (STC 107/1983 y ATC 637/1987).

Cabe recordar que la inocencia de la que habla el artículo 24.2 de la Constitución, como ha señalado reiteradamente este Tribunal —entre otras, SSTC 141/1986 y 92/1987— ha de entenderse en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación en él, sin que se obligue a una consideración del carácter fortuito de los hechos, una vez probados, frente a su posible calificación como imprudentes o negligentes, por lo que no corresponde a este Tribunal revisar en vía de amparo, como si de una nueva instancia judicial se tratara, la valoración y calificación jurídica que sobre los hechos enjuiciados han hecho los órganos competentes de la jurisdicción penal (SSTC 55/1982, 124/1983, 140/1985 y 254/1988, entre otros muchos).

(Sentencia núm. 201/1989, de 30 de noviembre. R.A. 941/87. «B.O.E.» de 5 de enero de 1990.—Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24.2 de la Constitución se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativo del artículo 117.3 de la Constitución y, de otro, que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuarla, para lo cual se hace necesario que la evidencia del hecho punible, como en todo lo atinente a la participación que en él tuvo el acusado, pues la inocencia de la que habla el artículo 24 de la Constitución ha de entenderse en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación en él.

Por lo que respecta a la segunda de las exigencias apuntadas, esto es, a los actos o medios de prueba, es doctrina consolidada de este Tribunal desde su sentencia del Tribunal Supremo 31/1981, de 28 de julio, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio

que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo por los medios aportados a tal fin por las partes. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la L.E.Cr.), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador.

Ahora bien, lo dicho no comporta en modo alguno que, en orden a la formación de la convicción a la que se orienta la actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia a las diligencias policiales y sumariales, practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos. Al respecto la doctrina constitucional se asienta sobre las siguientes notas esenciales: a) cuando dichas diligencias sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pueden constituir la base probatoria sobre la que los Tribunales formen su convicción y, en definitiva, pueden constituir medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia (entre otras, SSTC 80/1986, de 17 de junio, 82/1988, de 28 de abril, y 137/1988, de 7 de julio); b) cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituída (SSTC 80/9186 y 37/1988), aunque 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 acto del juicio oral, siempre y cuando se garantice el ejercicio del principio de contradicción y se solicite su lectura en el juicio oral conforme ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal (por todas, STC 62/1985, de 10 de mayo), puesto, que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa, y c) no constituyen medios de prueba en sí mismos los atestados de la policía judicial que procesalmente gozan del valor de denuncias (art. 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). 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.º 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.

Ahora bien, la constatación de la existencia de una actividad probatoria suficiente en el proceso penal, en los términos dichos, no agota, sin embargo, la relevancia constitucional de la cuestión planteada, pues es necesario verificar y comprobar si la actividad probatoria desarrollada puede o no estimarse de cargo, esto es, si de la misma es posible deducir la culpabilidad de los hoy recurrentes. Al respecto es preciso hacer una doble consideración. En primer lugar, por lo que se refiere al alcance incriminador de las declaraciones prestadas por los acu-

sados tanto en las diligencias policiales y sumariales como en el acto del juicio oral, es indudable, conforme a la doctrina constitucional anteriormente mencionada, que es consustancial a los principios de oralidad, inmediación y libre valoración de la prueba el examinar gestos de los intervinientes en la misma, tales como los de turbación o sorpresa, a través de los cuales pueda el Juez o Tribunal de instancia fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de la declaración de los intervinientes en la prueba, con respecto a los cuales el juzgador de instancia es dueño en su valoración, sin que este Tribunal pueda entrar a conocer de ellos, pues, aparte de ser inherentes al principio de oralidad, el Tribunal Constitucional no constituye Tribunal de apelación (SSTC 55/1982, 124/1983, 140/1985 y 254/1988).

En segundo lugar, la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tomar en consideración en orden a fundar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia —excepto para las causas por injuria o calumnia vertidas de palabras: artículo 813 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que se requiere que se haga constar tal circunstancia, por lo que se exige precisar el orgien de la noticia en virtud de la cual comparece en el proceso. Es cierto que la regulación de la Ley responde, como tendencia, al principio de inmediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste, pero ello no significa que deban rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencias u oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en muchos supuestos puede devenir imposible, y, en definitiva, la problemática que plantea la prueba de referencia es, como en cualquier otra prueba, el relativo a su veracidad y credibilidad. Es igualmente cierto que, en la generalidad de los casos, la prueba de referencia es poco recomendable —y de ahí el justificado recelo jurisprudencial sobre ella—, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso, y es por ello por lo que, como criterio general, cuando existan testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido directamente el hecho por probar, el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia e, incluso, cuando los funcionarios de Policía tengan la fundada sospecha de que los testigos presenciales, pueden ausentarse al extranjero, deben trasladarlos inmediatamente ante la autoridad judicial a fin de que, bajo la necesaria contradicción exigida por el artículo 448, sean interrogados los testigos en calidad de prueba sumarial anticipada. Pero esta lógica prevención no puede llevar a la conclusión de que la prueba testifical de referencia constituya, en todo caso, una prueba mediata, indirecta o de indicios, o que sólo tenga valor para identificar a la persona que realmente tiene conocimiento directo de los hechos sobre los que declara, pues es obvio que el testimonio de referencia puede tener distintos grados según que el testigo narre lo que personalmente escuchó o percibió —«*audito propio*»—, o lo que otra tercera persona le comunicó —«*audito alieno*»—, y que, en algunos supuestos de percepción propia, la declaración de ciencia prestada por el testigo de referencia puede tener idéntico alcance probatorio respecto de la existencia de los hechos enjuiciados y la culpabilidad de los acusados que la prueba testifical directa.

(Sentencia núm. 217/1989, de 21 de diciembre. R.A. 1036/87. «B.O.E.» de 11 de enero de 1990.—Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

Ver sentencia número 44/90, de 15 de marzo, sobre *Recurso de casación*. Artículo 849.2 de la Ley de Ejuiciamiento Criminal.

Presunción de inocencia. Prueba de alcoholemia

Bien es sabido que, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 31/1981, 101/1985, 80/1986, 82/1988, 254/1988 y 44/1989, entre otras), la presunción de inocencia exige para poder ser desvirtuada una actividad probatoria de cargo producida con las debidas garantías procesales y de las que pueda deducirse razonada y razonablemente la culpabilidad del acusado, debiendo, en principio, realizarse tal actividad probatoria, para dar cumplimiento a los principios de oralidad, inmediación y contradicción que presiden el proceso penal, en el acto del juicio oral, sin que, de otro lado, los órganos judiciales puedan formar su convicción acudiendo a atestados policiales realizados con anterioridad a la fase sumarial, ya que gozan solamente del valor de una denuncia, excepto cuando incorporan pruebas preconstituidas debidamente realizadas y reproducidas.

En aplicación de la anterior doctrina general al valor probatorio de los datos contenidos en los atestados policiales relativos a la prueba de alcoholemia y a la utilización de los mismos como prueba en las causas seguidas por delito contra la seguridad del tráfico, este Tribunal en su sentencia del Tribunal Constitucional 5/1989, recogiendo la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional 100/1985, 103/1985, 145/1985, 148/1985, 145/1987 y 22/1988, ha afirmado que la consideración del test alcoholométrico como prueba está supeditada, de un lado, a que se haya practicado con las garantías formales establecidas al objeto del interesado a través de la oportuna información de su derecho a un segundo examen alcoholométrico y a la práctica médica de un análisis de sangre. De otro, que se incorpore al proceso de forma que resulten respetados, en la medida de lo posible, los principios de inmediación judicial, oralidad y contradicción, no siendo suficiente al respecto la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en que consta el resultado de la prueba de impregnación alcohólica, pues es preciso que en tales casos la prueba alcoholométrica sea ratificada en el acto del juicio oral por los agentes que la practicaron a fin de ser sometidas a contradicción, o que en dicho acto se practiquen otras pruebas tendentes a acreditar la influencia de la bebida ingerida en la conducción del vehículo.

(Sentencia núm. 3/90, de 15 de enero. R.A. 17/87. «B.O.E.» de 15 de febrero de 1990.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

ARTÍCULO 71

Inviolabilidad e inmunidad parlamentaria

La inviolabilidad e inmunidad parlamentarias son dos prerrogativas, que, teniendo distinto contenido y finalidad específica, encuentran su fundamento en

el objetivo común de garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria, y en tal sentido son complementarias. Al servicio de este objetivo se confieren los privilegios, no como derechos personales, sino como derechos reflejados de los que goza el parlamentario en su condición de miembro de la Cámara Legislativa que sólo se justifican en cuanto son condición de posibilidad del funcionamiento eficaz y libre de la institución —ATC 526/1986— y que, en la medida en que son privilegios obstaculizadores del derecho fundamental citado, sólo consienten una interpretación estricta —STC 51/1985—, tanto en el sentido lógico de sujeción a los límites objetivos que les impone la Constitución, como en el teológico de razonable proporcionalidad a fin que respondan, debiendo rechazarse, en su consecuencia, todo criterio hermenéutico permisivo de una utilización injustificada de los privilegios, que conduzca a un resultado de privación, constitucionalmente ilícita, de la vía procesal pertinente prevista en la Ley.

El objetivo común a ambas prerrogativas no impide que sean instituciones distintas con características propias.

La inviolabilidad es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiéndose por tales aquéllas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las actuaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos parlamentarios exteriores a la vida de las Cámaras siendo finalidad específica del privilegio asegurar a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan.

La inmunidad, en cambio, es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las Cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento (STC 90/1985). Al servicio de este objetivo se establece la autorización del órgano parlamentario para proceder contra sus miembros, que es un instrumento propio y característico de la inmunidad, cuyo campo de actuación, por su finalidad, se limita al proceso penal, una vez desaparecida de nuestro ordenamiento jurídico la prisión por deudas y la privación de libertad derivada de actos administrativos.

(Sentencia núm. 9/90, de 18 de enero. C.I. 194/89. «B.O.E.» de 15 de febrero de 1990.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

ARTÍCULO 163

Cuestión de inconstitucionalidad. Fallo

Es doctrina reiterada de este Tribunal que la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales cumple una función de control concreto de la constitucionalidad de las leyes (STC 106/1986, fundamento jurídico 1.º), y a través de ella no es posible una impugnación abstracta o indirecta de la Ley

(STC 94/1986, fundamento jurídico 2.º). No obstante el término «fallo» del artículo 163 de la Constitución Española ha sido interpretado flexiblemente y de modo extensivo no coincidente con el más estricto de sentencia (SSTC 76/1982, fundamento jurídico 1.º y 54/1983, fundamento jurídico 2.º), permitiendo cuestionar la constitucionalidad de una norma legal cuya aplicación resulta imprescindible para fundamentar la decisión judicial o adoptar, impidiendo así la aplicación directa de la norma legal cuya constitucionalidad se cuestiona (ATC 684/1985). Así las cosas, ha de reconocerse que los Jueces proponentes estaban legitimados para cuestionar la constitucionalidad de unos preceptos legales en los que habían de fundamentar la decisión judicial, y, además, que para evitar aplicarlos habían de plantear la cuestión precisamente en el momento en que lo hicieron, en el que para cada uno de los Jueces proponentes podía entenderse concluso el procedimiento.

(Sentencia núm. 55/1990, de 28 de marzo. C.I. 487/86, 158/87, 495/87, 495/86 y 510/87. «B.O.E.» de 17 de enero de 1990.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.)

II) LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44.1 a)

Agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial

En primer término, la falta de interposición por la hoy demandante de amparo del recurso de súplica que prevé genéricamente el artículo 236 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no supone el incumplimiento de la exigencia prevista en el artículo 44.1 a), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pues el recurso no utilizado, aun eventualmente posible, no era razonablemente exigible en el presente caso. En efecto, este Tribunal ha afirmado para supuestos similares al que ahora nos ocupa que la interpretación y aplicación que del artículo 236 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace una constante línea jurisprudencial de los Tribunales ordinarios, según la cual no cabe recurso de súplica contra los autos que resuelven, a su vez, otros recursos en segunda instancia, pues, de lo contrario, habida cuenta la regulación genérica que el precepto antes citado hace el recurso de súplica, la posibilidad de recurrir sería ilimitada (AATC 814/1987, de 1 de julio, 1.113/1987, de 13 de octubre, 181/1989, de 17 de abril, y de 7 de julio de 1989, R.A. 952/1989). Si al anterior criterio se añade el hecho de que la Audiencia no advirtió en este caso a las partes sobre procedencia y cauce legal de interposición del repetido recurso de súplica, el supuesto que recoge el artículo 44.1 a), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha de entenderse observado y, por tanto, agotada la vía judicial previa. (En el mismo sentido, ATC de 7 de julio de 1989, R.A. 952/1989, antes citado).

(Sentencia núm. 203/1989, de 4 de diciembre. R.A. 1097/87. «B.O.E.» de 11 de enero de 1990.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULO 44.1 c)

Innovación formal en el proceso del derecho consitucional vulnerado

El requisito exigido por el artículo 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conforme ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal, no es mero formalismo retórico o inútil, ni una fórmula inocua, pues tiene por finalidad, de un lado, que los órganos judiciales tengan oportunidad para pronunciarse sobre la violación constitucional, haciendo posible el respeto y restablecimiento del derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria, y, de otro, preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultaría desvirtuado si ante ella se plantearan cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos de la jurisdicción ordinaria correspondiente (SSTC 11/1982, 46/1986, 75/1984 y 203/1987, entre otras muchas). Ahora bien, dicho requisito sólo es exigible en aquellos casos en que el recurrente ha tenido oportunidad de realizar tal invocación, lo que no ocurre cuando la lesión se imputa a una decisión que pone fin al proceso, sin que existan otras vías jurisdiccionales útiles, pues, en estos supuestos, no hay oportunidad procesal para hacer tal invocación (entre otras, SSTC 17/1982, 50/1982, 62/1988 y 134/1988).

(Sentencia núm. 201/1989, de 30 de noviembre. R.A. 941/87. «B.O.E.» de 5 de enero de 1990.—Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

En segundo término tampoco es posible apreciar incumplimiento del requisito de invocación formal del derecho constitucional vulnerado [art. 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional] por el hecho de que la recurrente no invocara formalmente la violación constitucional al solicitar aclaración del fallo del auto ahora impugnado, pues, aparte de que en el escrito solicitando aclaración implícitamente se denunciaba la incongruencia del auto en cuestión, el requisito de la previa invocación sólo es exigible en los casos que el recurrente ha tenido oportunidad de realizar tal invocación, lo que no ocurre cuando la lesión se imputa a una decisión que pone fin al proceso sin que existan otras vías jurisdiccionales útiles —entre otras muchas, SSTC 62/1988, de 8 de abril, y 134/1988, de 4 de julio—, y, desde luego, la aclaración de sentencias y autos definitivos prevista en el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (y en el 161 de la L.E.Cr. respecto de las sentencias) no puede considerarse, en el presente caso, momento procesal hábil y adecuado para invocar formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, dado que la aclaración hace posible a los órganos judiciales aclarar algún concepto, suplir alguna omisión o corregir algún error material que contengan las resoluciones, pero, no alterar la fundamentación y fallo de las mismas.

(Sentencia núm. 203/1989, de 4 de diciembre. R.A. 1097/87. «B.O.E.» de 11 de enero de 1990.—Ponente: Luis López Guerra.)

III) LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 178

Citación por edictos

Ver sentencia número 196/89, de 27 de noviembre, sobre *Indefensión*. Artículo 24.1 de la Constitución Española y sobre *Juicio de faltas*. Artículo 971 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ARTÍCULO 236

Recurso de súplica

Ver sentencia número 203/1989, de 4 de diciembre, sobre *Agotamiento de los recursos utilizados dentro de la vía judicial*. Artículo 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

ARTÍCULO 313

Querrela: Desestimación

Es preciso examinar, pues, si la decisión de la Audiencia de archivar las diligencias previas seguidas en el Juzgado de Instrucción número 3 de Madrid, en virtud de querrela formulada, entre otras, por entidad recurrente de amparo, al estimar que los hechos objeto del proceso no son constitutivos de infracción penal, es conforme con el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución.

Sobre esta cuestión deben formularse dos observaciones previas: La primera es que, haciendo abstracción de las particularidades que presenta el caso que ahora nos ocupa, la decisión judicial de archivar las actuaciones penales, por estimar que los hechos objeto del proceso no son constitutivos de infracción penal, no supone, en si misma considerada, infracción del derecho a obtener la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, pues conforme ha afirmado reiteradamente este Tribunal, el ejercicio de la acción penal mediante querrela no es un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que la ponga término anticipadamente, e incluso con la misma desestimación de la querrela conforme al artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siempre el Órgano judicial entienda razonadamente que la conducta o los hechos imputados carezcan de ilicitud penal. La segunda precisión, en relación con lo anterior, es que el hecho acerca de si el archivo de las actuaciones ha sido acordado por la Audiencia sin haberse practicado por el Juzgado Instructor diligencia de prueba alguna, como sostiene la recurrente, o tras la práctica de diversas diligencias probatorias más que suficientes para la averiguación de los hechos, como alega la representación del demandado, es un dato irrelevante

a los efectos planteados en el presente recurso, puesto que ni ésta es la cuestión de fondo planteada ni la validez de la decisión de archivar las actuaciones se vería afectada por la práctica o no de mayor o menor número de diligencias probatorias, pues, en definitiva, la decisión se razona por considerar que los hechos objeto del proceso no son constitutivos de infracción penal.

(Sentencia núm. 203/1989, de 4 de diciembre. R.A. 1097/87. «B.O.E.» de 11 de enero de 1990.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULO 384

Recursos contra el auto de procesamiento

La no resolución por el Juzgado del recurso interpuesto contra el auto de procesamiento, no obstante haber sido admitido a trámite, ha lesionado el derecho fundamental del recurrente a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión, garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución.

En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que contra los autos que dicten los Jueces de instrucción decretando el procesamiento de alguna persona podrá utilizarse, por la representación de ésta, recurso de reforma dentro de los tres días siguientes al de la notificación de la resolución (art. 384 de la L.E.Cr., para el denominado procedimiento ordinario, y 787 —en su anterior redacción— para el denominado procedimiento de urgencia). Es indudable, por tanto, que el demandante de amparo tenía reconocido el derecho a interponer recurso de reforma contra el auto que había decretado su procesamiento, y así expresamente lo admitió la propia Audiencia Provincial en el auto de 26 de marzo de 1986, por el que decretó la nulidad de actuaciones al haber impedido el Juez instructor el procesado, declarando concluso el sumario, la impugnación del auto de procesamiento. Siendo ello así, tampoco puede haber duda de que, una vez interpuesto el recurso de reforma por el procesado, tras la anulación de las actuaciones acordada por la Audiencia, la falta de resolución expresa de dicho recurso ha supuesto para aquél la privación de un remedio legalmente previsto, lesionando así el derecho que le reconoce el tantas veces citado artículo 24.1 de la Constitución. El examen de las actuaciones pone en evidencia, por añadidura, que el Juez instructor admitió a trámite el recurso de reforma e incluso practicó las diligencias de prueba propuestas por la representación del recurrente (declaración de dos testigos y careo del recurrente con otro coprocesado), lo que demandaba aún más, si cabe, un pronunciamiento judicial sobre el recurso planteado en el que se determinara el influjo que las nuevas diligencias practicadas pudieran haber tenido, en su caso, sobre los indicios racionales de criminalidad apreciados en el auto de procesamiento impugnado. En este sentido, conviene no olvidar que, si bien el procesamiento no implica, evidentemente, la imposición de una pena, si es en todo caso una resolución judicial de imputación formal y provisional de criminalidad que ha de tener garantizada la posibilidad de contradicción, pues atribuye un determinado «status» procesal que puede justificar la adopción de medidas cautelares de importancia dentro del proceso penal, y constituye además en algunos procedimientos (entre otros, en el procedimiento de urgencia para de-

terminados delitos que la L.E.Cr. regulaba en el Título III, Capítulo 3.º, en la redacción anterior a la dada por la Ley Orgánica 7/1989, de 28 de diciembre, que es el seguido en el presente caso) un presupuesto necesario para la apertura del juicio oral, toda vez que, de no estar dirigido el procedimiento contra persona alguna y si concurriese alguno de los supuestos del artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Juez, en el propio auto de conclusión del sumario debe decretar el sobreseimiento provisional de la causa (art. 795.1 de la L.E.Cr.).

La conclusión anterior no quedará desvirtuada por el hecho de que el recurrente solicitara la nulidad de actuaciones ante la Audiencia al evacuar el trámite de instrucción y calificación que el artículo 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señalaba para el procedimiento de urgencia, en vez de interponer recurso de reforma y, en su caso, queja contra el auto de conclusión del sumario, pues ello no significa en modo alguno, frente al criterio mantenido por la Audiencia Provincial, al que se adhiere en parte el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, que el recurrente instara la nulidad extemporáneamente y al margen del cauce ordinario de los recursos establecidos y que, por lo mismo, aceptara la conclusión del sumario decretada por el Juzgado y renunciará tácitamente al recurso de reforma formulado. Es obvio, de un lado, que no cabe apreciar en dicha conducta procesal falta de la necesaria diligencia en el recurrente por ese concreto motivo, toda la vez que la propia Audiencia había admitido, tramitado y estimado una anterior petición de nulidad formulada por el recurrente en el mismo trámite procesal (el previsto en el art. 797 de la L.E.Cr.), sin poner entonces reparo alguno respecto al momento en el que se hizo tal petición ni por el hecho de que el solicitante no hubiera interpuesto recurso contra el auto de conclusión del sumario. De otro lado, y con independencia de lo anterior, es igualmente cierto que el recurrente formuló su pretensión anulatoria en el primer momento procesal hábil para ello, puesto que, conforme a una constante y uniforme jurisprudencia del Tribunal Supremo, contra los autos de conclusión del sumario no cabe recurso alguno, sin, en su caso, la revocación, del mismo por la Audiencia, dado que al decretar la conclusión del sumario pierde el Juez la atribución de conocimiento y traspasa todas sus facultades a la Audiencia, ante la cual emplaza a las partes. No hay duda, por tanto, de que ni el recurrente consintió la conclusión del sumario ni renunció al recurso pendiente, sino que formuló su petición de nulidad y revocación del auto de conclusión del sumario en el primero y único momento procesal idóneo que tuvo para ello, sin que pueda imputarse al recurrente el tiempo transcurrido desde la conclusión del sumario —8 de septiembre de 1986— hasta el traslado de la causa a las partes para el trámite de calificación provisional, ordenado por la Sala en auto de 7 de abril de 1987. En este sentido, la decisión de la Audiencia de denegar la revocación del sumario ha lesionado también el derecho a obtener la tutela judicial efectiva al impedir la sustanciación y resolución de un recurso legalmente previsto.

(Sentencia núm. 218/1989, de 21 de diciembre. R.A. 1069/87. «B.O.E.» de 11 de enero de 1990.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

ARTÍCULO 504

Prisión provisional. Plazo

Ver sentencia número 8/90, de 18 de enero, sobre *Derecho a la libertad. Plazo máximo de la prisión provisional*. Artículo 17.4 de la Constitución Española.

ARTÍCULO 622

Auto de conclusión. Recurso

Ver sentencia número 218/89, de 21 de diciembre sobre *Recursos contra el auto de procesamiento*. Artículo 384 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ARTÍCULO 708 y 714

Prueba testifical en el juicio oral. Valor de las declaraciones testimoniales prestadas en el sumario

Ver sentencia número 51/1990, de 26 de marzo, sobre *Derecho a un proceso con todas las garantías*. Artículo 24.2 de la Constitución Española.

ARTÍCULO 710

Testigos de referencia

Ver sentencia número 217/1989, de 21 de diciembre, sobre *Presunción de inocencia*. Artículo 24.2 de la Constitución Española.

ARTÍCULO 733

Tesis. Condena por circunstancia agravante que no ha sido objeto de acusación

El artículo 24 de la Constitución establece, en lo que aquí interesa, un sistema complejo de garantías íntimamente vinculadas entre sí —principios acusatorio y de contradicción y defensa y prohibición de la indefensión— que, en el proceso penal, se traduce en la exigencia de que, entre la acusación y la sentencia, exista una relación de identidad del hecho punible, de forma tal que la condena recaiga sobre los hechos que se imputan al acusado, como configuradores de la ilicitud, punibilidad y responsabilidad criminales, puesto que el debate procesal vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración de la misma, ni sobre los cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse, a no ser que el Tribunal sentenciador los ponga de manifiesto, introduciéndolos en el debate por el cauce que, al efecto, previene el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, de no hacer uso de la facultad que

le confiere este precepto, no podrá calificar o penar los hechos de manera más grave a lo pretendido por la acusación, ni condenar por delito distinto, salvo que, respetando la identidad de los hechos se trate de tipos penales homogéneos —SSTC, entre otras, 12/1981, de 10 de abril; 105/1983, de 23 de noviembre, y 17/1988, de 6 de febrero.

La anterior doctrina, fundada en los principios acusatorio y de contradicción y defensa y, en último término, en la prohibición de indefensión, obliga a establecer que, sin la tesis previa del citado artículo 733, el Tribunal sentenciador no puede apreciar agravantes que no hayan sido objeto de la acusación, y así lo reconoce la Sala Segunda del Tribunal Supremo, siguiendo consolidada jurisprudencia de la que cita la sentencia de la misma Sala de 4 de noviembre de 1986.

En el caso contemplado, el Ministerio Fiscal, único acusador en la causa, formuló idéntica acusación contra los tres procesados y solicitó idéntica pena para todos ellos, sin alegar con respecto al demandante de amparo la concurrencia de la agravante de reincidencia, al parecer, no por error o inadvertencia, sino por considerar que los antecedentes penales del mismo debían tenerse por cancelados. A pesar de ello, el Tribunal, sin acudir a lo dispuesto en el repetido artículo 733, aprecia dicha agravante y le condena a una pena notablemente superior a la señalada a los otros dos coprocesados.

Según lo razonado, tal apreciación del órgano judicial constituye vulneración de los principios señalados y quebranta la prohibición de indefensión, puesto que privó al demandante de su derecho a contradecir la concurrencia de la referida agravante y, en contra de ello, no puede aceptarse que dicha vulneración y quebrantamiento pierdan su virtualidad y eficacia por aplicación de la doctrina de la pena justificada, ya que no se trata aquí de la condena por delito distinto, pero homogéneo, del que fue objeto de la acusación, sino de condena por el mismo delito acusado a la que se aplica una agravante no incluida en la acusación, ni puesta de manifiesto a las partes en la forma legislativa establecida.

No puede, por tanto, justificarse la vulneración constitucional en que incurrió el Tribunal de instancia con el argumento de que la pena señalada podía haber sido impuesta, aunque no se hubiera apreciado la agravante, puesto que dicha pena no excede de los límites de la facultad de graduación de la pena, que corresponde al Tribunal sentenciador y no es de aceptar tal argumento, porque no existe dato alguno que permita sostener que la agravación de la pena viniera motivada en circunstancia distinta a la de la reincidencia, y por tanto, es de suponer que, de no apreciarse esta agravante, el Tribunal hubiera dado al demandante el mismo trato punitivo que a los otros coprocesados, cuya acusación se formuló en idénticos términos que la dirigida contra él, y, además, la graduación de la pena corresponde al Tribunal de instancia y, por tanto, debe ser este Tribunal el que, eliminada la posibilidad de que pueda apreciar la reincidencia, proceda a señalar la que corresponde al demandante, que podría ser distinta de la de los otros acusados en el supuesto de que la Audiencia Provincial, en uso conforme a la Ley de su potestad jurisdiccional, aprecie la concurrencia de otras circunstancias que, dentro de los límites de la acusación, le autorice razonablemente a graduar la pena de manera diferente a como lo hizo con los otros dos acusados.

(Sentencia núm. 205/1989, de 29 de diciembre. R.A. 1784/87. «B.O.E.» de 11 de enero de 1990.—Ponente: Eugenio Díaz Emil.)

ARTÍCULO 741

Libre apreciación de la prueba

Ver sentencias número 201/89, de 30 de noviembre, y número 217/89, de 21 de diciembre, sobre *Presunción de inocencia*. Artículo 24.2 de la Constitución Española.

ARTÍCULO 746.3

Suspensión del juicio oral. Incomparecencia de testigos

Ver sentencia número 51/1990, de 26 de marzo, sobre *Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*. Artículo 24.2 de la Constitución Española.

ARTÍCULO 789

Diligencias previas. Archivo

De lo expuesto se deduce —como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones que la Audiencia Provincial ha acordado «ex officio» el archivo de las actuaciones penales a pesar de que dicha cuestión no se había planteado en el recurso de apelación, pues éste versaba sobre materia que en nada guardaba relación con la calificación penal de los hechos objeto del proceso, y lo ha hecho en un momento procesalmente improcedente, puesto que, en virtud del principio «tantum devolutum quantum apelatum», la competencia de la Audiencia respecto de las actuaciones penales le venía dada únicamente en virtud del propio recurso de apelación interpuesto por la hoy recurrente de amparo. Por ello, aplicando la doctrina anteriormente expuesta al presente caso, resulta obligado estimar la pretensión de amparo deducida por la actora, ya que es evidente que el auto impugnado ha incurrido en incongruencia entre la pretensión planteada por los recurrentes y lo resuelto, con vulneración del principio de la «non reformatio in peius, en términos incompatibles con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 de la Constitución Española, puesto que, de un lado dicha resolución al decretar el archivo de las actuaciones, impide la continuación de la instrucción de las diligencias previas y la práctica de las diligencias de prueba admitidas previamente por el Juzgado Instructor; y, de otro, al haber sido adoptada «per saltum» y en un momento procesalmente improcedente —pues en el presente caso la competencia para decretar en instancia el archivo de las diligencias previas correspondía al Juez de Instrucción (art. 789-1.ª de la L.E.Cr., en su anterior redacción)—, priva a la actora de la posibilidad de interponer los recursos legalmente previstos para estos supuestos (art. 789 de la L.E.Cr.) y aducir así, en su caso, las alegaciones que estime pertinentes en relación con la calificación jurídica de los hechos objeto del proceso y con la decisión judicial de archivar anticipadamente las actuaciones penales.

Debe añadirse que la decisión de la Audiencia ha venido a vulnerar el derecho al Juez legal, del artículo 24.2 de la Constitución Española, por cuanto el órgano funcionalmente competente para adoptar el archivo es el Juez de Instrucción, sin perjuicio de las facultades revisoras que en apelación tiene la Audiencia respecto al auto de archivo.

(Sentencia núm. 203/1989, de 4 de diciembre. R.A. 1097/87. «B.O.E.» de 11 de enero de 1990.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULO 795

Recurso de apelación. Asistencia letrada

Ver sentencia número 53/1990, de 26 de marzo, sobre *Derecho a la Tutela judicial efectiva. Derecho a los recursos*. Artículo 24.1 de la Constitución Española.

(Aunque el procedimiento seguido fue el determinado en la L.O. 10/1980, de 11 de noviembre, derogado por L.O. 7/1988, de 28 de diciembre, la doctrina es aplicable al recurso de apelación regulado en el nuevo art. 795 —procedimiento abreviado—.)

ARTÍCULO 849.2

Recurso de casación: prescripción de inocencia

Para examinar los argumentos del recurrente, conviene recordar aquí que efectivamente, es doctrina de este Tribunal (STC 56/1982) que la vulneración de la presunción de inocencia es incluíble dentro del concepto o motivo de error en la apreciación de la prueba; como se afirmaba en la citada sentencia (fundamento jurídico 4.º) el tenero literal del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «no impide incluir entre los errores en la apreciación de las pruebas el que arranca de la inexistencia misma de éstas» puesto que «la valoración como prueba de lo que legalmente no tiene carácter de tal, es sin duda el mayor error de hecho que en la apreciación de las pruebas cabe imaginar, y como tal puede ser aducido para fundamentar el recurso de casación». La misma sentencia realizaba asimismo otras manifestaciones de innegable relevancia para el presente caso; pues precisaba que, ante la alegación formulada por el recurrente en casación relativa a la vulneración de la presunción de inocencia, en la vía casacional, la efectiva verificación de la presencia o ausencia de la vulneración constitucional invocada sólo puede llevarse a cabo «mediante el examen de las actuaciones sumariales y de las actas del juicio oral», sin que pudiera estimarse como óbice a tal verificación la previsión del artículo 849.2 (en la versión entonces vigente) en el sentido de que el error de hecho había de resultar de documentos auténticos que muestren la equivocación evidente del juzgador. Mantenía la mencionada sentencia que cabía una interpretación del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que permitiera examinar en casación la alegada vulneración de la presunción de inocencia sobre la base documental de las actuaciones practicadas;

interpretación que, dentro del estricto respeto a la letra de la Ley, permita la máxima protección del derecho fundamental de que se trata. En efecto, y como se decía en la sentencia repetidamente citada, las actuaciones sumariales y las actas del juicio oral si carecen de autenticidad formal o extrínseca o material pueden considerarse dotadas de autenticidad formal o extrínseca, y en consecuencia, si no pueden ser aducidas para sostener la verdad de las manifestaciones que en ellas se recogen, si pueden serlo para sostener que se hicieron y sobre todo para sostener que no se hicieron las manifestaciones ni se realizaron las actividades que en ellas no se incluyen, de la que ellas no dan cuenta (fundamento jurídico 4.º). Esta posición, sentada en la sentencia de 1982, queda claramente reforzada en el presente, a la vista de la reforma realizada en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la Ley 6/1985, de 27 de marzo, que suprimió la exigencia de que el documento base del alegado error en la apreciación de la prueba tenga el carácter de auténtico.

A la vista de la doctrina citada, se desprende que, si el recurrente en casación basó su recurso en el motivo de error en la apreciación de la prueba por vulneración de la presunción de inocencia, no cabía que el Tribunal Supremo basase la inadmisión del recurso en la ausencia de valor documental, en el sentido del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de las actuaciones sumariales y de las actas del proceso. Por ello, y en el presente caso, y como ya apuntamos en el fundamento jurídico 2.º, la cuestión se centra en si efectivamente, al invocar el motivo de casación del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente en casación se refirió, en forma clara e inteligible para el Tribunal, a la vulneración de la presunción de inocencia como auténtica causa del error en la apreciación de la prueba; habida cuenta de que, dada la naturaleza y finalidad del recurso de casación, debe éste ajustarse a determinados requisitos procesales, y entre ellos los previstos por el legislador en orden a su interposición, que puede verse limitada a motivos tasados (STC 102/1986), motivos que han de ser los aducidos por el recurrente para lograr la admisión de su demanda.

(Sentencia núm. 44/90, de 15 de marzo. R.A. 1485/87. «B.O.E.» de 9 de abril de 1990.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULO 884

Inadmisión: Recurso de casación

Ver sentencia número 44/90, de 15 de marzo sobre *Recurso de casación*. artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ARTÍCULO 971

Juicio de faltas: Ausencia del acusado. Citación por edictos

Dado que la citación edictal, si correctamente hecha, una vez agotadas las posibilidades razonables de localización del citado, ha de ser considerada como

citación efectuada con las formalidades prescritas en la Ley, el tenor literal del precepto contenido en el artículo 971 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal parece autorizar el juicio dirigido contra el citado mediante edictos, sin restricción alguna, aunque salvando la posibilidad de que el Juez suspenda su celebración cuando considere necesaria la declaración del ausente o rebelde. Entendido así, este precepto resultaría, sin embargo, incompatible con la Constitución y, en particular con el derecho, que ésta garantiza al acusado de conocer la acusación que contra él se dirige. No sólo se trata, en efecto, de que, como hemos afirmado reiteradamente (SSTC 163/1986, 57/1987, 240/1988 y 53/1989), el juicio de falta haya de entenderse articulado sobre el principio acusatorio, sino de que nadie puede ser condenado por un ilícito sin haberle hecho saber antes que se le considera responsable del mismo.

Esta contradicción «prima facie» existente entre el tenor literal del precepto procesal y el derecho fundamental a que nos referimos no implica, sin embargo, la inconstitucionalidad de aquél. Aunque, como es obvio, las exigencias que se derivan de la Constitución aconsejan, como ya observamos en alguna otra ocasión (STC 54/1985), la reforma de nuestro juicio de faltas, no es indispensable acudir, para respetar tales exigencias, a la declaración de inconstitucionalidad del precepto, cuya vigencia puede mantenerse merced a la salvedad mediante la que otorga al Juez la posibilidad de suspender la celebración del juicio «cuando estime necesaria la declaración del presunto responsable, pues es evidente que el Juez ha de considerar que tal declaración es indispensable cuando, habiéndose hecho la citación a través de edictos, la comparecencia personal (o al menos la certidumbre que ésta habría sido posible) es el único medio que permite afirmar con certeza que fue informado, al menos en lo esencial, de la acusación contra él dirigida».

(Sentencia núm. 196/89, de 27 de noviembre. R.A. 1474/87. «B.O.E.» de 5 de enero de 1990.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

ARTÍCULO 977 Y 15 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas: Reformatio in peius. Indemnización civil

Como ya ha señalado este Tribunal en ocasiones anteriores, la figura llamada de la reforma peyorativa o «reformatio in peius» consiste, como es bien sabido, en la situación que se produce cuando la condición jurídica de un recurrente resulta empeorada a consecuencia exclusivamente de su recurso. En el Derecho positivo español la interdicción de la reforma peyorativa encuentra un reflejo en la disposición contenida en el artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, al referirse al recurso de casación en el orden penal, preceptúa que si la Sala casa la resolución objeto del recurso en virtud de algún motivo fundado en la infracción de Ley, dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda conforme a Derecho, sin más limitación —añade— que la de «no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor». No hay un precepto similar en la regulación del juicio sobre faltas en segunda instancia, pues si bien el artículo 977 ordena devolver los autos decla-

rando desierto el recurso si el apelante no se persona, no se establece ningún otro condicionamiento de la sentencia que en la apelación se dicte.

No obstante la escasez de preceptos legales sobre la materia en nuestro Derecho, es línea doctrinal constante de este Tribunal que la interdicción de la reforma peyorativa constituye un principio general del Derecho procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24 de la Constitución, a través del régimen de garantías legales de los recursos y, en todo caso, de la prohibición constitucional de la indefensión. Lo es, en primer lugar, como consecuencia de la regla que rige la apelación «*tantum devolutum quantum appellatum*», cuya vigencia en nuestro Derecho no puede discutirse. Se entiende así que es la impugnación de una sentencia lo que opera la investidura del Juez superior, que determina la posibilidad de que éste desarrolle los poderes que tiene atribuidos, con la limitación determinada por la pretensión de las partes. De esta suerte, salvo las expresas excepciones previstas por la Ley, el efecto devolutivo de la apelación se limita a los puntos de la decisión recurrida a los que el recurso se refiere. Por último, es igualmente claro que en un sistema acusatorio deben entenderse igualmente excepcionales los poderes de actuación «*ex officio*» del Juez lo mismo en la primera que en la segunda instancia (SSTC 54/1985, fundamento jurídico 8.º; 84/1985, fundamento jurídico 1.º; 6/1987, fundamento jurídico 2.º; 92/1987, fundamento jurídico 2.º; 116/1988, fundamento jurídico 2.º, por ejemplo). Por ello, no se produce la lesión del artículo 24.1 de la Constitución Española en este aspecto, cuando existe una pretensión de signo contrario, ejercitada por las partes, dirigida a obtener ese resultado peyorativo o cuando ese resultado viene legitimado por la aplicación de normas de orden público (STC 17/1989, fundamento jurídico 7.º).

Traída esta doctrina al presente caso, es decir, a su eventual aplicación en materia de incremento de las indemnizaciones civiles derivadas de la falta cometida acordado en segunda instancia, la respuesta, como señala el Ministerio Fiscal, ha de ser claramente afirmativa. En efecto, de acuerdo con una línea jurisprudencial claramente consolidada (SSTC 15/1987, fundamento jurídico 2.º; 116/1988, fundamento jurídico 2.º; 202/1988, fundamento jurídico 3.º), la responsabilidad civil «*ex delicto*» queda plenamente integrada en la garantía que supone la interdicción de la reforma peyorativa; es decir, al Juez «*ad quem*» le está vedado decretar una responsabilidad civil que supere el límite de la ya acordada en primera instancia si no ha existido pedimiento alguno al respecto en la segunda, salvo que sea consecuencia de la aplicación de normas de orden público que debe efectuar el Juez, en todo caso, con independencia de que se haya pedido o no por las partes.

(Sentencia núm. 40/90, de 12 de marzo. R.A. 486/88. «B.O.E.» de 9 de abril de 1990.—Ponente: Alvaro Bereijo.)

IV) CODIGO PENAL

ARTÍCULO 147

Injurias al Rey

Ver sentencia número 20/90, de 15 de febrero, sobre derecho a la libertad ideológica, a la libertad de expresión e información y delito de injurias. Artículos 16.1, 20.1 a) y d) de la Constitución Española y 457 del Código penal.

ARTÍCULO 340 bis a) 1.º

Conducción en estado de embriaguez

Ver sentencia número 3/90, de 15 de enero, sobre *Presunción de inocencia*. Artículo 24.1 de la Constitución Española.

ARTÍCULO 369

Desobediencia. Ejecución de sentencia dictada por orden jurisdiccional social

Ver sentencia número 206/1989, de 14 de diciembre, sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva*. Artículo 24.1 de la Constitución Española.

ARTÍCULO 457

Injurias: Animus criticandi

En estas circunstancias y por reprobables que sean los términos con que el autor expresa sus propias opiniones —y ciertamente lo son, en el párrafo que sirve de base a la condena— no alcanzan los límites de una conducta merecedora de tan grave sanción penal, puesto que han sido emitidas en el ejercicio de los derechos fundamentales invocados por el recurrente. Lo serían con base en los criterios tradicionales para el enjuiciamiento de los delitos de injurias, pues el «animus criticandi» no ampararía quizá dichas expresiones; pero no pueden serlo a partir de la Constitución, porque la libertad ideológica que consagra el artículo 16.1 y el correlativo derecho a expresarla que garantiza el artículo 20.1 a), no son compatibles, como se deduce de la doctrina de este Tribunal que ha quedado recogida en los anteriores fundamentos, con sancionar penalmente el ejercicio de dichas libertades. La libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político que, como valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico propugna la Constitución, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquélla y, naturalmente, no sólo en la coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran, excluida siempre la violencia para imponer los propios

criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada. De ahí la indispensable interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad ideológica y del derecho a expresarla, sin el cual carecería aquélla de toda efectividad.

(Sentencia núm. 20/90, de 15 de febrero. R.A. 1503/87. «B.O.E.» de 1 de marzo de 1990.—Ponente: Fernando García-Mon.)

V) OTRAS LEYES

LEY ORGANICA 2/1986, DE 13 DE MARZO, DE FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

ARTÍCULO 8.1 PÁRRAFOS SEGUNDO Y TERCERO

Competencia para el fallo. Derecho a un Juez imparcial. Competencia instructora de la Audiencia Provincial

El párrafo tercero del número 1 del artículo 8 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, encomienda el conocimiento de las conductas de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones que pudieran ser constitutivas de faltas al Juez de Instrucción en vez de, como era la regla general, al Juez del Distrito. Según se ha dicho, las recientes reformas en materia de procedimiento penal [art. 87.1 b) y 100.2 LOPJ] suponen que, en virtud del artículo 42.2 de la Ley 38/1988, de Demarcación y Planta Judicial, desde el 28 de diciembre pasado, la norma cuestionada coincide con la regla general de que los Jueces de Instrucción conozcan de las faltas, y del artículo 8.1, tercero, sólo resulta una exclusión de la competencia residual en materia de faltas que corresponde a los Jueces de Paz.

También ha de recordarse que, de acuerdo al párrafo segundo del número 1 del artículo 8 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la competencia para el juicio oral y el fallo en relación con los delitos menos graves cometidos por los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en el ejercicio de sus funciones corresponderá no al Juez de lo Penal, sino a la Audiencia correspondiente.

La nota diferenciadora entre la regulación de los preceptos cuestionados y la realidad procesal actual se refiere sólo al órgano competente en primera instancia. Como en otras ocasiones ha afirmado este Tribunal (por ejemplo. SSTC 51/1985, 30/1986 y 33/1989), la atribución del entendimiento de un grupo de casos —lo que supone ya la predeterminación abstracta constitucionalmente requerida— a un órgano judicial de mayor rango funcional que el que la tiene ordinariamente atribuida, no constituye ninguna infracción constitucional, dado el incremento de garantías que supone la asunción del caso por un Tribunal de orden superior.

La regla especial de competencia no elimina ni restringe los derechos de defensa de las posibles víctimas ni tampoco los de la acusación pública, puesto que las normas de procedimiento son idénticas en uno y otro caso, sin sufrir ninguna

variación, con independencia de que sea el Juez de Instrucción en vez del Juez del Distrito y hoy el Juez de Paz, o la Audiencia en vez del Juez de lo Penal, el que enjuicie estos hechos. Tiene razón el Abogado del Estado cuando aduce la dificultad intrínseca que tiene el enjuiciamiento de estas cuestiones, que requieren la ponderación de diversos valores constitucionales en juego, la calificación de eximentes, etc., ponderación que podría explicar y justificar, como medida razonable y no arbitraria, la elección por la Ley de un órgano superior que, al tener como función la corrección de la aplicación e interpretación del Derecho cumplida por los inferiores, goza institucionalmente de una superior experiencia e idoneidad técnico-jurídica.

Ha de tenerse en cuenta que el conocimiento de los recursos con efecto devolutivo se atribuye por la Ley a órganos superiores del que ha dictado el acto impugnado, lo que supone que el legislador atribuye ese control a un órgano no sólo superior en la escala jerárquica. Por ello puede hablarse de una mayor idoneidad técnica del órgano decisor de superior grado, y la asignación de esta competencia al órgano de superior grado no puede ser considerada como un privilegio en favor de una de las partes, sino más genéricamente una garantía de una decisión judicial más ajustada a Derecho. El cambio de órgano judicial puede ser considerado así como una mayor garantía de acierto, y como tal es un reforzamiento de garantías de carácter bilateral, pues puede y debe beneficiar tanto al imputado como al acusador.

La sustitución originaria de los Juzgados de Distrito y, hoy, de los Jueces de Paz (aún más dado el carácter de lego de estos últimos) por los Jueces de Instrucción, asegura objetivamente por esa mayor idoneidad técnica, decisiones más acertadas; el mismo efecto trata de producir la sustitución del Juez de lo Penal por la Audiencia, en el que además la competencia se atribuye a un órgano colegiado, el competente ordinariamente para el enjuiciamiento y fallo de los delitos graves y muy graves. El que la Audiencia sea competente en primera y única instancia en la materia tiene, además, un valor añadido, el control casacional que ejerce el Tribunal Supremo, control que no ejerce de ordinario sobre los delitos que sean competencia en primera instancia del Juez de lo Penal. La regla legal ha supuesto así, en estos procedimientos, un mayor nivel de garantías para los afectados tanto activos como pasivos, y no constituye obstáculo alguno para asegurar el correcto enjuiciamiento de las extralimitaciones, con relevancia penal, en que puedan incurrir en su actuación las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En contra de la opción del legislador los Jueces invocan la mayor inmediación del Juez inferior que tendría así mejor conocimiento de causa. Sin embargo, este argumento puede ser utilizado también, y así lo hace el Abogado del Estado, en el sentido contrario, de que la mayor proximidad e incluso el conocimiento personal puede derivar en perjuicio y falta de objetividad en favor o en contra del presunto imputado y, consecuentemente, en contra o en favor de las presuntas víctimas de su actuación. Una medida legislativa que eleve en un grado el órgano decisor, puede también justificarse así como favorecimiento de una mayor objetividad e independencia del órgano judicial y, en consecuencia, como garantía adicional de la efectividad de la justicia para el justiciable, tanto el imputado como la acusación.

El Juez de Instrucción de Alcalá la Real señala que la regla especial de competencia en relación con las faltas puede suponer, en los casos de doble denuncia

cruzada, el riesgo del desdoblamiento del conocimiento de unos mismos hechos en relación a la responsabilidad penal del policía denunciado y de la presunta víctima, a su vez denunciada como infractora. Aparte de que este argumento ha perdido hoy actualidad, al convertirse el Juez de Instrucción en el órgano judicial competente para el enjuiciamiento en principio de las faltas, existen medios en nuestra legislación procesal, como la conexión o la continuidad de la causa, para asegurar una unidad del enjuiciamiento de estos hechos.

De todo lo anterior cabe deducir que ni el artículo 8.1, segundo, ni el artículo 8.1, tercero, de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al establecer reglas de competencia especiales para el juicio y fallo, respectivamente, de los delitos menos graves y de las faltas, han lesionado el derecho a la igualdad del trato del artículo 14 de la Constitución Española, en conexión con el artículo 24.1 del mismo texto legal, e interpretado a la luz del artículo 104.1 de la Constitución Española.

Este Tribunal ha entendido que dentro del derecho a un proceso con todas las garantías se incluye el derecho a un Juez imparcial, lo que excluye, también como exigencia del principio acusatorio, la posibilidad de acumulación en un mismo órgano judicial de funciones instructoras y decisoras (SSTC 145/1988 y 164/1988). Al ser garantía necesaria del proceso penal, para asegurar la imparcialidad del Juez, la separación de funciones de instrucción y resolutorias, ha de reconocerse que «prima facie» el artículo 8.1, segundo, de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no respeta esa garantía al reconocer a la Audiencia la competencia para la instrucción y para el conocimiento y fallo del asunto.

Ese mismo defecto ha de imputarse también al precepto en cuanto que no diferencia el órgano que decide el procesamiento, con base en una valoración indiciaria de culpabilidad, y el órgano que conoce y falla la causa. El necesario contacto con los elementos del sumario y el juicio sobre el acusado en el momento de decidir el procesamiento no puede dejar de influir sobre la manera en que el órgano judicial contemple, durante el curso ulterior del proceso, los medios de prueba y los puntos en litigio, lo que cuestiona la imparcialidad para enjuiciar del órgano encargado de dictar el procesamiento. Para aplicar el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el órgano judicial debe asegurarse de la existencia de «algún indicio racional de criminalidad», es decir, de sospechas racionales de que el imputado ha podido cometer el delito del que se le acusa; ello significa una inicial valoración de culpabilidad, por lo que la diferencia entre la cuestión a decidir en el procesamiento y «el problema a resolver a la finalización del proceso deviene así ínfima» (STEDH, de 24 de mayo de 1989, Asunto Hauschildt).

Para salvar la constitucionalidad del precepto no cabría alegar que la Audiencia podría delegar esa instrucción y procesamiento bien en uno de sus integrantes o bien en el propio Juez de Instrucción (con la paradoja, en este último caso, de que la constitucionalidad se salvaría simplemente por la no aplicación práctica de la regla), pues esta posibilidad de delegación no está prevista para este tipo de supuestos. En efecto, tras la reforma operada por el artículo 1, apartados dos, tres y cinco, de la Ley Orgánica 7/1988, que han dado nueva redacción a los artículos 57.2, 61.2 y 73.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se han introducido tres delegaciones de instrucción con separación automática de la Sala del instructor miembro de la misma que la hubiera practicado cuando correspon-

da enjuiciar una causa a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a la Sala especial de enjuiciamiento de Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo o a la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Fuera de estas delegaciones, la Ley Orgánica del Poder Judicial no conoce otras, y el que, tras estas recientes reformas no se ha regulado ninguna otra delegación de Tribunales colegiados, como la que hubiera sido necesaria para salvar la constitucionalidad del artículo 8.1, segundo, de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, aunque no pueda suponer una derogación implícita de este precepto, sí que permite confirmar la imposibilidad de solventar el tema de la separación de la función de instrucción y de procesamiento y la de conocimiento y fallo.

En consecuencia, ha de declararse que el artículo 8.1, segundo, de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es inconstitucional, por contrario al derecho a un Juez imparcial, en cuanto que asigna a un mismo órgano judicial la instrucción, el procesamiento y el conocimiento y fallo de este tipo de delitos.

(Sentencia núm. 55/1990, de 28 de marzo. C.I. 487/87, 459/86 y 510/87. «B.O.E.» de 17 de abril de 1990.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.)

LEY ORGANICA PROCESAL MILITAR

ARTÍCULO 290

Declinatoria de jurisdicción. Recurso de casación

Es notorio que este Tribunal Constitucional integró, excepcionalmente, el régimen previsto para la declinatoria de la jurisdicción militar con lo regulado para el instituto análogo en la jurisdicción penal ordinaria, buscando tanto la paridad de tratamiento en ambas jurisdicciones como la inexistencia de lagunas normativas, todo ello mediante una reinterpretación de las normas procesales que venía impuesta por la defensa de los derechos fundamentales. Y todo ello también con un cierto carácter de provisionalidad, hasta tanto el legislador regulara esta materia de un modo compatible con las exigencias constitucionales. Pero mientras aquella intervención legislativa no se produjera, este Tribunal entendió que el inciso del artículo 739 del antiguo Código de Justicia Militar que hacía referencia al carácter inapelable de la declinatoria, interpretado como excluyente de todo recurso, no era compatible con el artículo 24.2 de la Constitución y, por tanto, había quedado invalidado en virtud de la aplicación directa de la norma constitucional. Esa invalidez acarrea en sí misma, y con el fin de evitar un vacío normativo, la necesaria extensión o integración de lo previsto en la jurisdicción militar con las normas supletorias de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 676), en cuanto ley procesal ordinaria, según las cuales contra la denegación de la declinatoria procede el recurso de casación, de suerte que, con el auxilio de esta técnica, no sólo la decisión adoptada dejaba de ser inapelable sino que, además, se daba ocasión a la jurisdicción ordinaria de pronunciarse sobre la jurisdicción controvertida (STC 66/1986, fundamento jurídico 4.º).

Es corolario necesario de cuanto llevamos dicho que la recordada doctrina de este Tribunal debe ser aplicada también al supuesto que configura la presente demanda de amparo. El recurso de queja tiene, en efecto, un simple carácter instrumental respecto del recurso principal, en este caso la casación, ya que, de no existir la queja ante el mismo Tribunal que se estima competente para conocer de la casación, el órgano judicial «a quo» podría impedir todo intento de interponer la casación mediante el sencillo expediente de negarse a tener por reparada aquélla. Carece, por tanto, de sentido pretender que conozca de la queja de un órgano judicial distinto de aquél que habría de conocer, en su caso, de la casación, pues esta última opción procesal privaría al recurso de queja de toda finalidad al impedir que el Tribunal Supremo pudiera estimar el recurso y ordenar al órgano judicial «a quo» lo procedente para la tramitación del recurso principal. Sin olvidar tampoco que, como ya se ha dicho, la justificación de la extensión del régimen de la casación penal al ámbito de la jurisdicción militar consiste en permitir un pronunciamiento de la jurisdicción ordinaria sobre el problema competencial planteado, una vez conocido el criterio de los órganos judiciales castrenses.

Para dar respuesta adecuada a la presente pretensión de amparo, este Tribunal debe tener en cuenta no tanto la legislación procesal que estaba en vigor cuando se formalizó la queja de amparo como la que, derogando aquélla, está vigente en el momento en que se pronuncia el fallo que pone fin a este proceso. Pues bien, durante la sustanciación de este proceso de amparo, la cuestión planteada por el recurrente ha recibido un tratamiento legislativo que acaba con la privisionalidad de la solución transitoriamente adoptada por este Tribunal para preservar el derecho fundamental afectado. En efecto, los artículos 22 y siguiente de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, han creado una Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, suprimiéndose el antiguo sistema de organización y atribuciones de los Tribunales Militares previsto en el Código de Justicia Militar de 1945 (Disposición derogatoria única); y la reciente Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar, de 13 de abril, prevé en su artículo 290 que contra el auto resolutorio de la declinatoria procede el recurso de casación, cuyo conocimiento se atribuye a la citada Sala de lo Militar del Tribunal Supremo por el artículo 23.1 de la Ley Orgánica 4/1989. Por último, la Disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 4/1987, dispone que los recursos de casación que se encuentren pendientes de resolución —se entiende que ante el desaparecido Consejo Supremo de Justicia Militar— deben ser remitidos a la mencionada Sala.

(Sentencia núm. 4/90, de 18 de enero. R.A. 947/87. «B.O.E.» de 15 de febrero de 1990.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Profesor Titular de Universidad.
Abogado del Estado

ARTICULOS 8.1.º Y 9.1.º Y 10.º CONSUMO DE OPIACEOS. TIMOPATIAS. ATENUANTE POR ANALOGIA

(STS de 15 de marzo de 1990. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Dicha entidad nosológica se caracteriza por un amplio grupo de síndromes cuyo factor común son las oscilaciones patológicas de la vitalidad; es el *círculo timopático* en el que se incluyen las alteraciones endógenas, no motivadas, de los sentimientos vitales de tristeza, alegría y angustia. En la *depresión endógena* los síntomas más frecuentes son la tristeza profunda, el sentimiento de desesperanza, preocupaciones hipocondríacas, ideas de autoacusación y autodesprecio que puedan ser delirantes, la ansiedad y el sentimiento de inferioridad. En la *manía*, que es el síndrome opuesto, se señalan el humor y la alegría expansivos e inmotivados, la exaltación del ánimo, el optimismo y la hiperactividad física. Estos estados se presentan, corrientemente, en forma alternativa, con fases o tiempos de remisión espontánea libre de síntomas, y sin deterioro de las funciones intelectuales.

Las timopatías como factor criminógeno son de escasa relevancia; en la forma depresiva son excepcionales las transgresiones legales, todo lo más las culposas, y es significativa la tendencia al suicidio; a la fase maniaca se refieren las contravenciones más frecuentes por la propensión del sujeto a la violencia; y en la forma larvada, no se han observado ni un aumento en las transgresiones, ni una particularidad de las mismas. La capacidad de culpabilidad de estos enfermos está supeditada a la clase e intensidad de los síntomas fundamentales: en los grados extremos, tanto de la manía como de la melancolía (maníacos furiosos y melancólicos delirantes), es criterio común negar la imputabilidad de manera absoluta, porque aunque puedan comprender fugazmente el valor real de sus actos son incapaces de inhibirlos; en las formas de menor intensidad, sobre todo en los accesos maniacos, puede admitirse una imputabilidad disminuida; finalmente, los casos más leves y en los intervalos o fases intercalares, aunque el enfermo se percate de la trascendencia de sus actos y esté en condiciones de ejercer la acción de su voluntad en medida suficiente, no deja de estar afectada en

cierto grado la voluntad, y ello obliga a un examen cuidadoso de las circunstancias del caso. La fórmula legal de exención penal del artículo 8.1.º del Código sería la aplicación incondicional en el primer caso, y la atenuación en los restantes, bien la privilegiada del artículo 9.1.º o la ordinaria del artículo 9.10.º, valorando especialmente la relación o conexión de la enfermedad y el delito cometido, y la concurrencia o asociación de otros factores (debilidad mental, psicopatías, drogadicción, alcoholismo).

Al trasladar al supuesto de autos las consideraciones precedentes conviene subrayar la falta de datos en el hecho probado sobre el grado o intensidad de la psicosis «en el momento de la acción», que podía estar en fase de depresión o de manía o en un intervalo de aparente normalidad, y la difícil coordinación o conexión causal con el delito imputado —tráfico de sustancias estupefacientes—, que supone una actividad prolongada en el tiempo; *sin embargo, si aparece en la causa* —examinada por el Tribunal con la autorización prevista en el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— *la adicción al consumo de opiáceos que, sin duda, potencia o agrava la influencia, siquiera mínima, de la perturbación mental en la facultades volitivas del sujeto, y todo ello aconseja la aplicación de la atenuación prevista en el artículo 9.10.º del Código en relación con el 9.1.º y 8.1.º*, con cuyo alcance se estima el recurso interpuesto.

ARTICULO 9.1.º ALCOHOLISMO CRONICO. IDEAS PARANOIDES

(STS de 27 de abril de 1990. Pte. Sr. Díaz Palos)

El *alcoholismo crónico*, es evidentemente, una toxifrenia que una vez instaurada en el individuo que la padece produce una serie de síntomas somáticos y psíquicos permanentes que se ponen de manifiesto sin necesidad de beber grandes cantidades de alcohol. Las manifestaciones psíquicas más frecuentes es la modificación del carácter, el llamado «carácter alcohólico» subrayado por gran labilidad afectiva, intensidad exagerada de los afectos, debilidad volitiva y ausencia de inhibición. Como consecuencia de la falta de voluntad se dejan llevar por los instintos, de modo que cuando se le contraria reacciona con brutalidad. En periodos más avanzados aparecen los trastornos del intelecto, el cual disminuye progresivamente y en algunos casos termina con la demencia alcohólica. Manifestación típica y más frecuente en este estadio de la intoxicación alcohólica, es la relación paranoide con alucinaciones auditivas y visuales, a veces con amnesia intensa (psicosis de Korsakow) y con fase aguda y terminal de *delirium tremens* en cuyo estado el paciente puede cometer cualquier agresión o suicidarse.

La *embriaguez patológica*, por el contrario, se produce por la ingestión de una cantidad de alcohol, que en ocasiones puede ser pequeña, consecutiva más que a una intoxicación verdadera, a una *intolerancia alcohólica* que tienen los psicópatas y otros enfermos mentales. Esta intolerancia puede ser constitucional o simplemente pasajera.

En todo caso el estado del alcohólico habitual, desde el punto de vista médico-forense ha de ser valorado como una psicopatía e incluso como una psicosis aguda: Si se trata de embriaguez patológica, lleva aparejada la anormalidad y se considera al sujeto como imputable.

El alcohólico crónico, presenta mayores dificultades para su encuadramiento jurídico-penal. Depende de las complicaciones y estadios más o menos avanzados de su toxifrenia. En los primeros tiempos de la intoxicación, no puede ser equiparado a un enfermo mental y el trastorno psíquico tiene escasa influencia sobre la conciencia. En estos primeros extravíos es, pues, imputable. Otra cosa es en cuanto aparecen complicaciones patológicas del psiquismo y entonces es misión del perito precisar, dentro de lo posible, el estado mental del infractor en el momento del hecho, valorando la capacidad intelectual y volitiva.

5. A la vista de las anteriores conclusiones clínicas, *si el procesado además de ser un alcohólico crónico padecía embriagueces patológicas con ideas paranoídes* que le podía llevar a cometer actos agresivos o violentos carentes de voluntariedad, que motivaron sucesivos internamientos en hospital psiquiátrico presentando en fin, una personalidad psicopática con labilidad emocional, forzosamente hay que entender que, aun dando por probado, que el recurrente no había bebido antes de cometer el hecho de autos, lo que, hubiera dado lugar, sin duda alguna, a decretar su entera inimputabilidad, al menos, hay base suficiente para dar entrada a la eximente incompleta de enajenación mental.

ARTICULO 9.9.º y 10.º ARREPENTIMIENTO ESPONTANEO. ATENUANTES POR ANALOGIA

(STS de 16 de marzo de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Primero: La atenuante de arrepentimiento espontáneo ocupa lugar propio y peculiar entre las circunstancias atenuantes, puesto que, lejos de concurrir en la ejecución del hecho, surge posteriormente, de manera que sus efectos tienen mucho de perdón judicial parcial, si bien se hallen sometidos al régimen común de aquellas circunstancias. Sus elementos o requisitos son fundamentalmente dos, en el sentido de que, de un lado, se exige, en el área objetiva, un comportamiento previo a la apertura del procedimiento judicial y consistente en una de las modalidades enumeradas en el texto legal —reparar o disminuir los efectos del delito, dar satisfacción al ofendido o confesar a las autoridades la infracción—, mientras que de otro, ya en el ámbito subjetivo, se precisa que tal conducta responda, precisamente, a impulsos de arrepentimiento espontáneo. En cuanto al aludido condicionamiento cronológico, la jurisprudencia viene incluyendo en su concepto de procedimiento judicial —no sin críticas doctrinales— la actuación policial (SS 7 de noviembre de 1978, 12 de marzo de 1979, 12 de diciembre de 1983, 17 de abril y 2 de julio de 1988). De otro lado, la indicada motivación fue tradicionalmente entendida como contrición o pesar de haber obrado mal (así, por ejemplo, en las SS de 12 de septiembre de 1979, 14 de mayo de 1985 y 2 de julio de 1988, con abundantes citas), pero más recientemente se va optando por una objetivación que abarca tanto el indicado deber de contrición como el de la mera atrición, referido más bien al temor por las consecuencias que el hecho pueda tener para el propio autor. En dicha línea, la sentencia de 20 de febrero de 1987 señala que «basta la sustitución de la voluntad antijurídica por la voluntad de realizar actos de cooperación a los fines del orden jurídico expresados en la reparación o disminución de los efectos del delito, en la satisfacción al ofendido o

en la confesión a las autoridades de la infracción», de forma que la atenuante «no exige en nuestros días, en el ámbito del Derecho, el pesar del autor por haber obrado mal», posición ésta que se repite en otras resoluciones, entre las que cabe destacar la sentencia de 31 de diciembre de 1988, y se adelanta, hasta cierto punto, a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, a tenor de cuyo artículo 235 el componente subjetivo de la circunstancia se contrae al «haber procedido voluntariamente», lo que implica prescindir de la motivación en sí.

Segundo: Si de la atenuante nominada de arrepentimiento espontáneo se pasa a la posibilidad de la apreciación de otras circunstancias por vía de analogía, conforme a la previsión del artículo 9.10.º del Código penal, preciso resulta recordar la creciente oposición a constituir las no ya en horizontal, sino en vertical o, si se prefiere, como atenuantes nominadas incompletas, y ello porque, de procederse así, y al margen de la tradición o arraigo que tal práctica haya tenido en nuestra jurisprudencia, se incurre en un verdadero fraude de ley, por cuanto mediante un rodeo se acaba burlando las exigencias establecidas en la atenuante que ahora se toma sólo como punto de referencia para el juicio de analogía, tal y como de modo más o menos expreso advierten, entre otras, las sentencias de 14 de diciembre de 1976, 28 de enero de 1980, 4 de febrero de 1983, 27 de marzo de 1985, 23 de enero de 1986 y 18 de febrero de 1987. Esto significa, con otras palabras, el rechazo a una atenuante análoga a la de arrepentimiento espontáneo cuando lo que ocurre es sencillamente que no se ha cumplido alguno de los requisitos que la integran.

ARTICULO 10.8.º ABUSO DE SUPERIORIDAD. CONCEPTO Y AMBITO

(STS de 22 de febrero de 1990. Pte. Sr. Barbero Santos)

Es doctrina secular de esta Sala que *el abuso de superioridad* entraña o supone una notable diferencia de poder entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la acción, concretada en su superioridad física, pero teniendo en cuenta no sólo las fuerzas físicas del agresor; también las circunstancias todas del caso concreto. No basta, empero, la constatación de la diferencia de poder y el aprovechamiento doloso de tal situación de ventaja, *la Sala ha exigido además que la acción sea exponente de una singular vileza de sentimientos*. Y ello, como recordaba una sentencia reciente (de 11 de noviembre de 1987), porque la circunstancia posee reminiscencias medievales y caballerescas, requiriéndose, para la buena y noble lid, que las armas de los contendientes fuesen iguales, y semejantes las fuerzas, el número y la ocasión.

Próxima por ello a la alevosía, hasta el extremo de ser comparadas a dos círculos concéntricos, *constituyendo el abuso de superioridad una especie de alevosía menor, su aplicación se ha limitado, como aquella, a delitos contra las personas o a delitos complejos que tutelan, junto a otro bien jurídico, la vida o integridad de las personas*. Lo expuesto haría ya de estimación imposible al caso que se analiza —delito contra la propiedad— de la agravante citada. Aparte de ello, resulta difícil considerar que se da una relación de superioridad entre el abogado y su cliente.

ARTICULOS 14. 246 Y 480. AUTORIA PLURAL. DESORDENES PUBLICOS. DETENCION ILEGAL

(STS de 12 de febrero de 1990. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

Tercero. Los restantes motivos, tercero y cuarto, del recurso, por infracción de Ley, se apoyan procesalmente ambos en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, respectivamente, denuncian la vulneración de los preceptos penales sustantivos constituidos, en el primer caso, la aplicación indebida del artículo 246 del Código penal y, en el segundo, la del artículo 480.3.º del mismo cuerpo legal sustantivo. Seguramente, en buen técnica casacional, la referencia en ambos casos hubiera consistido en la invocación como vulnerado en su aplicación a los recurrentes de la norma contenida en el artículo 14.1.º de dicho cuerpo legal; mas ello es intrascendente y se indica sólo «obiter dicta». Los dos motivos, en efecto, no parten de consideraciones jurídicas sobre inexistencia en la ocasión histórica de autos de los tipos penales aplicados en la sentencia recurrida, sino que parten de su ocurrencia, proyectándose en los dos a un tema muy concreto cual el de ausencia de participación en los mismos de los recurrentes; por ello deben analizarse en forma común.

Cuarto. El tema impugnativo es importantísimo y de acuciante contemporaneidad, por lo que debe analizarse con sumo cuidado. La perspectiva, sin la cual no puede verificarse el balance final, no puede ser otra que la derivable de las premisas siguientes:

1.º El delito con sujeto activo colectivo o masa (la categoría no es exclusiva del sujeto pasivo en la forma normativamente regulada en el art. 69 bis del Código penal) alcanza distintas gradaciones representables: desde la denominada en el área criminológica «pareja criminal», en la que uno de los componentes operaría sugestivamente sobre el otro hasta la efectuada a través de la impropriadamente denominada «muchedumbre delincuyente», que trata de conectar la responsabilidad criminal de los individuos integrados a la muchedumbre. Se ha tratado de caracterizar clásicamente —aunque los datos de aproximación provengan de las escuelas positivista y sociológica— el fenómeno en una primera aproximación partiendo del dato, por lo demás correcto, de que la muchedumbre es un agregado de seres humanos heterogéneos en tanto compuesto de individuos de todas las condiciones sociales, de todos los grados de moralidad y cultura, e inorgánico por excelencia, porque «*se forma sin previo acuerdo, súbitamente y de improviso*». Mucho más modernamente, la Sociología —y así lo recuerda la sentencia de esta Sala de 12 de mayo de 1986— en los grupos revolucionarios cabe detectar siempre diacrónicamente un primer estadio denominado como «salto» o serialidad inerte que se produce de forma instantánea; pasa por un momento intermedio determinado por la formación del «grupo», en el que éste se estructura pero sin abandonar por ello esa primera impulsividad, y finalmente se llega al culmen derivado del resultado de la organización y «organismo». Se está así en presencia de notas en manera alguna desaprovechables en otras áreas, pero no utilizables en el campo de la legalidad jurídico-penal.

2.º Mucho más importante desde el prisma jurídico-penal es partir de *la distinción entre delitos cometidos dentro de la muchedumbre y delitos cometidos por la muchedumbre*. No se trata evidentemente de un juego de vocablos, pues

ello sería incompatible con la certeza jurídica garantizada entre otros preceptos por el artículo 9.3 de la Constitución. La deseable precisión en el lenguaje puede, sin embargo, conducir desde ella a una conclusión satisfactoria. Y así, *no se trata de un tema de culpabilidad o de reprochabilidad, sino de comprobación de existencia del comportamiento típico*. Extender a los sujetos individuales presentes en el grupo dentro del que se comete el delito, la sanción conminada al mismo por la norma sería algo sideralmente distante de las indicadas exigencias. Contrariamente, de lo que se trata es de fijar si tal comportamiento fue realizado por el procesador activamente o por omisión, pues tal determinación es la primera exigencia dentro de la tipicidad.

Quinto. Despejado así el espacio a analizar, la respuesta positiva en orden a la desestimación de los dos indicados motivos de fondo fluye sin dificultad alguna. La reciente sentencia de esta Sala de 9 de junio de 1989, como otras anteriores dictadas para supuestos similares, recuerda que *«una cosa es la realización del comportamiento típico y otra, no necesariamente identificable con ella, la ejecución material de los actos objetivos normativamente descritos»*. En una acción pluralmente ejecutada es conforme a las normas de la experiencia que todos no puedan materialmente efectuarla. Resulta así preciso un reparto de roles en la ejecución del hecho tipificado como delito, pero la no aportación estrictamente material al comportamiento común no excluye la coparticipación en la acción, que en definitiva será no suma, sino producto. Que el sujeto colectivo realice actos previos de planificación consistentes en el ocupación del barco; que penetren en él y exijan a los pasajeros de la trayectoria regular que lo abandonen; que emprendan una singladura distinta a aquella mediante conminación; que detengan al mismo en su trayectoria para difundir propaganda de sus finalidades, que eludan la persecución por barcos de la Armada y todos los demás hechos incólumes en la narración; absorbe obviamente en la tipificación el dato instrumental de unos miembros del grupo previamente enmascarados realizasen materialmente el acto instrumental de privar de la libertad deambulatoria a los miembros de la tripulación. No porque se esté en presencia de un tipo cualificado por el resultado, ni siquiera por extensivas referencias a un dolo eventual, sino por la existencia de un «prius»: aun sin realizarlo material y directamente, *todos los intervinientes está alterando la paz pública y todos también están actuando en la detención ilegal*. Sin la presencia masiva del grupo, tales delitos no hubieran podido cometerse y por ello su incardinación, más que en el ámbito del artículo 14.3.º del Código penal ha de residenciarse en el numeral 1.º de dicho precepto. Debe, pues, desestimarse el recurso.

ARTICULO 22. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. MIEMBROS DE LA GUARDIA CIVIL

(STS de 20 de abril de 1990. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Primero. Con apoyo procesal en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega infracción por aplicación indebida del artículo 22 del Código penal en relación con el artículo 4.4 de la Ley 55/1987, de 4 de diciembre y la doctrina jurisprudencial que se cita de esta Sala.

Se razona que tratándose de hechos delictivos que se estiman cometidos por tres miembros de la Guardia Civil, este proceder excede de las atribuciones y de las funciones que son propias del citado Instituto habiendo actuado, se dice, fuera de la función o relación de dependencia con el Estado y en contra de la prohibición expresa de éste, circunstancia, señala el Abogado del Estado, que excluye la responsabilidad subsidiaria establecida por el Tribunal de Instancia, destacando también que resulta inaplicable de todo punto la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, al haberse promulgado con posterioridad a los hechos determinantes de la infracción que ahora se juzga.

El motivo ha de rechazarse. La jurisprudencia extensa y constante de esta Sala excusan que en este momento el razonamiento haya de ser pormenorizado y detallado dada la remisión que puede y debe hacerse a la doctrina constante y reiterada. El delito nunca forma parte de los fines del Estado, por naturaleza, y, por regla general, de la mayor parte de las personas jurídicas o morales. Nunca podría nacer, en consecuencia, la responsabilidad subsidiaria a la que se refiere este artículo 22 del Código penal.

Lo que la Ley quiere es que, en aquellos supuestos en que se da una relación de dependencia o servicio en cuyo desarrollo se produce una infracción penal —dolosa o culposa—, responda el ente para el cual actuaban los responsables penales directo, sin otra exigencia que la dependencia, entendida en un sentido amplio y muy general, esté o no presente una negligencia de la Institución o una deficiencia estructural de la misma (V. art. 1.092 y concordantes del Código penal, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Se trata, en definitiva, de una efectiva realización del principio de seguridad jurídica incorporado al Derecho penal, pero con criterios jurídico-privatísticos. En este sentido la sentencia de 24 de julio de 1989, entre otras muchas.

ARTICULOS 65 BIS Y 529.7.º Y 8.º CONCURSO DE LEYES. ESPECIALIDAD

(STS de 23 de marzo de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Primero. El único motivo del presente recurso plantea de nuevo el interesante problema del concurso de leyes entre las disposiciones finales del párrafo primero del artículo 69 bis del Código penal y las agravantes específicas 7.ª y 8.ª del artículo 529 del Código penal, si se quiere respetar el principio «non bis in idem». La Audiencia Provincial condenó al ahora recurrente como autor responsable de, entre otros delitos, una apropiación indebida en el subtipo agravado según aquellas previsiones específicas, pero se abstuvo de examinar —o al menos, de exponer— aquellas relaciones y razonar su conclusión. La verdad es que, como señala la doctrina, las referencias del artículo 69 bis a la «notoria gravedad» del hecho y a la «generalidad» de perjudicados coinciden sustancial y respectivamente con la «especial gravedad» y los «múltiples perjudicados» de las citadas agravantes 7.ª y 8.ª del artículo 529, aplicables, como es sabido, tanto a la estafa como a la apropiación indebida. Esta es también la posición jurisprudencial — con la quizá única clara excepción de la sentencia de 15 de junio de 1988— y ello se debe, precisamente, a que el planteamiento del Tribunal Supremo se haya

enmarcado en el concurso de leyes, y la solución aceptada responda al criterio de la especialidad, favorable en nuestro caso al artículo 529 (sentencias de 26 de enero de 1986, y 27 de mayo y 12 de noviembre de 1987, por citar sólo algunos ejemplos). Ya en el Pleno de nuestro Parlamento se advirtió que la agravante 8.ª —la 7.ª pasó sin enmienda alguna— era redundante, pero tal objeción no tuvo éxito. El resultado ha sido que, como alguna vez se ha indicado, estos delitos de estafa y apropiación indebida acaban beneficiados, aunque no parezca haber sido esa la idea del legislador.

ARTICULO 280. FALSIFICACION DE MARCAS. DOCTRINA GENERAL. NUMERO DE BASTIDOR

(STS de 15 de marzo de 1990. Pte. Sr. Soto Nieto)

Segundo. Suele señalarse como *bien jurídico protegido en el delito tipificado en el artículo 280 del Código penal* no sólo los derechos de la propiedad industrial sino también la seguridad y claridad que debe presidir los intereses del mercado. Intereses, éstos últimos, que se cifran doblemente en los correspondientes a las empresas y establecimientos industriales y comerciales, y en los afectantes a los particulares consumidores, inclinados preferencialmente a la adquisición o bienes de determinada procedencia. En definitiva se propicia la protección del tráfico jurídico, de índole colectiva y cariz público ante el peligro que tales falsificaciones entrañan y la inseguridad que son susceptibles de generar en el mercado (cfr. sentencias de 20 de marzo y 24 de abril de 1980, 14 de febrero de 1983 y 29 de enero de 1987). Los términos marcas y contraseñas utilizados por el artículo 280 del Código penal no lo son con significación unívoca ni con fidelidad al puro tecnicismo con que figuran en la legislación sobre propiedad industrial (cfr. arts. 118 y siguientes del Texto refundido sobre Propiedad Industrial de 30 de abril de 1930 y Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas), al prevalecer conceptos más amplios que los imperantes en antedicha legislación. *En la generalidad de los vocablos empleados en el artículo 280 del Código sustantivo penal caben todas las marcas reales* y, por lo mismo, además de las de procedencia, las marcas de identidad; desde las más genéricas, indicativas —con referencia a los vehículos de motor— del número o serie a que corresponde, hasta las muy concretas de individualización de cada objeto que lo singularizan y distinguen de los demás, incluso de la misma procedencia y modelo. Entre las últimas, y conceptuadas como afectantes a elementos principales, hay que señalar la numeración grabada o troquelada en el motor o bastidor, con trascendencia en las relaciones de derecho público, especialmente fiscal o administrativo, y en las relaciones de derecho privado. Automóviles y ciclomotores precisan para su identificación llevar las marcas de construcción previstas en los artículos 132 y 237 del Código de la Circulación, entre ellas, en el bastidor o en la estructura autoportante y en lugar visible y fácilmente accesible el número de fabricación y referencia del constructor, que deberá ir grabado o troquelado. La propia Ley de hipoteca mobiliaria exige que en la escritura de hipoteca se consigne, respecto de los vehículos de motor, el número del motor y del bastidor (art. 35, tercera, de la Ley de 16 de diciembre de 1954).

Tercero. Con base en las consideraciones precedentes, la jurisprudencia ha sido reiterada en el reconocimiento de que *la falsificación del número de bastidor, generalmente merced a la sustitución del genuino por otro distinto, integra el delito a que da albergue el artículo 280 del Código penal*. Así, entre otras, sentencias de 6 de octubre de 1972, 3 de noviembre de 1980, 21 de diciembre de 1982, 29 de enero y 5 de mayo de 1987; y ello tanto con referencia a automóviles como a ciclomotores, cual ponen de relieve las sentencias de 24 de abril y 11 de noviembre de 1980. En consecuencia, el motivo del recurso ha de ser desestimado.

ARTICULOS 302 Y 303. RELACIONES MUTUAS. AUTORIA DE UN PARTICULAR

(STS de 22 de marzo de 1990. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Unico. *La referencia del artículo 303 del Código penal a «las falsedades designadas en el artículo anterior» suscita la cuestión de si todas las modalidades enumeradas en el artículo 302 puede ser cometidas por un particular y, en especial —por ser tema concerniente al recurso—, si puede motivar la aplicación de aquel artículo la simulación de documento descrita en el número 9.º*

Cierto sector doctrinal y algunos fallos jurisprudenciales se han pronunciado en sentido aserverativo, pero la remisión legal —indiferenciada— a todas las modalidades del artículo 302 no supone, según otro autorizado criterio doctrinal, que el particular esté en situación de cometer todas y cada una de las modalidades previstas, y en particular cuando la simulación no recae «en un» documento público, oficial o mercantil (art. 302 n.º 9 del Código).

Este argumento se utiliza —subsidiariamente— por el recurrente en el motivo único de casación, sin más apoyo que el aludido criterio doctrinal, enfrentado con la doctrina inconclusa de este Tribunal que admite esta modalidad falsaria dentro del tipo del artículo 303 del Código («ad exemplum», sentencias de 24 de junio de 1950, 12 de marzo de 1962, 7 de octubre de 1972, 30 de diciembre de 1981 y 3 de junio de 1982), y que es inevitable aplicar al *certificado absolutamente apócrifo* expedido por el Secretario del Instituto de Bachillerato, en el que se hacía constar que la interesada tenía cursados y aprobados seis años de Bachillerato y el Curso de Orientación Universitaria, así como abonados los derechos para la expedición del título de Bachiller Superior, documento al que había cooperado la acusada facilitando sus datos de identidad y demás pertinentes y del que hizo uso presentándole en la Dirección General de Tráfico para obtener el certificado de aptitud para ejercer como Directora en escuelas particulares de conductores; en definitiva, *la colaboración directa y decisiva a la creación del documento falso —inducido y pagado por la acusada— y el uso del mismo ante un organismo público incorporándose a un expediente administrativo —documento oficial por destino, por todas, vid., sentencia de 8 de julio de 1988— provocó o determinó el explicable error de considerarle oficial y legítimo, quedando de esta suerte justificada la subsunción del hecho en el artículo 303 del Código*.

Está correctamente razonada, como primer argumento del recurso, la aplicación indebida del número 6.º del artículo 302 por la sentencia recurrida, porque este número presupone o requiere la existencia de un documento «verdadero»

en el que se lleva a cabo la alteración que cambia substancialmente su sentido; sin embargo, *carece de trascendencia el cambio o mutación de la incriminación dentro de los números del artículo 302*, ya que no se altera la unidad del objeto normativo ni la conceptualización penal del hecho, y la aplicación de distinto número del artículo 302 como elemento tipificador no infringe el principio acusatorio, según sentencias de esta Sala de 12 de febrero de 1988 y 11 de diciembre de 1989. Procede la desestimación del recurso.

ARTICULO 325 BIS. COACCIONES RELACIONADAS CON LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. DOCTRINA GENERAL

(STS de 12 de febrero de 1990. Pte. Sr. Puerta Luis)

El artículo 325 bis del Código penal —comprendido en el Título IV del Libro II del Código penal, entre los delitos «contra la Administración de Justicia»— castiga al que con violencia o intimidación «intentare» que un denunciante o parte, perito, intérprete o testigo en un procedimiento, se retracte de su denuncia, desista de la acción o deje de prestar su declaración, informe o traducción, o las preste desviadamente.

Como pone de manifiesto la doctrina, el delito transcrito constituye una *infracción tendencial o de «mera actividad»*, que se perfecciona con el solo intento —violento o intimidatorio— de que cualquiera de las personas que se mencionan (denunciante, perito, intérprete o testigo) realice cualquiera de las conductas descritas (entre ellas, dejar de prestar declaración o hacerlo desviadamente).

Según tiene declarado esta Sala, la «intimidación» a que hace expresa mención el precepto penal citado debe entenderse en sentido amplio y omnicompreensivo (vid., sentencia de 23 de julio de 1988). El delito, en suma, *se consuma, con independencia del resultado que se produzca*, en cuanto que —con violencia o intimidación— se realiza la acción típica descrita por el verbo nuclear del tipo, o sea, en cuanto se «intenta» que un denunciante, o parte, perito, intérprete o testigo en un procedimiento, se retracte de su denuncia, desista de la acción o deje de prestar su declaración, informe o traducción, o las preste desviadamente, como puso de relieve la sentencia de 21 de diciembre de 1988.

ARTICULO 325 BIS. COACCIONES RELACIONADAS CON LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. REQUISITOS. SUJETOS PASIVOS

(STS de 1 de febrero de 1990. Pte. Sr. Carrero Ramos)

Sexto. El artículo 325 bis fue introducido en el Código penal por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio y vino a satisfacer una necesidad de la realidad social saliendo al paso de unas prácticas de frecuencia creciente sobre todo —pero no exclusivamente—, en el campo de los procesos penales, en que por el ejercicio de actos intimidatorios, coercitivos o abiertamente violentos se «disuadía» a las víctimas y testigos de cargo de actuar para suministrar a la justicia elementos de juicio.

No ofrece dudas el precepto, en sus dos párrafos, en cuanto a los actos tipificados ni en cuanto a su finalidad protectora que es doble para la integridad, seguridad y libertad de los sujetos pasivos y para su cooperación a la eficacia de la acción judicial (en sus dos significaciones jurídica y pragmática); es por este último bien jurídico protegido por lo que el precepto encaja en el Título IV de los delitos contra la Administración de Justicia, en vez de aparecer, con los que afectan a la seguridad y libertad (Título XII).

Se garantiza así el derecho dispositivo sobre la acción procesal reconocida por la Ley y libertad de expresión de testimonio y opiniones en el proceso para aportar actividad probatoria en favor de una u otra parte a disposición del Tribunal para enjuiciar los hechos objeto de la litis. Garantía que asegure la indemnidad de quienes así usan de su derecho y ayudan a la justicia.

Los *elementos del tipo penal del párrafo 1.º son*: a) el objetivo de la acción delictiva que consiste en el empleo de violencia (*vis physica*) o intimidación (*vis compulsiva*) sobre el sujeto pasivo; es delito que requiere pues acción y por ser de simple actividad es independiente del resultado; es más, el tipo emplea el verbo «intentare» lo que absorbe la forma imperfecta (citemos la sentencia de 9 de mayo de 1986, apoyo de este criterio).

b) El sujeto pasivo ha de reunir el carácter o rol procesal de los que enumera el precepto punitivo; por estar siempre relacionado con intervención en diligencias procesales resulta un delito derivado de la existencia de un procedimiento judicial o de actuaciones preparatorias del mismo. Como el tema debatido en los recursos es precisamente el de la inclusión de este elemento le dedicaremos atención especial después.

c) El elemento subjetivo intencional que exige un requisito teleológico específico: el ánimo tendencial a coartar la intervención procesal del sujeto pasivo impidiéndola o desviándola. No cabe la forma culposa.

En cuanto al párrafo segundo, coincide con el anterior en el carácter del sujeto pasivo y en cuanto a la motivación relacionada con actuaciones procesales, pero el «animus» ya no es la coerción sino la represalia, un «animus vindicandi» contra un hecho legítimo; la acción admite todas las formas de violencia —ya superadas las intimidativas—, contra la vida, integridad, libertad, seguridad e incluso los bienes del represaliado; esta multiplicidad de acciones posible puede dar lugar a la consumación de delitos previstos en otros preceptos penales y por eso la punición de este subtipo es residual, sólo si el hecho no fuere constitutivo de otro delito más grave, convirtiéndose en agravación específica en otro caso.

Examinados los hechos de autos de los que proceden los recursos, podrían encajar en ambos párrafos. La agresión responde (así lo reconoce incluso el procesado) a la actuación del procurador agredido en juicios civiles y ejecutivos contra bienes del agresor, deudor en aquéllos y ahora procesado recurrente, así obedece a motivación de represalia por actuaciones anteriores.

Pero no se excluiría «a priori» una posible finalidad disuasoria de seguir esas actuaciones, puesto que la ejecución se hallaba aún en trámite de embargo, por lo que no es convincente la alegación de este recurrente impugnando que pueda aplicarse esta figura delictiva cuando ya han tenido lugar las diligencias judiciales de referencia. Pero aun aceptando tal razonamiento subsistiría la figura del segundo párrafo.

Y a esta última nos inclinamos, pues del conjunto de la conducta externa

del agente descrita en los hechos es lo que más vehementemente se infiere y lo confirman sus palabras allí y luego sus declaraciones.

En síntesis, concurren los elementos del tipo. Pero como tanto la fundamentación de la sentencia, como los tres recursos giran casi exclusivamente en torno al problema de si el sujeto pasivo, Procurador de los Tribunales, está o no incluido entre los protegidos por el artículo 325 bis, debemos analizar aparte esta cualificación funcional.

Séptimo. *Enumera el artículo una serie de colaboradores de la justicia, ajenos al aparato orgánico de su Administración* (éstos están protegidos en los Capítulos VI y VIII del Título II del Libro II, en relación con el artículo 119, en su caso, y con las respectivas normas corporativas).

Todos ellos tienen reconocido su derecho e incluso definidos sus deberes en las Leyes procesales. Es decir, que su actuación es legítima y sujeta a responsabilidad si se desviara (denuncia falsa, falso testimonio, etc.). En esa enumeración, el rol que se ha discutido en este proceso es el de «parte» (en un procedimiento judicial, naturalmente) y, concretamente, si tal término puede cubrir o no al Procurador. Desde luego, debemos descartar «a priori» que este precepto suponga ningún privilegio personal (insinuación de la Defensa); se trata a todas luces de una protección jurídica de finalidad funcional, que puede cubrir a cualquier ciudadano y que interesa a la justicia y a las garantías del Estado de derecho.

El concepto de parte así enunciado en abstracto y como término diferencial, de un lado, del denunciante (si no se mostrara luego como parte personada en juicio) y, de otro, de los auxiliares probatorios (peritos, intérpretes) y de los simples testigos. Así empleado en este contexto protector de las personas que intervienen en el proceso y cooperan con la justicia, tiene que incluir a todo aquel que actúa, directamente o por representación en el juicio y tanto al interesado como a sus representantes legales, estatutarios, y apoderados; y están incluidos ahí también los inculpados y sus representantes, postuladores y defensores (como lo están sus testigos de descargo); es indiferente que sea parte actora o parte demandada o acusada, responsable civil, etc.; se trata de interés común a todos y de protección para todos necesaria. No se trata, pues, sólo del concepto de «parte» en el sentido de titular del derecho subjetivo material.

Sería absurdo que se excluyera a los gestores legales o estatutarios de una entidad pública o privada so pretexto que es ésta el titular de los derechos («parte» en ese sentido restringido de sufrir las consecuencias del litigio) y si es así, igualmente absurdo lo sería el no incluir a todo apoderado tanto de personas jurídicas como de las físicas, como proteger a un menor titular de los derechos en litigio y dejar impropetido al padre o tutor que actúa en su nombre, etc.

Como parte es el Abogado del Estado, que por función legal le representa en juicio.

Si se conviene, consecuentemente, que un representante o mandatario apoderado puede ser parte en un pleito en nombre de otro o de una entidad, no podemos discutir la inclusión en ese término de un apoderado que ostenta poder específico para representar plenamente en pleitos de cualquier carácter y que, en la mayor parte de los casos, lo hace por exigencia de la Ley como único interlocutor válido con los Tribunales (art. 438 de la Ley Orgánica 6/85 del Poder Judicial, arts. 3.º, 4.º y 6.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 118, 277, 651 y 874 de la Criminal, por ceñirnos a los fundamentales, remitiéndonos, por no alargar-

nos más, a la enumeración de una treintena de artículos de esta última Ley que cita el Ministerio Fiscal en su recurso). Y claro está que si hay procesos en que la Ley releva de la postulación por Procurador pudiendo asumir la representación el Abogado, no puede por menos de extenderse a éste todo lo dicho por aquél (sin contar que, aun actuando sólo como Letrado, también concurrirían razones para incluirlo en la protección penal, aunque en este caso sólo nos interese la figura que está en cuestión; «ubi est eadem ratio, ibi esse debet eadem dispositio»). Improtegido quedaría el interés del cliente si lo está su representante legal.

ARTICULO 337. REALIZACION ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO. REQUISITOS

(STS de 16 de febrero de 1990. Pte. Sr. Soto Nieto)

Cuarto. En el delito de *realización arbitraria del propio derecho* se exige que el sujeto activo sea un «acreedor» que trata de hacerse pago, merced al apoderamiento —violento o intimidatorio— de una cosa perteneciente a «su deudor», lo que lleva a considerar la «relación jurídica obligacional» intersubjetiva como elemento integrante del tipo. Ha de preceder a la acción una relación jurídica entre el agente y la persona afectada por su reprochable proceder, resultando esta última formalmente deudora del primero; relación de la que dimana un crédito real, lícito, vencido y exigible, cuyo crédito se trata de satisfacer con el apoderamiento violento de la cosa (cfr., entre otras, las sentencias de 30 de septiembre y 25 de noviembre de 1985). El rigor en la constancia del requisito referido no puede palidecer ni minorarse, si se piensa en el benigno trato penológico que el artículo 337 del Código penal dispensa al infractor, a salvo, naturalmente, y en razón a la pluriofensividad del delito, las responsabilidades contraídas por el sujeto en función de la lesión originada a otros bienes jurídicos.

Mal puede subsumirse la conducta del recurrente en las previsiones del tipo del artículo 337, al proceder aquél contra uno de los socios de la entidad supuestamente deudora, cuando la responsabilidad vendría contraída por la misma, máxima si, además, el crédito no era ostentado personalmente por el procesador sino por otra sociedad en la que estaba integrado como socio, cual se reconoce en el propio escrito del recurso. La conducta del inculpado aún aparece más injustificada si obró reivindicando, además de derechos que se atribuía, los correspondientes a otros presuntos acreedores, sin constancia de una encomienda efectiva de los mismos. Y, desde luego, sube de grado, en su improcedencia, si se trató de obtener un plus dinerario al objeto de retribuir a los otros coprocesados por su coadyuvencia en la efectivización de los planes propuestos. El motivo merece, pues, su desestimación.

ARTICULO 337. REALIZACION ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO. REQUISITOS

(STS de 12 de febrero de 1990. Pte. Sr. García Ancos)

Cuarto. Además, e independientemente de lo hasta aquí brevemente razonado, esos dos motivos de tratamiento unitario, deben ser rechazados por las si-

güentes razones: a) El delito tipificado en el artículo 337, dadas sus propias características, debe ser considerado como un delito muy exponencial en cuanto supone una especie de «enquistamiento» no muy lógico con los delitos atentatorios a la propiedad y que necesita, por ende, un tratamiento interpretativo de carácter más bien restrictivo, pues lo contrario sería tanto como proporcionar «patente de corso» a cualquier acreedor para cometer delitos más gravemente sancionados, con la simple alegación de que su intención al cometerlos era únicamente hacer cobro de la deuda.

b) Esta interpretación restrictiva se hace aún más lógica si tenemos en cuenta que el tan repetido delito sólo puede ser cometido cuando se emplee violencia o intimidación en las personas, excluyendo paradójicamente la posible dialéctica que podría entablarse entre su comisión y la existencia de un delito de robo con fuerza en las cosas e, incluso, de un simple delito de hurto.

c) Y es que la necesidad de que se cumpla el requisito de acción violenta o intimidatoria lo que nos está poniendo de manifiesto es que el cobro de la deuda que se pretende, para poder ser encuadrado en ese precepto (art. 337), necesita de un previo requerimiento directo y personal hecho al presunto deudor aunque después devenga en violento, sin que sea posible su comisión (como ocurrió en el presente caso) utilizando medios o formas alejados de ese requerimiento previo y personal.

d) También, finalmente, hay que tener en cuenta, en orden a desestimar esta pretensión, que es muy difícil (por no decir imposible) encajar en esa figura delictiva unos hechos que no muestran la gran diferencia cuantitativa existente entre el valor de la presunta deuda y el «quantum» monetario de lo sustraído, pues aunque la jurisprudencia de este Tribunal no ha sido muy clarificadora en este punto concreto, no cabe olvidar que, por ejemplo, la sentencia de 15 de marzo de 1988 exige una correlación, aunque sólo sea aproximada, entre la prestación debida y la valoración que pericialmente se haga de los bienes sustraídos, pertenecientes al deudor.

ARTICULO 344.2.º TRAFICO DE DROGAS. DIFUSION EN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO

(STS de 27 de febrero de 1990. Pte. Sr. Barbero Santos)

Unico. El recurso se interpone por el Ministerio Fiscal y por un sólo motivo, por infracción de Ley, con apoyo en el n.º 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no aplicación del párrafo 2.º, en relación con el párrafo 1.º, del artículo 344 del Código penal.

Sus alegaciones son las siguientes: 1) La introducción de droga en un establecimiento penitenciario crea el riesgo de su reparto, es decir, de su difusión, lo que no se oculta al introductor; 2) el verbo difundir ha de interpretarse unido a los verbos «promover, favorecer o facilitar» el consumo ilegal de drogas, a través de las formas comisivas que se concretan, una de las cuales, el tráfico, se extiende a la donación, por lo que el subtipo agravado se perfecciona por la mera introducción de droga en el establecimiento penitenciario; 3) no es esen-

cial la difusión material, ya que no es verosímil que el introductor, generalmente persona ajena al establecimiento, sea también distribuidor, si se exigiese la difusión, la agravación sólo podría extenderse a los receptores de droga que después la difunden en el establecimiento, solución que parece contraria a la finalidad perseguida por la agravación; 4) lo protegido por la norma es el lugar en que la acción se realiza, dada la pluralidad de personas destinatarias de la droga que allí existe, por lo que la introducción, al crear un riesgo evidente, debe desencadenar la aplicación de la agravante con independencia de que se haya producido o no la acción de difusión. En apoyo de su parecer se cita, en particular, una sentencia de esta Sala, de 15 de noviembre de 1985, que mantenía la doctrina de que «la introducción de la droga en la cárcel supone difusión en la misma».

Por la vía elegida el recurrente está obligado al respeto escrupuloso del hecho probado. El cual es terminante al respecto: los 2,48 gramos de hachis estaban destinados al «exclusivo y propio consumo» del sobrino de la procesada. Y éste —según se añade en el fundamento jurídico primero al explicar el Juzgador de Instancia de forma razonada y cumplida por qué no era de apreciar la agravación solicitada por el Ministerio Público—, era drogadicto. Es decir, que la anciana tía del interno destinaba la droga al solo consumo de su sobrino, y que no era dable imputarle una ulterior eventual propagación, lo deduce la Audiencia tanto de la escasa cantidad de droga que la procesada pretendía introducir, como de la condición de drogadicto del destinatario, siendo evidente que dos gramos y medio de hachis es una cantidad que un adicto puede consumir en un período inferior a tres o cuatro días. El que éste no estaba en connivencia con la procesada para la difusión de esa escasa cantidad de droga en la prisión lo reconoce, implícitamente, el propio Ministerio Fiscal al haber centrado la acusación de forma exclusiva en la tía, como de forma aguda subraya el Juzgador de Instancia en el fundamento jurídico primero ya citado. Dado el hecho probado, la droga que la tía —«por una equivocada interpretación del cariño familiar»— introdujo en unas naranjas, no era susceptible de ser difundida en la representación de su autora, mujer sin instrucción y sin antecedentes penales, por lo que no se le puede imputar tal agravación.

Pero es que, incluso, desde el plano objetivo no se dan el absoluto los presupuestos que el legislador requiere para la apreciación del tipo agravado. Y por dos razones: primera, porque la escasa cantidad de droga aprehendida no la hace susceptible de propagar, de multiplicar sus efectos, que eso es difundir, según la interpretación popular y gramatical del término; segunda, porque la agravación se estructura no como delito de peligro, o de resultado cortado, sino de resultado. El legislador terminantemente exige para imponer las penas superiores en grado que las drogas «se difundan», o sea, se propaguen en establecimientos penitenciarios. Convertir una conducta de resultado en una conducta de peligro, o con otras palabras, en una conducta de consumación anticipada viola frontalmente el principio de legalidad, va contra lo preceptuado por la norma. Cuando el legislador ha pretendido estructurar la agravación como de peligro lo ha hecho V. gr., basta para que ésta opere, que el culpable pertenezca a una organización que tenga por finalidad perfeccionar el tipo agravado aunque la propagación de la droga no se haya efectuado.

Al difundirse la droga en la prisión, no existe dificultad técnica alguna en considerar autor del tipo agravado —al menos con el carácter de cooperador

necesario— al introductor de la droga que actúe en connivencia con el interno difusor.

Lo tutelado por la norma agravatoria no es el lugar en que la droga se difunde, sino los reclusos en el establecimiento penitenciario, como el propio recurrente reconoce en la generalidad de sus alegaciones, y subraya en la última de nuevo al pretender convertir un tipo agravado de resultado en una figura de riesgo o peligro por «la pluralidad de personas posibles destinatarias de la droga que allí existe».

ARTICULO 396. MALVERSACION. MODALIDADES. REQUISITOS COMUNES. DIFERENCIAS

(STS de 12 de enero de 1990. Pte. Sr. Moner Muñoz)

A) Los diversos tipos legales de malversación propia de caudales públicos, ofrecen como nota común a todos ellos, la afección general a los intereses patrimoniales del Estado, o de los demás entes públicos al patrimonio público, quebrantándose en aquéllos, el deber de fidelidad o lealtad del funcionario respecto a la Administración de la que depende.

Como requisitos integrantes de la figura de malversación propia acogida en el artículo 396 del Código penal, pueden precisarse los siguientes: a) el elemento subjetivo determinado por la cualidad de funcionario público del sujeto activo, conforme al artículo 119 del propio Código punitivo; b) elemento objetivo, que se concreta en una realidad dispositiva de los caudales o efectos, que quiere decir poder del funcionario sobre el destino de los bienes, ya sea de hecho o de derecho, con tal de que en este último supuesto, en aplicación de sus facultades competenciales, pueda convertir la primitiva potestad de control o custodia en una efectiva disponibilidad material; c) los caudales o efectos han de gozar de la consideración de públicos, los cuales cobran tal naturaleza tanto cuando de un modo efectivo pasan a incorporarse al erario público, como cuando percibidos por el funcionario surge en el ente el derecho a su entrega e ingreso en el patrimonio estatal o municipal; d) una conducta típica consistente en aplicar a usos propios o ajenos dichos caudales, de tal forma que se empleen estos bienes para un fin distinto del que tenían originariamente asignados. Aplicar en este caso, dice la sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 1962, significa un uso transitorio de carácter tan sencillo como el de la persona que teniendo a su cargo caudales públicos, los invierte en satisfacer temporalmente necesidades propias o ajenas. Lo peculiar, pues, de este tipo estriba en la falta de ánimo de apropiación por parte del funcionario. Es reiterada la jurisprudencia —cfr. sentencias de 13 de abril y 19 de noviembre de 1981, y 30 de diciembre de 1985—, de esta Sala que establece las diferencias entre el tipo delictivo del artículo 394 y el del 396, en que, en el primero, se requiere la concurrencia de «animus rem sibi habendi», o intención de apoderamiento definitivo, mientras que en el segundo, falta la concurrencia del factor finalista de la malversación propia, como es el ánimo de lucro y la apropiación definitiva, y el que el apoderamiento ha de ser de mero uso, por desvío indebido de los fondos, intención que la propia Ley presume en beneficio del reo, cuando el reintegro se realice dentro de los diez días

siguientes al de la incoación del Sumario, mientras que su no devolución, determina la imposición de las penas del artículo 394, por estimarse entonces que falta la voluntad de devolución, y si concurre la de apropiación.

Cuestión de especial relieve, es la referente a si la tenencia de los caudales, por parte del funcionario ha de provenir de una competencia específica por razón del ámbito de sus funciones atribuidas, o si es suficiente que aquéllos se hallen a disposición del funcionario en atención a sus atribuciones generales, habiéndose producido la entrega como incidencia y en relación con el ejercicio de la función pública. Aun cuando existe alguna resolución discordante, es doctrina reiterada de esta Sala —cfr. sentencias de 17 de enero de 1966, 23 de diciembre de 1967, 20 de octubre de 1970 y 26 de junio de 1989—, la de que no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezcan o al servicio al que figure adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público.

Las últimas de las resoluciones citadas, comprenden en el tipo de la malversación, aquellos caudales que el funcionario poseyere de hecho, aunque no se le estuviese atribuido de derecho la custodia, pues la ostentaba en virtud de sus funciones generales, por resultar suficiente el que fuera un mero servidor de la posesión oficial, *siendo bastante que el funcionario que ejerce un servicio y detente unos bienes públicos, abuse de la confianza en él depositada y deje indefenso al organismo.*

ARTICULO 429.1.º VIOLACION. INTENSIDAD DE LA FUERZA O INTIMIDACION

(STS de 21 de marzo de 1990. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Segundo. La jurisprudencia de esta Sala viene también matizando los elementos de fuerza o intimidación que caracterizan a la violación denominada propia que describe el número 1.º del artículo 429 del Código penal —cfr. sentencias de 21 marzo y 6 de abril de 1998, y 19 y 27 de octubre de 1988—, en el sentido de que ni la fuerza física desatada contra la mujer para vencer su resistencia es preciso que alcance un grado tal de irresistibilidad que haga totalmente imposible cualquier oposición a los actos del sujeto activo, ni la intimidación ha de entenderse de un modo tan radical que suponga una violencia moral generadora de una invencible inhibición psíquica, bastando con que la resistencia sea real, decidida y de suficiente entidad, mientras no adquiere el racional convencimiento de la inutilidad del empeño o del riesgo de un mal superior, lo que implica una actitud tan alejada de la negativa u oposición meramente formal —«vis grata puella»— como de una resistencia desesperada o heroica, ponderando el Tribunal, para decidir con acierto, las posibilidades físicas o materiales y la presencia de ánimo, entereza y demás factores psicológicos que condicionan la capacidad de resistir.

ARTICULO 452 BIS D) 1.º DELITO RELATIVO A LA PROSTITUCION. TERCERA LOCATIVA. EL ENCARGADO

(STS de 12 de marzo de 1990. Pte. Sr. Puerta Luis)

Aunque debe reconocerse que no es unánime el parecer de la doctrina sobre la cuestión aquí planteada, ni tampoco el de la jurisprudencia (vid., sentencia de 15 de diciembre de 1986), es lo cierto que la corriente jurisprudencial mayoritaria mantiene la tesis defendida por la parte recurrente, a partir de la sentencia de 2 de julio de 1980, e incluso con posterioridad a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, en sentencias —entre otras— de 27 de octubre de 1984 y 25 de abril de 1988, al considerar que los redactores de la revisión llevada a cabo en el Código penal en 1963 se excedieron de la autorización conferida por la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961, al introducir en el texto del *artículo 452 bis d).1.º* la figura del «encargado» que sin embargo, no se mencionaba en la base 9.ª de la citada Ley de Bases, por lo cual *la conducta de los «encargados» de los locales a que se refiere el número 1.º del artículo 452 bis d) del Código penal debe ser degradada, a efectos penales, a la inferior servidora del negocio*, a que hace mención el párrafo segundo del precepto citado por respeto a los principios de legalidad, de interpretación estricta de los tipos penales y de jerarquía normativa (vid., arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución y el art. 6.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Procede, en suma, la estimación de este motivo.

ARTICULO 487. ABANDONO DE FAMILIA. PRINCIPIO DE INTERVENCION MINIMA

(STS de 4 de abril de 1990. Pte. Sr. Puerta Luis)

En el desarrollo del motivo, alega la parte concurrente que la conducta descrita en el «factum» de la sentencia recurrida escapa del contenido típico del artículo 487 del Código penal, destacando que el procesado no venía atendiendo económicamente a su mujer, como lo prueba el hecho de que al ausentarse a Madrid la dijese que iba a «buscar trabajo», lo que permite deducir que se encontraba sin él; afirmando, por otra parte, que el incumplimiento de los deberes morales propios de la relación conyugal, «per se», no puede constituir la figura penal descrita en el precepto del Código penal cuya violación se denuncia. Añade, finalmente, la parte concurrente que, ante una situación de separación extrajudicial, no puede ser motivo de inculpación penal el hecho de no haber acudido el procesado a los trámites civiles previstos en el artículo 105 del Código civil, y que, si se apreciara una posible nulidad del matrimonio, por concurrir fraude de Ley, procedería hablar de una tentativa inidónea.

Las consecuencias inherentes al *principio de intervención mínima* —básico en el campo penal—, la obligada interpretación de las normas legales de conformidad con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y la existencia —dentro del campo civil— de unos cauces adecuados para que los interesados puedan resolver —en la medida en que ello es humanamente posible— los problemas derivados de las situaciones de crisis matrimonial, imponen, como lógica

consecuencia, una *aplicación restrictiva o estricta de las normas penales correspondientes, de modo particular del delito de abandono de familia* (vid., art. 3.º 1 del Código civil, arts. 73 y siguientes del mismo Código y las sentencias de 11 de noviembre de 1985, 6 de octubre de 1986, 7 de marzo y 30 de mayo de 1988 y 10 de junio de 1989, entre otras).

Las especiales circunstancias concurrentes en el presente caso, tal como se describen en el relato histórico de la sentencia recurrida, en cuanto el procesado, de nacionalidad siria, y sobre cuya profesión o medios de vida nada se dice en el «factum», logró adquirir la nacionalidad española, mediante las facilidades legales derivadas del hecho de haber contraído matrimonio con una mujer española —la denunciante, sobre cuya profesión o medios de vida nada se dice tampoco— (vid., art. 22.4.º del Código civil), de la que se separó al día siguiente de tener la certeza de la concesión de la nueva nacionalidad; sin que, por otra parte, conste la existencia de descendencia alguna del referido matrimonio o el posible estado de embarazo de la mujer, diseñan una situación o hecho sociológico más propio del ámbito civil que del penal, particularmente en cuanto a la tipicidad penal discutida en el presente recurso (vid., los arts. 6.º 4 —relativo al fraude legal— y 73.1.º del mismo Código —referente a la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento matrimonial— y el art. 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por todo lo cual, es vista la procedencia de desestimar el motivo analizado.

ARTICULO 499. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO

(STS de 15 de marzo de 1990. Pte. Sr. Delgado García)

Tercero. La infracción penal del artículo 499 bis 1 del Código penal exige los elementos siguientes:

1.º El comportamiento delictivo se refiere al ámbito del contrato de trabajo respecto del cual las Leyes y disposiciones administrativas de rango inferior, junto con los convenios colectivos sindicales, determinan, con *el fin de proteger al trabajador*, que es la parte más débil en dicho contrato, una serie de derechos a favor de éste, que quedan excluidos del ámbito de la libre disposición de las partes.

2.º El núcleo de este delito se encuentra en una conducta de imposición de condiciones por parte del empresario y contraria a los trabajadores (o a algunos de ellos), por virtud de la cual se perjudican los derechos antes referidos que reconocen las disposiciones legales y los convenios colectivos.

3.º Tal conducta del empresario, consistente en la imposición de condiciones perjudiciales para los derechos del trabajador, ha de realizarse «usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos», expresión amplia y abierta que *puede comprender cualquier medio comisivo* en el que se utilice la violencia, la amenaza, la coacción, el engaño y otro ardid semejante, o simplemente, lo que sin duda será más frecuente, el abuso que hace quien da el trabajo respecto de la situación de abundancia de mano de obra en una sociedad en la que el paro obrero constituye un grave problema para todos y particularmente para quienes buscan empleo.

4.º De lo antes expuesto se deduce que en este delito el sujeto activo lo es el patrono que da el trabajo y sujeto pasivo el trabajador o trabajadores que lo reciben.

5.º La jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 5 de junio y 29 de septiembre de 1989), fundándose en la expresión «maquinaciones o procedimientos maliciosos», entiende que es necesario un elemento subjetivo del tipo consistente en la intención de perjudicar a los trabajadores, aunque algún sector de la doctrina ha advertido de la dificultad que existe para diferenciar este elemento subjetivo respecto del dolo ordinario consistente en el conocimiento y voluntad referidos al resto de los elementos del tipo antes indicados, habida cuenta de que precisamente uno de esos elementos es el perjuicio a los derechos de los trabajadores, como antes se ha dicho. No obstante, este elemento intencional excluye la posibilidad de comisión de este delito por imprudencia.

Conforme a lo antes expuesto, se advierte que se trata de un *delito de resultado corto*, en cuanto que, para su consumación, se exige que se produzca la efectiva imposición de condiciones perjudiciales para los derechos del trabajador, pero no es necesario un perjuicio real y efectivo, pues basta la realidad de esas condiciones para tal consumación, pudiendo ocurrir que por reclamaciones del sujeto pasivo, o por convenir posteriores, o por otra razón, no llegue a producirse ese perjuicio realmente, lo que sólo afecta a la fase de agotamiento del delito y no a su perfección.

Asimismo se trata de un *delito instantáneo y de efectos permanentes* (sentencia de 1 de febrero de 1989), porque se consume en el momento de la imposición de las referidas condiciones atentatorias a los derechos del trabajador, y, sin embargo, continúa en el tiempo mientras tales condiciones subsisten en la vida de la relación laboral.

ARTICULOS 500 Y 337. CONCEPTO DE ANIMO DE LUCRO

(STS de 16 de marzo de 1990. Pte. Sr. Cotta y Márquez de Prado)

Primero. Conforme lo tiene definido así de una manera constante la jurisprudencia de esta Sala, el ánimo de lucro, que es el elemento principal y más característico de los delitos contra la propiedad, supone «apoderamiento ilegítimo», esto es sin ninguna razón ni motivo legal ni moral que lo justifique, evidenciado por la conducta del culpable, encaminada a conseguir de un modo especial la apropiación de las cosas ajenas sin título alguno para ello ni otro móvil que el de aumentar injustificadamente al patrimonio propio a costa del ajeno; y como en el caso de autos, si bien el procesado desposeyó a José N. G., mediante el empleo de la violencia, del dinero y efectos que la sentencia detalla, lo hizo por un motivo distinto de los que caracterizan los delitos contra la propiedad, puesto que su propósito fue hacerse pago, de modo torpe, mediante dicho apoderamiento, del dinero que aquél le debía, es notorio que tal acción destruye el ánimo de lucro conforme a la doctrina sentada con anterioridad, pues no cabe duda que el dolo del agente en este supuesto no fue el propio de un delito de robo sino el de otra figura jurídica no perseguida en esta causa, lo que obliga a casar la sentencia combatida por haber incurrido en evidente error el Tribunal de Ins-

tancia al subsumir los hechos que declara probados en los artículos 500, 501.5.º y 512 del Código penal.

ARTICULO 501 PARRAFO ULTIMO. ARMAS PROHIBIDAS. «SPRAYS»

(STS de 29 de enero de 1990. Pte. Sr. Díaz Palos)

Tercero. El motivo segundo, amparado en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce aplicación indebida del último párrafo del artículo 501 del Código penal, por entender que el *spray* usado por los procesados para cegar momentáneamente a su víctima, como lo consiguieron, y poder así llevar a cabo la depredación, no puede considerarse ni arma ni medio peligroso, dado que la peligrosidad de que se hable en el área penal, no coincide con las disposiciones administrativas, ni en el caso de autos puede decirse que el gas empleado tuviera ese alcance lesivo para la salud, pues sólo tuvo un efecto momentáneo sobre el empleado de la gasolinera sin otro alcance ulterior. Sin embargo, la peligrosidad en el ámbito penal, de estos gases lanzados en forma de *spray* y que anulan la visibilidad de la víctima por más o menos tiempo, ha sido reconocida por esta Sala a los efectos de poder aplicar el párrafo último del artículo 501 del Código penal (sentencias de 18 de mayo de 1983 y 14 de octubre de 1985), puesto que al propulsar el gas, por su carácter irritante, es capaz de cegar a la persona contra la que se proyecta, como ocurrió en el caso de autos, hasta el punto de que la víctima hubo de ser asistida en una Residencia Sanitaria, según consta en la causa, apreciándose igualmente, en los procesados, signos de irritación por inhalación de gases.

En fin, el vigente Reglamento de Armas y Explosivos de 24 de julio de 1981 considera, en su artículo 6.2 b), como armas prohibidas a particulares: los *sprays* de defensa personal y todas aquellas armas que despidan gases o aerosoles. Y esto, sin duda, por la peligrosidad que comportan para la salud e integridad física y, en determinadas circunstancias, de riesgo para la misma vida. Y no se diga, como ha el recurrente, que esta peligrosidad de ámbito administrativo, no coincide con la de ámbito penal, puesto que el delito mismo de tenencia ilícita de armas es infracción administrativa criminalizada, basada en la idea de peligro abstracto, cuyo uso puede dar lugar a delitos de peligro concreto y de lesión.

El motivo en examen debe ser, por tanto, desestimado.

ARTICULO 504.1.º ESCALAMIENTO. CONCEPTO

(STS de 20 de marzo de 1990. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

a) Es cierto, como lo sostiene el Ministerio Fiscal, que la jurisprudencia de esta Sala ha venido sosteniendo desde antiguo que el concepto de *escalamiento* no debe ser entendido gramaticalmente, sino teleológicamente y que, por lo tanto, incluye supuestos que pueden no coincidir con formas de acceso a un inmueble que hayan requerido el uso de una escala. En tal sentido la Sala ha caracterizado el escalamiento como la entrada a un lugar por lugar distinto del destinado a

tal objeto (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1936, 11 de octubre de 1951, 22 de octubre de 1952, 7 de mayo de 1962, 5 de marzo de 1969, 4 de febrero de 1976, 15 de marzo de 1983, 10 de julio de 1986 y 6 de febrero de 1988, entre muchas otras). Inclusive no faltan precedentes en los que este Tribunal ha sostenido que el robo se configura en esta forma aunque la acción exteriorice más habilidad que fuerza (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1958 y 29 de enero de 1976).

b) Sin embargo, esta jurisprudencia no debe ser entendida con un criterio puramente formal, sino que requiere en cada caso concreto la comprobación de un contenido de ilicitud que justifique la aplicación de la pena prevista para el robo en lugar de la establecida para el hurto. Tal interpretación es, ante todo, consecuencia del punto de partida teleológico que orienta la jurisprudencia en esta problemática, pero, al mismo tiempo, una imposición del principio de proporcionalidad que tiene su punto de apoyo en los artículos 1.º y 9.3 de la Constitución, en la medida en que éstos establecen que la justicia es un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y que se garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Consecuentemente, la circunstancia de escalamiento debe ser entendida en cada caso concreto en relación a la finalidad específica de la norma del artículo 504 del Código penal. Con esta disposición el legislador ha querido señalar supuestos equivalentes, desde el punto de vista político-criminal, a la fuerza en las cosas que son propias del robo en una de sus modalidades, pero que no implican estrictamente empleo de fuerza (especialmente los supuestos 1.º y 4.º del artículo 504 del Código penal). Por lo tanto, el escalamiento, de acuerdo con los principios señalados, se debe apreciar sólo cuando, en la utilización de vías no destinadas al acceso al autor exteriorice, en el caso concreto, una energía criminal comparable a la que caracteriza a la fuerza en las cosas, es decir, que sea similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad. De esta manera, la similitud de los hechos, vista desde el contenido de ilicitud de los mismos, será proporcionada a la gravedad de la consecuencia jurídica que establece la ley.

Por otra parte, sin tener en cuenta estas premisas se correría indudablemente el riesgo de que el escalamiento se convirtiera —en contradicción con la prohibición de la analogía que impone el principio de legalidad, artículo 25.1 de la Constitución Española— en la simple penetración en un recinto privado, que cae evidentemente fuera de la finalidad de la ley.

En suma, de esta manera, los correctos resultados alcanzados por la jurisprudencia se podrán aplicar dejando a salvo el principio constitucional de proporcionalidad y la finalidad perseguida por el legislador penal, así como observando los límites de la interpretación autorizada por el principio de legalidad (art. 25.1 de la Constitución Española).

c) En el caso que ahora se juzga la Audiencia ha establecido que el procesado penetró por una ventana «que se encontraba abierta y cuya altura sobre el suelo no aparece acreditado que fuera de 1,50 metros». En tales condiciones es evidente que el autor no necesitó vencer de una manera especial obstáculos predispuestos para evitar el acceso al inmueble, dado que la ventana estaba abierta y en razón de su poca altura aquél sólo necesitó un mínimo esfuerzo para atravesarla.

La energía criminal desplegada, por lo tanto, no difiere sustancialmente de la que hubiera necesitado para penetrar por una puerta y, en consecuencia, no es asimilable al elemento esencial del robo constituido por el empleo de fuerza en las cosas. Habiendo quedado claro que la simple penetración no se debe indetificar con el escalamiento, en el presente caso, no se perciben los elementos diferenciales que autorizarían su subsunción bajo el tipo penal del robo (arts. 500 y 504.1.º del Código penal).

ARTICULO 504.4 Y 510. LLAVES FALSAS. CONCEPTO

(STS de 27 de febrero de 1990. Pte. Sr. Moner Muñoz)

El concepto de llaves falsas, artículos 504.4 y 510 del Código penal no se corresponde fielmente en el significado vulgar y usual de la misma, ya que como indica la doctrina científica, es eminentemente funcional. E igualmente, con el mismo criterio debe interpretarse también la frase «sustraídas al propietario», según la dicción del apartado 2 del último de los artículos citados. La jurisprudencia ha declarado que se considera falsa toda utilización de la llave legítima en contra de la voluntad de su dueño, así como sustraer la llave legítima significa acceso a su posesión, sin o contra la voluntad de su dueño. Las llaves genuinas sustraídas o empleadas sin aquiescencia de su propietario pueden incluirse dentro del concepto de llaves falsas —cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo, 15 de septiembre y 7 de octubre de 1989.

Es obvio, pues, que el comportamiento del procesado, que recibe la llave, de persona que no está autorizado para entregárselo, pues en primer término, no la tenía confiada por su propietario, y en segundo lugar, aunque gozase de aquella, indudablemente, no podría estar autorizado para transmitirla a un tercero sin voluntad de titular, y para un fin ilícito.

Así pues, las llaves que en principio no podrían reputarse materialmente falsas, sin embargo por la tramutación efectuada, pasaron a ser de ilegítimas a legítimas, y la utilización de las mismas para acceder al domicilio ajeno, carece de todo título de facto o de derecho para llevarla a cabo.

ARTICULO 519. ALZAMIENTO DE BIENES. COOPERACION NECESARIA DEL NO COMERCIANTE

(STS de 30 de abril de 1990. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Tercero. El único motivo del recurso de la acusación particular, por error de derecho al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, plantea el *interesante problema del «extraneus» en un delito especial impropio* al entender que la esposa condenada como cooperadora necesaria —aunque la sentencia impugnada no cita número alguno del artículo 14 del Código penal— debe acompañar su pena a la que corresponde al marido, autor real y directo en el que concurre la cualidad de comerciante. *La cuestión entronca, pues, con la polémica suscitada a propósito del parricidio* y no parece haya de tener

aquí respuesta distinta. Esto significa que procede —dentro de esa concepción— romper la unidad del título de imputación, no ya por aplicación inmediata del artículo 60 del repetido Código, puesto que se refiere sólo a las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, sino porque su espíritu puede trasladarse, analógicamente y a favor del reo, hasta este otro planteamiento, permitiendo así una solución que coincide, además, con la razón de esa incriminación específica y no generalizable.

Cuarto. Insistiendo en el debate referido al alzamiento de bienes, no cabe duda de que, pese a la opinión de algún autor partidario de rechazar incluso la presencia de un tipo fundamental y otro especial, o de una figura básica y otra cualificada, porque en su opinión habría una neta separación de figuras delictivas, la conexión entre ambas siempre será más estrecha aquí —dentro de un mismo artículo y sin distingo alguno de «momen iuris»— que en el parricidio, eso al margen de que la diferenciación entre delito cualificado y delito «sui generis» o autónomo quizá no tenga que representar en los temas de la accesoriedad y de la unidad de tipo de imputación tanto como a veces se opina, pues en los dos casos se incorporan al núcleo unos requisitos que, consecuentemente, dejan de tener el carácter periférico de las circunstancias genéricas de los artículos 9, 10 y 11 del Código penal.

Quinto. Sucede, además, que *incluso la exégesis de la dualidad de tipos merece ser revisada*, ya que, aparte de que los comentaristas y tratadistas suelen examinar el artículo 519 del repetido texto legal como si de una sola figura se tratase, llegando a hablarse de una «cualificación específica de la gravedad de la pena», es lo cierto que el citado precepto describe una única conducta —«el que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores»—, si bien luego la pena varíe según el sujeto fuera comerciante o no, y ello, sin exigir siquiera en el primer caso que las deudas tuvieran origen mercantil. Se atiende, pues, en exclusiva a esa condición personal considerada en sí misma, lo que apunta hacia la cualidad de comerciante como causa personal de agravación de la pena correspondiente por el delito único, con la bienvenida consecuencia de resolver de raíz el problema de la participación del no comerciante en un alzamiento cuyo autor propio —o sea, conforme a las exigencias directas del tipo o a tenor del número 1.º del art. 14 del Código penal— no ostenta dicha cualidad.

Sexto. En apoyo de los dos razonamientos que dejan fuera de la agravación al no comerciante cabe añadir que «en el terreno jurídico debe tenerse en cuenta el contenido mejor que la forma» y que, por eso, habrá de atenderse a aquél, cuando «desde un punto de vista estrictamente formalista la cuestión es, por lo menos, debatible», según las palabras de un insigne penalista patrio. De otra parte, *el reforzamiento del principio de culpabilidad en la nueva redacción del artículo 1 del Código penal según la Ley Orgánica 8/1983 abunda a favor de ese distingo* en la dirección marcada, por ejemplo, en el párrafo segundo del artículo 28 del Código penal de la República Federal de Alemania, a cuyo tenor «cuando la Ley dispone que los elementos personales especiales agraven, aminoren o excluyan la pena, ello se aplica sólo a los intervinientes (autores o partícipes) en los que concurren». Los comentaristas germanos coinciden en señalar que el precepto acude a esta desviación del tipo precisamente para aminorar los efectos de la accesoriedad y lograr que la culpabilidad de los responsables reciba un trato diferenciado e individual. Falta en nuestra patria una previsión semejan-

te, pero, como se ha visto, el Código penal español ofrece suficiente base normativa para avanzar en ese mismo sentido si no se acogiera de partida la tesis de la causa personal de agravación de la pena.

ARTICULO 519. ALZAMIENTO DE BIENES. SOCIEDAD CONYUGAL PENDIENTE DE LIQUIDACION

(STS de 20 de marzo de 1990. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

Aquí se presenta el problema de si realiza el tipo del artículo 519 del Código penal el *conyuge que perjudica el patrimonio de la sociedad conyugal pendiente de liquidación en actos posteriores a la sentencia de separación conyugal dictada por un Tribunal Eclesiástico*. Los precedentes de esta Sala han subrayado que es elemento del delito de alzamiento de bienes «la existencia de un derecho de crédito por parte del acreedor (sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1981, 25 de septiembre de 1982, 9 de junio de 1986, 5 de julio de 1986, 20 de febrero de 1987 y 17 de octubre de 1988, entre otras), y apoyándose en esta jurisprudencia el recurrente entiende que el delito de alzamiento de bienes sólo se refiere a defraudaciones que frustran o dificultan seriamente la satisfacción de obligaciones de crédito, preexistentes y, por regla general, exigibles o de inminente exigibilidad.

En síntesis, la jurisprudencia ha sostenido a este respecto que el delito de alzamiento de bienes se comete cuando se sustraen fraudulentamente bienes al patrimonio y con ello se dificulta seriamente la ejecución de una deuda líquida y exigible o que es de inminente exigibilidad (cfr. recientemente sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1989, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1882). Que la sustracción de los bienes sea posterior a la deuda o se produzca simultáneamente con la creación de la misma, no es una materia esencial en este delito y, por lo tanto, no debe incidir sobre la punibilidad de la acción. En efecto, *no existe ninguna razón que imponga limitar la protección del derecho de los acreedores sólo a los casos en los que el cumplimiento de las obligaciones se frustrate mediante la sustracción de bienes luego de contraída la obligación*. Cuando quien tiene poderes de administración, aunque sean fácticos, enajena indebidamente los bienes sobre los que tiene poder de disposición, perjudicando de esa manera el patrimonio común y frustrando la posibilidad de la otra parte del ejercicio normal de sus derechos, al tiempo que se crea una obligación, dificulta seriamente su cumplimiento normal. Esta hipótesis es paralela a la que, por regla general, se presenta en relación a las cosas muebles en el delito de apropiación indebida (art. 535 del Código penal), lo que pone de manifiesto su merecimiento de pena. Por lo tanto, el tipo del artículo 519 del Código penal se realiza también cuando, en detrimento de una especial relación de confianza, se toman medidas que afectan considerablemente un patrimonio común, haciendo difícil e incierta su recuperación a la otra parte.

En el presente caso *el marido, abusó de sus poderes de administración, disponiendo de bienes inmuebles comunes más allá de los límites que se le habían fijado judicialmente por el Juzgado de Primera Instancia N.º 1 mediante el auto*

de 20 de noviembre de 1969, dado que de acuerdo con esta resolución judicial el recurrente se debía limitar a actos de administración sobre el patrimonio.

De esta manera perjudicó el patrimonio común con enajenaciones cuyo producto no fue ingresado al mismo. A la vez, el procesado creó para la otra parte condiciones de difícil e incierta recuperación de los bienes, pues éstos fueron pasados a un tercero, del que sólo se podían recuperar, en su caso, mediante el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes.

La realización del tipo tampoco se ve impedida por la supuesta solvencia del procesado. La jurisprudencia de esta Sala ha considerado en numerosas decisiones que la insolvencia real del autor no tiene carácter de elemento esencial del tipo del artículo 519 del Código penal (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1958, 2 de mayo de 1959, 2 de marzo de 1960, 31 de mayo de 1961, 8 de junio de 1964, 12 de junio de 1969 y 18 de febrero de 1970, entre muchas otras). Por lo tanto, en la medida en que el autor ha perjudicado el patrimonio común haciendo difícil e incierta la recuperación de los bienes, se han cumplido los elementos requeridos para la consumación del delito.

ARTICULO 531. ESTAFAS ESPECIFICAS. RELACIONES CON EL ARTICULO 528

(STS de 30 de abril de 1990. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Respecto a las calificaciones jurídicas hay que decir lo siguiente: con independencia de las *posiciones doctrinales respecto a la estafa del artículo 531 del Código penal sobre si es una estafa propia o impropia*, hay que señalar que es indudable que la conducta que se subsume en el citado precepto penal ofrece *determinadas especificidades* porque en otro caso, si todas las estafas previstas en el artículo 531 estuvieran incorporadas en el artículo 528, se diría, se dice, el absurdo de que la especialidad estaría comprendida en la generalidad, pero acaso dada la definición actual del artículo 528, ningún obstáculo se ofrecería, desde el punto de vista del principio de legalidad, en subsumirle en las conductas del 531, aunque el legislador, ante la eventualidad de que se entendiera de otra manera, creó un precepto especial. Pero, en todo caso, hay una abrazadera o denominador común no sólo en cuanto a los efectos punitivos (reenvío penológico del art. 531 al 528), sino también en su esencia. La conducta del artículo 531 implica una ficción que determina un error en el adquirente como consecuencia del cual se produce un perjuicio al mismo o a la persona con derechos sobre la cosa. La diferencia con la estafa propia, si existe, no es esencial, sino accidental, a través de la dinámica comisiva: el fingimiento del dominio para llevar a cabo una enajenación, un arrendamiento, un gravamen o la disposición de un bien como libre sabiendo que estaba gravado o la constitución de un gravamen o de un arrendamiento después de haberlo enajenado.

ARTICULO 531.2.º ESTAFA ESPECIFICA. DOCTRINA GENERAL.

(STS de 5 de febrero de 1990. Pte. Sr. Delgado García)

Tercero. El inciso 1.º del artículo 531.2 sanciona una modalidad muy especial de estafa cuando dice que incurrirá en las penas del párrafo 528 el que dispusiere de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada, con lo cual repite en el texto de dicho artículo, de nueva redacción conforme a la última modificación hecha por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, un tipo de delito de larga tradición en nuestros Códigos penales, acerca del cual, y con relación a los problemas que se han suscitado por los recurrentes en el caso presente, han de hacerse las cuatro consideraciones siguientes:

1.ª Con una simple lectura de tan breve disposición penal salta a la vista que el engaño, necesario para toda estafa, se encuentra aquí recogido de forma muy particular, de tal modo que *sólo puede existir este delito cuando se utilice un determinado y específico artificio o maquinación fraudulenta*. Otros engaños pueden integrar otras estafas, pero en ésta sólo cabe el hacer aparecer como libre una cosa ocultando la realidad de un gravamen, lo cual no es sino una modalidad de lo que la doctrina conoce como falsedad ideológica, que podría encajar, caso de aparecer documentada, en el artículo 302.4, y así lo estimó la Audiencia de Salamanca aplicando dicho apartado por la referencia que hace el artículo 306, y por ello condenó por un delito de falsedad en documento privado absolviendo de la estafa, lo cual sería correcto y conforme con la jurisprudencia que cita, si no se tratara de esta figura especial del artículo 531. Al parecer esa concreta falsedad como elemento del tipo del delito ahora examinado, teniendo en cuenta que nada añade en orden a una posible mayor reprobabilidad penal el que tal falsedad ideológica se haga constar en documento y que tal consignación documental es lo normal en esta clase de delitos particularmente cuando se refiere a bienes inmuebles, a fin de no castigar dos veces un mismo hecho, ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 531, y no los preceptos relativos a los delitos de falsedad en sus diversas modalidades, por ser aquella norma la que más específicamente sanciona como ilícitos penales estos comportamientos (sentencias de 12 de noviembre de 1975, 4 de abril de 1979, y 22 de mayo y 12 de noviembre de 1987, entre otras).

Por lo antes expuesto hay que casar la sentencia recurrida al entenderse que los hechos de autos encajan en el referido tipo de estafa, y no el de falsedad en documento privado, y consiguientemente procede estimar en parte el motivo segundo del recurso del procesado y el cuarto de los querellantes, así como también rechazar los motivos segundo y tercero de estos últimos a través de los cuales la acusación particular pretende que se castiguen los hechos de autos de falsedad en documento público, pues si no hubo delito de falsedad carece de importancia la clase de documento respecto del cual pudo alterarse la verdad.

2.ª Esta *figura especial de delito de estafa* queda consumada cuando, producido ya el acto de disposición, se ha adquirido la cosa cuyo gravamen se ocultó y se ha pagado el precio, pues en ese momento es cuando la defraudación queda perfeccionada, al recibirse la cosa disminuida de valor y abonado su importe, sin que los actos ulteriores, como pudiera ser el levantamiento de la carga, o de alguna de ellas, puedan afectar al delito que ya antes había quedado consuma-

do, teniendo sólo eficacia tales acontecimientos posteriores en orden a la fijación de la responsabilidad civil (sentencia de 31 de marzo de 1986).

3.^a Consecuencia de lo anterior es que la determinación de la cuantía de lo defraudado —que es el concepto utilizado en el artículo 528 al que se remita el 531— ha de hacerse con los datos que consten en autos, pero referidos al momento de la consumación, y estos datos han de ser los que determinen la cuantía del gravamen, porque dicha cuantía es el menor valor que tiene la cosa en ese momento, con un límite que hay que aplicar cuando el importe de la carga exceda del precio pagado por la adquisición, como ocurre en el caso presente, en el que el embargo se hizo por una cantidad superior a los 3.000.000 de pesetas y el precio fue de 1.425.000 pesetas. En estos casos es claro que la defraudación nunca puede superar el valor que los perjudicados pagaron.

Tales criterios de fijación de la cuantía de lo defraudado sólo valen para los supuestos como el ahora examinado en que el perjudicado lo es el adquirente, que se queda así con la cosa gravada habiéndosele ocultado la existencia de la carga, pero no cuando el perjudicado lo sea el acreedor, como ocurrió en el supuesto de venta de frutos embargados en garantía de una deuda, examinado en la sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1985, pues en tales casos la defraudación se fijará por el valor de los bienes indebidamente enajenados, coincidiendo entonces esa cantidad con el perjuicio realmente causado al acreedor que debe ser indemnizado en ese mismo importe, salvo extinción posterior de la deuda.

ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. «ANIMUS REM SIBI HABENDI»

(STS de 23 de marzo de 1990. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

Por lo tanto se plantea aquí la cuestión de si se puede entender acreditada la existencia del delito de *apropiación indebida* cuando el agente mantiene el hecho en conocimiento del titular de los bienes objeto de la acción durante un largo periodo.

a) *En la doctrina reciente se ha puesto en duda que el «ánimo de devolución» pueda excluir el «animus rem sibi habendi» que sea como integrante del dolo, sea como especial elemento subjetivo de lo ilícito, caracteriza el tipo subjetivo del delito del artículo 535 del Código penal. A los efectos del problema aquí planteado, sin embargo, esta última cuestión carece de toda relevancia en la medida en que admita que la diferencia no es esencial, sino meramente «literaria».*

Por lo tanto, dejando a salvo lo anterior, se requiere establecer con precisión qué se debe entender por «animus rem sibi habendi» en el delito de apropiación indebida. El análisis de este concepto permite descubrir que el «animus rem sibi habendi» se caracteriza por dos elementos: a) la voluntad (al menos eventual) de privar de forma definitiva al titular de los bienes de los mismos mediante sustracción y b) la voluntad de incorporar las cosas a su patrimonio, por lo menos, en forma transitoria.

En consecuencia, a partir de esta doble premisa no cabe eliminar, sin más, el efecto excluyente del «ánimo de devolución», toda vez que éste viene a demos-

trar, en principio, que el autor no había tenido voluntad de privar definitivamente al titular (en forma al menos eventual) de la posibilidad del ejercicio del derecho de propiedad sobre los bienes.

b) El «*animus rem sibi habendi*», por lo tanto, se debe excluir cuando el autor ha documentado contablemente la utilización del dinero ajeno de tal forma que ello resulta comprobable por quien tenga acceso a la contabilidad, como ocurrió en el caso que se juzga con el inspector de la Dirección General de Seguros. En tales casos, no es posible afirmar que haya existido la voluntad de privar al titular de los bienes de una manera definitiva, pues el agente le reconoce a aquél la propiedad y, además, no lo priva de los instrumentos jurídicos para reclamarla, ni del conocimiento del hecho.

c) *En el presente caso*, se debe admitir, en consecuencia, que *no es seguro que el procesado haya obrado con «animus rem sibi habendi», dado que ha hecho constar en la documentación contable de la empresa el uso realizado del dinero de la misma y ello, además, durante tres años consecutivos*. Esta última circunstancia, sugiere, inclusive, que la empresa, por lo menos, debe haber sabido y tolerado la acción. Por ello probablemente se podría, a mayor abundamiento, cuestionar que el procesado haya obrado «sin la voluntad» de aquélla. Y en la medida en que este elemento, no expreso en el texto, es, de todos modos, un componente esencial del tipo objetivo de la apropiación indebida, bien se podría poner en duda también la realización del mismo.

ARTICULO 565.5.º IMPRUDENCIA PROFESIONAL. CONCEPTO. POLICIA MUNICIPAL

(STS de 24 de enero de 1990. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Segundo. La acusación particular se alza, asimismo, contra el pronunciamiento condenatorio de la sentencia, y en el marco del número 1.º del artículo 849 de la Ley Procesal denuncia la inaplicación del párrafo quinto del artículo 565 del Código penal propiciando la agravación específica de *imprudencia profesional*, que fue también la calificación mantenida en la instancia por el Ministerio Fiscal. Sobre este punto, una primera aproximación al concepto de *imprudencia profesional* —supuesta la profesionalidad del sujeto y el resultado de muerte o lesiones— exige que el acto pertenezca a la esfera o ámbito de su actuación profesional (sentencia de 5 de octubre de 1989), y que revele o haga patente la incapacidad o impericia del agente, bien derivada de la ignorancia o falta de conocimientos, bien de un juicio erróneo o de inhabilidad, torpeza o ejecución del acto con olvido de las reglas o normas técnicas del arte o ciencia profesados, pues *los deberes profesionales entrañan un plus de exigibilidad, y su cumplimiento de forma torpe e imperita arrastra una mayor demanda de culpabilidad*. En el caso «sub iudice» es indudable que el *policia municipal*, actuando en el campo de sus atribuciones profesionales, hizo un juicio erróneo de la situación —no existía riesgo para su persona ni para terceros— y realizó un disparo con fines de intimidación con tal torpeza o inepticia que, siguiendo una trayectoria horizontal, hirió mortalmente en la cabeza al conductor «cuando ya el coche pasaba desde una distancia oscilante entre los seis y los doce metros»; ha de achacarse por tanto,

a un profesional de la policía, presumiblemente experto en el manejo de las armas de fuego, una actuación inoportuna e innecesaria, y particularmente inhábil y descuidada (vid., sentencias de 2 de enero y 24 de octubre de 1984), que le hace merecedor del grave tratamiento penal prevenido en el precepto cuya infracción denuncia el motivo único del recurso.

BIBLIOGRAFIA

Revista de revistas

«JURISTISCHE ARBEITSBLÄTTER»

I. BEITRÄGE

(Colaboraciones)

BERTULEIT, Achim: Verwerflichkeit von Sitkblockaden? (¿Reprochabilidad de los bloqueos del paso en forma de sentadas?). I 16-26.

Sobre la base de una sentencia del BGH, de 5 de mayo de 1988, analiza el autor si en las «sentadas» concurre el requisito de «reprochabilidad», en atención a lo dispuesto en el párrafo 2.º del § 240 StGB, relativo al delito de coacciones. En este sentido estudia el contexto jurídico-político del citado párrafo y su estructura dogmática: la relación entre sus apartados 1 y 2, los aspectos sistemático-jurídicos generales y el alcance del concepto de su antijuricidad. De todo ello, Bertuleit extrae la conclusión de que las «sentadas» son ajustadas a Derecho en el sentido del § 240,2 StGB mientras los participantes, en el marco de la libertad de reunión, ocupan una posición (en el propio sentido de la expresión: «Stellung... nehmen) y testimonian su puesto. Son, por el contrario, antijurídicas, en tanto que el fin dispuesto no se agote en la intensificación de las posibilidades de acción en el ámbito público para ejercer presión sobre los que toman las decisiones —posibilidades aquéllas, protegidas por el artículo 8 de la Constitución—, sino que, por el contrario, sobrepasando lo anterior, los participantes en la sentada ejercitan sus propias iniciativas y, por sí mismos, procuran el resultado deseado.

MITSCH, Wolfgang: Tödliche Schüsse auf flüchtende Diebe (Disparos mortales al ladrón que huye). 2 79-89.

Durante una salida nocturna para ir a robar, los jóvenes T y F, de 16 y 17 años, fuerzan el coche del hijo del procesado para robar todo lo que hubiera dentro. Antes de poder hacer esto, les sorprende el procesado que va armado con un revólver. T y F huyen mientras el acusado grita «¡alto, manos arriba!». T y F no hacen caso y el procesado dispara a F desde unos 20 metros de distancia. F Resulta herido en la pantorrilla, pero sigue huyendo. El procesado dispara otra vez a F, pero la bala choca contra una valla metálica y rebota, para penetrar

en la región occipital de T, a quien el procesado hasta ese momento no había visto. T muere unos minutos más tarde. El LG München I condenó al acusado por lesión grave (primer disparo) en concurso con tentativa de lesión grave y homicidio imprudente (segundo disparo).

Según Mitsch, los límites fijos y bien determinados del derecho a la legítima defensa se van borrando. El juez tiene más poder que antes, puesto que es él quien decide, después del hecho, si una conducta supone un abuso de derecho o no. Junto a esto existe también una tendencia a reducir el concepto de legítima defensa. Se produce un cambio de riesgo imputable al ilegítimamente atacado, portador del bien jurídico.

El autor hace un comentario a unas figuras delictivas que el Tribunal no ha tomado en cuenta en esta sentencia.

En el siguiente apartado, Mitsch profundiza en algunas cuestiones particulares de la legítima deensa partiendo de la citada sentencia del LG München, como son, por una parte, desde la perspectiva de las causas de justificación, el ataque a la propiedad del procesado y su hijo, los ataques a la propiedad de otras personas, la actualidad del ataque y la voluntad de defensa y, finalmente, el auxilio necesario putativo.

El autor concluye diciendo que sólo se puede estar parcialmente conforme con la sentencia. Acertada es la apreciación legal del primer disparo como lesión grave consumada. Este hecho no era objetivamente justificable y tenía, según el Tribunal, su origen en una resolución de cometer el hecho que no se refería a circunstancias que lo justificaban. Con el segundo disparo, el procesado no ha cometido un hecho delictivo. Por un lado, no configura el tipo legal de homicidio imprudente, ni tampoco, por otro, puede justificarse una pena como lesión grave, puesto que concurre el auxilio necesario putativo.

Die Strafbarkeit der Ehegattenvergewaltigung im geltenden Recht (La punibilidad de la violación intramatrimonial en el Derecho vigente). 11 484-489.

La violación de la propia esposa se castiga en el Derecho vigente como coacción según el § 240 StGB. Esta figura delictiva ha sido concebida para el mero ataque a la libre voluntad, sin que adicionalmente se ataque otro bien jurídico penalmente protegido. En consecuencia, ni la amenaza penal, ni la aplicación de la pena del § 240 StGB corresponden al desvalor delictivo de la violación intramatrimonial. Por esta razón aboga el autor por una inclusión de esta clase de violación en el tipo legal del § 177 StGB.

HOHMANN, Ralf/MATT, Holger: Zum Mordmerkmal der «Verdeckung einer anderen Straftat» -zugleich eine Besprechung von BGHSt 35, 116 (Sobre la circunstancia «encubrimiento de otro hecho delictivo» en el delito de asesinato, a la vez un comentario a BGHSt 35, 116). 3 134-138.

Para llegar a una adecuada interpretación de la circunstancia de «encubrimiento de otro hecho delictivo» del delito de asesinato (§ 211 II StGB), el 2.Senat se distancia en su última sentencia de la jurisprudencia sobre este tema. Según

Hohmann, la sentencia del BGH 27, 346 debe servir de orientación en la discusión sobre una interpretación restrictiva de la intención de encubrimiento. En esta sentencia, el BGH parte de la base de que se tiene que dar un caso límite en el que concurra un íntimo encuentro temporal y material del acto anterior y del hecho encubierto.

El autor trata de demostrar en este artículo que las consecuencias de la nueva orientación seguida por el BGH, no suponen ganar nada en claridad, sino que provisional de la elaboración de criterios de interpretación suficientemente concretos.

Según el autor se trata, en definitiva, de una concreción en el marco de la interpretación del hecho delictivo. Estima Hohmann que sería el momento de rescatar el suprimido criterio de la premeditación y de trabajar sobre sus contornos, en vez de rehuir la cuestión acudiendo a la coyuntura psíquica del autor con la dispersión de sus puntos de partida.

HERZBERG, Rolf Dietrich: Erlaubnistatbestandsirrtum ind Deliktsaufbau. Teil I/5 243-250; Teil II/6 294-300 (Error sobre el tipo de permisivo y estructura del delito). Primera parte, 5 243-250; Segunda parte, 6 294-300.

Para el estudio de esta problemática, en la que se examinan las consecuencias de las teorías de la culpabilidad y de la doble posición del dolo, Herzberg ofrece como punto de partida un ejemplo según el cual una persona llama por teléfono a la policía para que intervenga frente a los acontecimientos que se desarrollan en casa de su vecina. El sujeto observa cómo unos enmascarados entran en dicha vivienda y, uno de ellos, con un cuchillo sobre la garganta de su víctima, la amenaza con matarla. Mientras tanto, el otro enmascarado intenta abrir un armario. Finalmente, sin embargo, resulta que todo ha sido una escenificación por parte de un grupo de teatro, al que pertenece también la vecina.

Analiza Herzberg a raíz de este ejemplo el § 145 StGB (en lo relativo al abuso en la utilización del teléfono de emergencia), § 123 StGB (allanamiento de morada), § 240 (coacciones) y § 223 (lesiones).

PUPPE, I.: Juristische Methodenlehre für die Strafrechtshausarbeit -Ein Trockenkurs für Vorgerückte (Metodología jurídica para trabajos en casa sobre Derecho penal, un curso preparatorio para avanzados). 7 345-365.

La autora explica en este artículo cómo los estudiantes deberían abordar un problema penal para solucionarlo adecuadamente, sin malgastar energía y tiempo innecesarios, y usando su propia capacidad mental.

Para esto hay que dar tres pasos: Primero, describir y delimitar el problema. Acto seguido, desarrollar la teoría para sus solución y, finalmente, aplicar la estrategia.

Según Puppe, lo primero que tiene que hacer el estudiante, es preguntarse si un determinado hecho puede clasificarse bajo un determinado concepto jurídico. Luego tiene que definir este concepto. La definición jurídica global suele ser, sin embargo, muy poco clara. Por eso propone Puppe hacer uso de definiciones parciales en vez de aplicar mecánicamente una definición global.

Antes de comprobar si un hecho delictivo cabe en un determinado tipo hay que tener una visión global más o menos clara de lo que realmente se trata. Solamente se puede formular correctamente la solución de un caso, si de antemano ya se percibe esta solución. No hay esquema rígido que se pueda ir siguiendo paso a paso hasta llegar finalmente a la conclusión. Lo mismo que para la determinación del tipo de delito en general, hay que tener mucho cuidado a la hora de comprobar todos los aspectos del supuesto de hecho.

Una vez más insiste Puppe en que las definiciones legales, muchas veces aprendidas de memoria, en vez de aclarar las cosas, suelen entubiarlas. Con las definiciones parciales se llega a conclusiones más exactas y concretas.

El estudiante debe intentar evitar las divergencias de opiniones meramente teóricas. Muchas veces el desacuerdo no es tal, si se entra más a fondo en las diferentes posturas.

Según Puppe, se puede, independientemente del contenido de la argumentación, establecer un esquema básico lógico, por medio de fórmulas lógicas. Explica cómo se ha de argumentar mediante estas fórmulas.

La autora dedica una especial atención a los errores más frecuentes. El error más cometido a la hora de solucionar un caso es la propia contradicción. Para evitar esto es fundamental no contestar nunca dos veces a la misma pregunta. Otro error frecuente, es el círculo vicioso.

Muchos estudiantes no son capaces de aplicar la teoría al caso concreto, una vez determinado de qué delito/s se trata.

BÖLLINGER, Lorenz: Zur Strafbarkeit des Arztes nach §§ 223, 230 StGB wegen ambulanter Substitutionsbehandlung Drogenabhängiger (Acerca de la punibilidad del médico según los §§ 223 y 230 StGB por tratamiento sustitutorio ambulante de los drogodependientes). 8/9 403-413.

Estudia Böllinger si este tipo de tratamientos de terapia sustitutiva de drogas a los drogodependientes pueden constituir delito de lesiones dolosas (§ 223 StGB) o imprudentes (§ 230 StGB).

La jurisprudencia entiende que la prescripción y administración de dichas sentencias sustitutivas integran el tipo objetivo del § 223, concretamente en su segunda modalidad, como menoscabo de la salud, independientemente de que den buen resultado; lo cual contradice la doctrina dominante.

El concepto salud, exponer Böllinger, no puede definirse tan sólo sobre la base de baremos jurídicos, sino que debe recurrirse también para ello —y de manera especialmente significativa en este contexto de tratamiento de drogodependientes— a valoraciones extrajurídicas, entre otras, culturales, psiquiátricas, psicoterapéuticas y psicológico-sociales, cambiantes de forma relativamente rápida. Aborda el autor el estudio de las cuestiones de justificación del consentimiento y de la colisión de deberes.

En relación con la posible responsabilidad por lesiones imprudentes (§ 230 StGB) se plantean, según Böllinger, los supuestos de desviación de la *lex artis* médica: en casos de «desatenciones» contrarias al deber, de pacientes drogodependientes. Aparte de las cuestiones de causalidad, que el autor deja solamente planteadas, entiende que el centro de atención radica en comprobar si el médico

ha cumplido suficientemente con su deber de cuidado y si el resultado típico (por ejemplo, una intoxicación) era previsible o no ante la posible ingestión de otros medicamentos distintos a los prescritos.

SAMSON, Erich: Absicht und directer Vorsatz im Strafrecht (Intención y dolo directo en Derecho penal). 10 449-454.

Los estudios doctrinales sobre el dolo —dice Samson— se han dirigido tradicionalmente hacia la figura del dolo eventual por gran relevancia práctica que tiene la averiguación de si concurre aquél o, por el contrario, sólo la imprudencia, con la cual sus límites son muy discutidos. Por el contrario, los estudios acerca de la diferenciación de las otras clases de dolo son más escasos. Sin embargo, opina Samson, la profundización en ello es también muy relevante en atención, por ejemplo, a los tipos que exigen dolo directo, en cuyo caso, de no concurrir éste, llevaría a las mismas consecuencias de impunidad. Por otra parte, su estudio es también obligado para, a través de la interpretación de los tipos penales en particular, determinar si es suficiente con la concurrencia del dolo eventual o, por el contrario, se requiere una de las dos posibles formas de dolo directo.

Samson dedica la primera parte de su trabajo al concepto de dolo directo (ofrece una visión genérica sobre las formas de dolo, y las dos formas de dolo directo en particular —coincidiendo en sus apreciaciones con lo generalmente admitido en la doctrina—), mientras en la segunda parte la dedica al dolo directo en la ley, a las dos formas de aquél, en un análisis diferenciado de los tipos congruentes o incongruentes. Mientras en muchos tipos basta con cualquier clase de dolo, con lo que no se plantean mayores dificultades, en otros sí las hay, cuando se recogen en ellos expresiones especiales y, además, muy poco uniformes en cuanto a su terminología.

En los tipos congruentes basta con cualquier clase de dolo, incluido el eventual, cuando el tipo no incluye indicaciones especiales sobre el dolo. El término «deliberadamente», «a sabiendas» («wissentlichkeit») hay que entenderlo —opina Samson— como dolo directo de segundo grado. Si la ley exige exclusivamente «intención» («Absicht»), la consecuencia sólo puede ser extraída mediante una interpretación específica del tipo.

Mucho más difícil resulta el problema en los tipos con tendencia interna trascendente, lo que Samson pasa a denominar «Absicht», detrayendo este término a tales efectos del dolo. Señala Samson que las dificultades radican en parte en que no hay un criterio unánime en la utilización de la «intención» en el sentido de tendencia interna trascendente. Por ejemplo, mientras para unos es considerada como motivaciones típicas del autor (así, en los delitos contra el patrimonio), para otros va referida a la lesión del bien jurídico protegido.

Tras un análisis centrado en el delito de estafa, concluye Samson que allí donde la «intención» no se refiere a una lesión del bien jurídico, sino que tiene la función de seleccionar algunas lesiones de bienes jurídicos convirtiéndolas en punibles sobre la base de las motivaciones especiales, la intención sólo puede entrar en forma de dolo directo de primer grado. Por el contrario, allí donde la «intención» no abarca la motivación especialmente reprobable o peligrosa, sino que se refiere a la lesión del bien jurídico, no es preciso el dolo directo en primer grado.

Grundprinzipien des strafrechtlichen Vermögensbegriffes (Principios fundamentales del concepto jurídico penal de patrimonio). 12 510-514.

Sobre la base de los subconceptos «patrimonio» y «daños» y su relación entre ambos, conceptos que integran el más amplio de «daño patrimonial» («Vermögensschadens»), analiza Samson en este trabajo el concepto jurídico-penal de patrimonio.

Ofrece Samson en primer lugar una sucinta exposición de las teorías sobre el concepto jurídico-penal de patrimonio: el concepto jurídico, el económico y el jurídico-económico. El primero de ellos, que fue defendido a finales del siglo pasado y principios del presente y rechazado en la actualidad, afirmaba que a la protección jurídico-penal del patrimonio sólo pertenecían los derechos subjetivos: todos ellos, pero sólo ellos. Según el concepto económico de patrimonio, pertenecen al mismo todas las «posiciones» («Positionen») económicamente valiosas, y sólo éstas. Por último, el concepto jurídico-económico se aproxima más al económico que al jurídico (el cual rechaza en el sentido antes expuesto): sólo deben protegerse aquellas posiciones que poseen valor económico; no obstante, entre ellas debe efectuarse una selección sobre la base de criterios jurídicos. Y es aquí, en la determinación de los criterios, donde radica la discusión doctrinal.

Finalmente, alude Samson al concepto de patrimonio en la jurisprudencia, la cual se decanta por el económico, aunque algunas sentencias parecen recoger, aunque no de forma muy clara, el jurídico-económico.

**II. AUFSÄTZE IN ZEITSCHRIFTEN. ÜBERSICHT:
STRAFRECHT**

(Revista de artículos sobre Derecho penal)

SPANNHORST, B.:

STOFERS: Mittäterschaft und Versuchsbeginn, MDR 1989, 208-213 (Coautoría y comienzo de la tentativa). 7 370-371.

VORMBAUM: Frühzeitige und rechtzeitige Berichtigung falscher Angaben, JR 1989, 133-136 (Rectificación pronta y oportuna de falsos datos o declaraciones). 7 371.

BORSODORFF: Gewahrsamsproblematik bei elektronischer Warensicherung, JR 1989, 4-5 (Problemática relativa a la custodia en los dispositivos electrónicos de seguridad para mercancías).

Mehr Zusammenarbeit in Forschung und Lehre Deutsch-britisches Hochschulseminar in Köln (Más trabajo en común en investigación y doctrina. Seminario germano-británico en Colonia). 7 XIV.

KRAUSE, Susane/SCHMITZ, Roland:

- W. Küper:** Die dämonische Macht des «Katzen-Königs» oder: Probleme des Verbotsirrtums und putativnotstandes an den Grenzen strafrechtlicher Begriffe, *JZ* 1989, 617 (El poder demoníaco del «Rey de los gatos» o, problemas de error de prohibición y estado de necesidad putativo en la frontera de los conceptos jurídico-penales). 10 151.
- H. Schumann:** Zur Wiederbelebung des «voluntativen» Vorsatzelementes durch den BGH, *JZ* 1989, 427 (La reactivación del elemento voluntativo del dolo por el BGH). 10 151.
- J. M. Silva-Sánchez:** «Aberratio ictus» und objektive Zurechnung, *ZStW* 101 (1989), 352 («Aberratio ictus» e imputación objetiva). 10 151-152.
- W. Perron:** Schutzgut und Reichweite des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB), *GA* 1989, 145 y ss. (Bien jurídico protegido y alcance del hurto asimilado al robo [§ 252 StGB]). 10 152.
- H. J. Rudolphi:** Anm. zu BayObLG v.8.9.1988, *JR* 1989, 387 (Reseña a la sentencia de la Audiencia Territorial de Baviera de 8-9-1988). 12 199.
- B. Müller-Christmann:** Der Norwehrexzeß, *JuS* 1989, 717 (El exceso en la legítima defensa). 12 199-200.
- J. Krümpelmann:** Zurechnungsfragen bei mißlungener ärztlicher Fehlerkorrektur, *JR* 1988, 353 (Cuestiones de imputación en caso de fallidas correcciones médicas de defectos de conformación). 12 200.

SCHNEIDER, Sonja:

- Schlehofer:** Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten, *NJW* 1989, 2017 (Dolo de riesgo y alcance temporal de la imputación en caso de relaciones sexuales sin precauciones por parte de infectados de HIV). 11 175.
- Backes/Ransiek:** Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, *JuS* 1989, 624 (Resistencia al funcionario de ejecución). 11 176.
- Müller-Christmann:** Der Notwehrexzeß, *JuS* 1989, 717 (El exceso en la legítima defensa). 11 176.
- Thiel:** Das abgenötigte Enverständnis beim Gewahrsamsbruch, *Jura* 1989, 454 (El consentimiento forzado en el quebrantamiento de la custodia). 11 176.

III. ERLÄUTERTE ENTSCHEIDUNGEN (Comentarios de sentencias)

SONNEN, Bernd-Rüdeger:

- Tötungsvorsatz, Mordmerkmale und Beweiswürdigung (Derecho penal y Derecho procesal penal: Dolo de muerte, elemento del asesinato y apreciación de la prueba). 1 62-64.
- Gewalt und Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben sowie Beihilfe zur Vergewaltigung (Violencia y amenaza con un peligro actual para la integridad física o la vida, así como participación en la violación). 1 113-115.
- Irtums- und Teilnahmeprobleme beim Raub (Problemas de error y participación en el robo). 3 163.
- Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Ansiftung («Katzenkönig-Fall») (Delimitación entre autoría mediata e inducción, «El caso del rey de los gatos»). 4 212.
- Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Asalto al conductor de un vehículo). 4 212.
- Räuberischer Anriff auf Kraftfahrer (Asalto al conductor de un vehículo). 4 215.
- Ungeschützter Sexualverkehr eines HIV-Infizierten als (versuchte) Körperverletzung (Tráfico sexual sin precauciones de un infectado de HIV como tentativa de lesiones). 6 321-326.
- Anwendung des Jugendstrafrechts auf junge Volljährige und Einbeziehung einer früheren Verurteilung (Aplicación del Derecho penal juvenil a jóvenes mayores de edad e inclusión de una condena anterior). 8/9 438-440.
- Strafbefreiender Rücktritt vom Versuch bei mehreren Beteiligten (Desistimiento de la tentativa liberadora de pena con varios partícipes). 10 470-471.

SCHMITZ, Roland:

- Rücktritt vom Versuch (Desistimiento de la tentativa). 10 569-470.
- Räuberische Angriff auf Kraftfahrer oder einen Mitfahrer (Asalto al conductor de un vehículo o a su acompañante). 10 471-472.
- Notwehr, Notwehrprovokation und Überschreitung der Notwehr (Legítima defensa, provocación a legítima defensa y exceso en la legítima defensa). 11 502.
- Betrug (Estafa). 11 503.

- Schwere Brandstiftung (Incendio grave). 12 534.
- Strafbemessungsrecht (Derecho sobre la medición de la pena). 12 535.

IV. JA-ÜBUNGSBLÄTTER (Casos prácticos)

- ALDEJOHANN, Mathias: JA-Klausur 1/89: Strafrecht. «Der verschlafene Vildeinbruch» (El somnoliento robo a un chalet). 1 7-13.**
- KRÜGER, Rolf: JA-Problemübersicht: Norwehr, § 32 StGB (Legítima defensa, § 32 StGB). 4 49-55.**
- DEIPENBROCK, Raphael: Aus der mündlichen Prüfung: Strafrecht (Strafprozeßrecht) (Del examen oral: Derecho penal; Derecho procesal penal). 4 61.**
- KRÜGER, Rolf/HELMKE, Regina: JA-Klausur 5/89: Strafrecht. «Notlüge» (Mentira forzosa). 5. 71-77.**
- EISENBERG, U./MÜLLER, H.: JA-Klausur Strafrecht; Scheck-Schwindel (Cheque fraudulento). 11 160-165.**

V. JA-INFORMATIONEN/BERICHTE (Informaciones/Noticias)

- Studium an der Georgetown University in Washington, D.C. (Estudios en la Universidad Georgetown en Washington). 1 I.
- Insolvenzversicherung einer Ruhefeldanpassung (Aseguramiento de la insolvencia de una adaptación de la pensión). 1 II.
- Seminar «Intellectual Property» am Inter-University Centre, Duvrovnik (Seminario sobre «Propiedad intelectual» en el Centro Universitario de Duvrovnik). 1 IV.
- Mit Erasmus in Nijmegen/Niederlande (Con Erasmus en Nijmegen/Holanda). 1 X.
- Verbot der Hell's Angels Hamburg rechtmäßig (Prohibición legal de los «Hell's Angels» Motor Club de Hamburgo). 1 XII.
- LL.M. Programm der Universität Cambridge (England) («Magister en Derecho». Programa de la Universidad de Cambridge, Inglaterra). 3 I.
- Asyl trotz Zwischenaufenthalts in einem Drittstaat möglich (Posible asilo a pesar de una estancia intermedia en un tercer Estado). 3 VI.

- Curso hispano-alemán de Derecho — Sommerkurs für deutsche Juristen en Barcelona (Curso de verano para juristas alemanes en Barcelona). 4 IV.
- Jahrestagung 1988 der Deutsch-Niederländischen Juristenkonferenz (Reunión anual 1988 del congreso jurídico alemán-holandés). 5 I.
- Wichtige Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts im laufenden Jahr (Resoluciones importantes del Tribunal Contencioso-Administrativo federal en el año en curso). 5 IX/6 XIII.
- Bericht über die juristischen Staatsprüfungen (Informe sobre los exámenes de Estado de Derecho). 6 I.
- Aufbaustudiengang «Europäische Integration» (Estructuración de la carrera «Integración europea»). 6 XII.
- DAAD-Jahresbericht 1988. Starke Nachfrage nach Hochschulaustausch (Informe anual del DAAD 1988. Fuerte demanda de cambios de Escuela Superior). 8/9 II.

VI. BUCHBESPRECHUNGEN

(Revista de libros)

SCHLUND, G. H.: Bernd Schünemann/Gerd Pfeiffer (Hrsg): Die Rechtsprobleme von AIDS, Baden-Baden, Nommos-Verlagsgesellschaft 1988 (Los problemas jurídicos del SIDA). 6 326-328.

JAVIER DE VICENTE REMESAL
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de León

NOTICIARIO

CONCLUSIONES GENERALES DEL XLI CURSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA

Los participantes del XLI Curso Internacional de Criminología, reunidos en San Sebastián del 16 a 21 de octubre de 1989, después de haber escuchado las conferencias de eminentes especialistas venidos del mundo entero, de los representantes de las Naciones Unidas y de la Sociedad Internacional de Criminología, emiten los siguientes votos:

1. El desarrollo estructural de la enseñanza universitaria de la Criminología aparece como una imperiosa urgencia, en función de las necesidades manifestadas por cada una de las sociedades y de las personas concernientes.

2. Desde la perspectiva interdisciplinar criminológica, importa llevar a cabo en las mejores condiciones y con los medios necesarios la contratación, la formación y el estatuto de enseñantes especializados en esta disciplina. Se considera oportuno incluir también —como optativos— estudios básicos teológicos y deontológicos.

3. Las Universidades deben promover la creación y el desarrollo de Institutos de Criminología especializados en la enseñanza, la investigación y la formación profesional en Criminología.

4. Se invita a las Organizaciones Internacionales usen de su autoridad con vistas a permitir el desarrollo de la enseñanza de la Criminología de manera armoniosa en todas las regiones del mundo, y en particular de trabajar para la creación de un Instituto Internacional de Criminología.

5. Urge la planificación y puesta en marcha del plan Erasmus en el campo criminológico.

6. Parece oportuna la creación de asociaciones de criminólogos (o la ampliación/intensificación de los ya existentes) en los ámbitos nacionales y autonómicos.

7. Conviene fomentar, en todas las partes donde sea posible, las iniciativas regionales tendentes a un mejor reconocimiento de la Criminología como disciplina científica autónoma, en una cosmovisión humanista, respetuosa de los derechos del hombre, comprometida en la protección de los valores sociales fundamentales.

8. Se desea la creación de un premio «Juan del Rosal», destinado a recompensar periódicamente a un criminólogo de lengua española.

REYNALD OTTENHOFF
Presidente del Comité Científico

CONCLUSIONES PRESENTADAS POR EL GRUPO DE TRABAJO «A»

1. La naturaleza interdisciplinaria de la Criminología obliga a buscar fórmulas de integración de las diferentes disciplinas que confluyen en el estudio de la criminalidad. Por tal motivo, su enseñanza ha de diversificarse desde los distintos saberes que, con una u otra visión, contemplan el fenómeno criminal.

Bajo esta consideración, debe figurar en los planes oficiales una asignatura con la denominación específica de Criminología y se incluirá, bien con carácter obligatorio u optativo, en los estudios de Derecho, Psicología, Sociología, Pedagogía, Ciencias de la información, Trabajo social, etc.

2. Al mismo tiempo, es preciso potenciar los Institutos de Criminología como centros universitarios donde se impartan enseñanzas de especialización, postgrado y cursos para profesionales interesados por la realidad criminal (funcionarios de prisiones, policías, trabajadores sociales, etc.).

3. Consecuencia de ello es la necesidad de reconocimiento oficial de los certificados de estudios o títulos que se concedan.

4. Los planes de estudio de los diversos Institutos de Criminología deberán ser homogéneos a fin de hacer posible la compatibilidad entre todos los centros.

5. Los Institutos de Criminología han de ser al tiempo centros de investigación especializada y contar con un profesorado propio.

6. Punto de carácter prioritario es la habilitación de salidas profesionales a la especialización en Criminología, y en este sentido hay que señalar como particular campo de acción el relacionado con el sistema penal, prevención y tratamiento de la criminalidad.

De igual modo, es conveniente fomentar convenios con organismos e instancias oficiales relacionados en sus competencias con la realidad criminal, tales como la Administración de Justicia, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos.

7. Finalmente, el Grupo de Trabajo quiere resaltar la labor que vienen desempeñando los Institutos de Criminología como centros de enseñanza e investigación, y se congratula por el marco que ha ofrecido el presente Curso Internacional para reflexionar sobre la enseñanza de la Criminología desde una perspectiva plural e integradora.

LUIS FELIPE RUIZ ANTÓN
Presidente del Grupo de trabajo «A»

RECOMENDACIONES PRESENTADAS POR EL GRUPO DE TRABAJO «B»

1. La docencia de la Criminología, por el carácter multidisciplinar de su objeto de estudio, presenta problemas. Resulta necesario tender a una homogeneización, al menos, respecto de los niveles de conocimiento de los estudiantes, convirtiéndola en una especialidad a la que se accede tras cursar un primer ciclo universitario.

Excepcionalmente deberían tener acceso a los estudios de Criminología los profesionales de las Administraciones policial, de justicia y/o penitenciaria que,

sin alcanzar el nivel académico aludido demuestren una capacidad de seguimiento de los citados estudios.

2. Resulta necesaria la implantación de la asignatura de Criminología en los planes de estudio de la licenciatura en Derecho, así como, al menos con carácter optativo, en todos aquellos cuyo objeto de estudio guarde relación con el fenómeno del delito, tales como Psicología, Ciencias de la Educación, Sociología, Trabajo Social, etc.

Por otra parte, es aconsejable que las oposiciones de ingreso a las carreras Judicial y Fiscal, en sus respectivos programas, incluyan temas de Criminología con la suficiente extensión.

Igualmente, el programa del Centro de Estudios Judiciales debería abonar suficientemente el tratamiento de la Criminología, en coordinación con los Institutos Universitarios.

Tal recomendación se hace extensiva a las actividades de las Academias de Policía y Escuela de Estudios Penitenciarios.

3. Debe competir a los actuales Institutos Universitarios (de Criminología) la docencia e investigación en Criminología, así como la elaboración de Estudios de Postgrado y cursos de especialización dirigidos a grupos homogéneos de profesionales relacionados con el mundo del delito (personal de seguridad, funcionarios de prisiones, detectives privados, etc.).

Tales estudios, sin perjuicio de su eventual carácter teórico, deberían tener también una dimensión práctica, para lo que resulta conveniente la celebración de los correspondientes Convenios con las instancias competentes.

Al respecto, es necesaria una coordinación de los diferentes Planes de Estudios de los Institutos Universitarios de Criminología existentes.

4. Para el desarrollo de todas estas actividades, se requiere la dotación en plantilla, por parte de las Universidades de plazas de profesorado de Criminología, con la máxima titulación académica. Sólo así se haría posible el desarrollo de la investigación especializada y la mejora en la calidad de enseñanza, que ello comportaría.

5. Es necesaria la intervención del especialista en Criminología en las diversas instancias relacionadas con el sistema penal; así como en la prevención y el tratamiento de la criminalidad; y concretamente en la Administración de Justicia, Gobierno Central, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, etc.

De forma específica, se sugiere que a la actual pieza de situación personal de los diferentes procedimientos penales se le dote de un mayor contenido, incluyendo un dictamen criminológico.

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU
Presidente del Grupo de trabajo «B»

RECOMENDACIONES PRESENTADAS POR EL GRUPO DE TRABAJO «C»

1. La Criminología ha de seguir incardinada en el seno de la Enciclopedia de las Ciencias Penales. No obstante, no debe ser concebida como un simple instrumento de los sistemas punitivos existentes, sino que su misión es, también,

evaluarlos, poniendo al descubierto no sólo sus insuficiencias sino, de modo global, las injusticias que producen.

2. La enseñanza universitaria de la Criminología, tal y como se desarrolla en los Institutos, adolece de una serie de insuficiencias debidas, en buena parte, a que no recibe la atención que merece, por parte de los poderes públicos. En este sentido, se subraya la necesidad de fortalecer las investigaciones en todos los campos del saber criminológico, con el fin de contribuir al conocimiento de la estructura y mecanismos de la criminalidad y mejorar su prevención. Por otra parte, sólo a partir del desarrollo de la investigación podrá la docencia alcanzar el nivel deseable.

3. Se debe incluir la Criminología como asignatura en los planes de estudio de las Facultades de Derecho y, al menos con carácter optativo, en el resto de los planes de estudio de las Facultades de Psicología, Sociología, Ciencias de la Educación, etc. Además, sería importantísimo que el programa de oposiciones de acceso a las carreras Judicial y Fiscal incluyera temas de Criminología y que, tanto en el centro de Estudios Judiciales como en la Escuela de Estudios Penitenciarios y Academias Policiales, se incluyera en su programación la debida formación criminológica.

4. Los actuales Institutos de Criminología han de mantenerse como Centros de investigación y de especialización de postgrado o, en su caso, de tercer ciclo para especialistas, apuntándose igualmente la conveniencia de impartir cursos específicos para integrantes de colectivos profesionales homogéneos, tales como funcionarios de Instituciones Penitenciarias, Policía, etc.

5. Se destaca, asimismo, la necesidad y conveniencia de estructurar adecuadamente el ejercicio de las diversas funciones profesionales que puede desarrollar el criminólogo, llamando en tal sentido la atención del Estado, Comunidades Autónomas y Administración local.

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO
Presidente del Grupo de trabajo «C»

RECOMENDACIONES PRESENTADAS POR EL GRUPO DE TRABAJO «D»

1. La necesidad de la Criminología, dada su trascendencia en el conocimiento del fenómeno criminal, es opinión compartida por todos los asistentes, entre los cuales se encuentran alumnos, profesores de Derecho penal, Criminología, Medicina Legal y Jueces. Para ello se debe concienciar a la Sociedad, a través de las Instituciones, poniendo de relieve su importancia y practicidad.

2. Dada la heterogeneidad del alumnado que cursa estudios de Criminología en los distintos Institutos Universitarios españoles, lo que determina un distinto nivel cultural y científico, parece conveniente que la oferta de los Institutos se diversifique, de tal manera, que los estudiantes puedan optar por tres diferentes niveles de estudio, ajustados a sus deseos y aptitudes.

Estos tres niveles contemplarían una *Diplomatura* básica del 1.º ciclo (tres años), una *especialización* tras una formación básica de 2.º ciclo (dos años) y un *Doctorado*.

Podrían igualmente impartirse cursos de perfeccionamiento y reciclaje de carácter cuatrimestral o semestral para funcionarios de la justicia penal.

3. La consideración de la Criminología como una ciencia multidisciplinaria exige homogeneizar en los distintos Institutos de Criminología españoles los distintos planes de estudio de la Diplomatura, impartiendo estas asignaturas «troncales» en los dos primeros cursos, determinando cada Instituto de manera flexible las disciplinas que se impartirían en 3.º curso.

Del mismo modo, cada Instituto de Criminología debería coordinar adecuadamente los programas de las diferentes disciplinas, al objeto de evitar reiteraciones y lugares comunes.

Los estudios de Criminología que actualmente se imparten en España son excesivamente teóricos, poniéndose de manifiesto por los reunidos la conveniencia de clases prácticas donde se completase la formación científica del criminólogo.

4. Para el desarrollo adecuado de los estudios criminológicos se requiere la creación, por parte de las Universidades, de cátedras y plazas de profesorado de Criminología. Esto permitiría fomentar y consolidar la investigación científica y la docencia en el campo criminológico.

5. Los actuales planes de estudio de la Licenciatura en Derecho en la Universidad no contemplaban la disciplina de Criminología, siendo no sólo aconsejable, sino imprescindible y perentoria, para la formación del jurista, su pronta inclusión, para un mejor conocimiento, análisis y comprensión de la realidad criminal.

6. Ante la carencia de una formación criminológica en el Centro de Estudios Judiciales, Jueces y Magistrados acometen su labor sin los necesarios informes sociológicos, psicológicos y criminológicos que permitirían un ejuciamiento más acorde con la realidad.

7. Se percibe en la sociedad actual una demanda de especialistas en Criminología que desempeñen su labor en diversos sectores de la Administración Central, Autónoma y Municipal.

LUIS GARRIDO GUZMÁN
Presidente del Grupo de trabajo «D»

RECOMENDACIONES PRESENTADAS POR EL GRUPO DE TRABAJO «E»

La composición del grupo de trabajo «E», fue un fiel reflejo de la multidisciplinariedad de la Criminología, y de la necesidad de la presencia de ésta en los distintos ámbitos profesionales que de alguna manera operan en alguna de las fases del sistema penal. La mayoría de los participantes habían cursado, o se encontraban cursando, estudios de Criminología en algunos de los Institutos de Criminología de las distintas Universidades españolas, como curriculum complementario a la propia especialidad profesional. Concretamente participaron varios psicólogos, asistentes sociales, funcionarios de prisiones, miembros de distintos cuerpos policiales, algún funcionario judicial, siendo el colectivo más numeroso el de estudiantes que simultanean la carrera de Derecho con los estudios de Criminología.

De lo expuesto en el grupo y el debate consiguiente en la última sesión, llegamos a una serie de conclusiones que a su vez pueden formularse como peticiones o recomendaciones, que pasamos a formular:

1. Necesidad de que la Criminología constituya una asignatura ordinaria en el curriculum académico de aquellas carreras universitarias que forman a profesionales que pueden intervenir en algunas de las fases del sistema penal, o desarrollar su trabajo profesional en relación a la criminalidad. Fundamentalmente en la carrera de Derecho hace tiempo viene sintiéndose la necesidad de su inclusión como asignatura de la licenciatura; pero asimismo consideramos conveniente su introducción como asignatura en carreras como Ciencias Sociales, Psicología y Pedagogía y Ciencias de la Información.

Consideramos que el papel de la Criminología en la formación universitaria es fundamental como conocimiento que enriquece y contrasta, a la vez que complementa, el aprendizaje de las disciplinas de carácter más técnico de cada especialidad. En concreto en las Facultades de Derecho, frente a la perspectiva técnico-dogmática del Derecho penal, la Criminología aporta una visión de la realidad del «ser» que contempla y matiza el actual predominio de la perspectiva normativa centrada en el «deber ser».

Se constata la necesidad de incluir un enfoque global de los problemas relacionados con la criminalidad que reduzcan el peligro de la unidimensionalidad de una sola disciplina.

2. En relación a la Investigación, debe abrirse la posibilidad de doctorado en Criminología, con la correspondiente previsión de un programa de tercer ciclo idóneo para la obtención de esta titulación.

3. Deben a la vez potenciarse las funciones de los Institutos de Criminología como centros donde se imparten de manera interdisciplinar enseñanzas criminológicas dirigidas a los técnicos que operan en relación a la Administración de Justicia, Administración penitenciaria, ámbito policial, de prevención, de tratamiento o de reinserción social.

4. En relación a la docencia en los Institutos de Criminología consideramos que:

— Debe establecerse la necesaria coordinación entre los profesores a fin de que la impartición de las correspondientes disciplinas quede enfocada desde la perspectiva de la criminalidad o de las distintas funciones del sistema penal, como perspectivas complementarias, y no como mera acumulación de informaciones provenientes de distintos ámbitos de conocimiento.

— Junto a la enseñanza teórica debieran incluirse las correspondientes prácticas, en el propio Instituto, o en colaboración con profesionales que operen en el campo del sistema penal, bajo la supervisión de los profesores responsables.

— Igualmente consideramos importante la exigencia de realización de trabajos de iniciación a la investigación bajo la supervisión del profesor correspondiente.

5. Es necesario que se potencie la investigación sobre distintos aspectos de la criminalidad y del sistema penal, como elemento imprescindible para obtener en primer lugar información adecuada, y en segundo lugar para poder efectuar los análisis y las evaluaciones consiguientes que sirvan para poder elevar propuestas de reforma al legislador o en su caso a los responsables de las distintas instituciones penales, así como para ofrecer a la opinión pública información documentada e independiente.

El desarrollo de esta clase de investigaciones debe realizarse fundamentalmente en la Universidad. Pero, asimismo consideramos que la potenciación de la investigación en este campo se desfavorecería con la creación de Centros de Investigación independientes, tal como existen en la mayoría de los países de nuestro entorno, además de las propias investigaciones que se lleven a cabo por los gobiernos. Pero, a fin de salvaguardar la independencia y capacidad crítica que aseguren el rigor propio de la investigación científica, no debe quedar confinado al ámbito gubernamental el peso básico de la investigación en este campo.

6. En relación al funcionamiento de la Administración de Justicia penal, debería introducirse la figura del «equipo psicosocial» —o según algunas propuestas, la figura del «criminólogo»— que colabore con el Juez suministrándole información que pueda requerir para el enjuiciamiento o para la decisión sobre la clase de pena o medida alternativa que sea procedente.

7. Es necesario que se articulen mecanismos de coordinación entre los diversos Institutos de Criminología existentes, atendiendo a una homologación básica de los programas docentes.

ADELA ASÚA

Presidenta del Grupo de trabajo «E»

JEAN CHARLES HERAUT

Secretario del Grupo de trabajo «E»

INDICE DEL TOMO II DE 1990

Págs.

SECCION DOCTRINAL

<i>Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig	421
<i>Los delitos culposos en la reforma penal</i> , por Carlos María Romeo Casabona	443
<i>La justificación del comportamiento omisivo</i> , por Joaquín Cuello Contreras	497
<i>Sobre el concurso entre causas de justificación</i> , por Antonio Cuerda Riezu	519
<i>Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal</i> , por Bernardo del Rosal Blasco	557
<i>La falta de uso ilegítimo de vehículo de motor ajeno (artículo 587, 1.º del Código Penal)</i> , por Javier de Vicente Remesal	581
<i>El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma</i> , por Esteban Juan Pérez Alonso ...	609
<i>Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales</i> , por José Manuel Paredes Castañón	633

SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i>	657
----------------------------	-----

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

<i>Enajenación mental incompleta, en su forma de intensa adicción a la heroína, sobrevinida después de la sentencia: efectos sobre el cumplimiento de la pena</i>	667
<i>Intervención del Ministerio Fiscal en los juicios de faltas que se persiguen previa denuncia del ofendido o perjudicado</i>	679
<i>Régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad</i>	683

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sección dirigida por Santiago Mir Puig. — Animo de injuriar, exceptio veritatis y libertad de expresión</i> , por M.ª Teresa Castiñeira Palou	687
<i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García	701
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares Samaniego	739

BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de revistas</i>	769
----------------------------------	-----

NOTICIARIO

<i>Conclusiones generales del XLI Curso Internacional de Criminología</i>	779
---	-----

INDICE

Págs.

SECCION DOCTRINAL

<i>Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig	421
<i>Los delitos culposos en la reforma penal</i> , por Carlos María Romeo Casabona ..	443
<i>La justificación del comportamiento omisivo</i> , por Joaquín Cuello Contreras	497
<i>Sobre el concurso entre causas de justificación</i> , por Antonio Cuerda Riezu	519
<i>Las prisiones privadas: un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal</i> , por Bernardo del Rosal Blasco	557
<i>La falta de uso ilegítimo de vehículo de motor ajeno (artículo 587, 1.º del Código Penal)</i> , por Javier de Vicente Remesal	581
<i>El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma</i> , por Esteban Juan Pérez Alonso	609
<i>Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales</i> , por José Manuel Paredes Castañón	633

SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i>	657
----------------------------	-----

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

<i>Enajenación mental incompleta, en su forma de intensa adicción a la heroína, sobrevenida después de la sentencia: efectos sobre el cumplimiento de la pena</i>	667
<i>Intervención del Ministerio Fiscal en los juicios de faltas que se persiguen previa denuncia del ofendido o perjudicado</i>	679
<i>Régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad</i>	683

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sección dirigida por Santiago Mir Puig.—Animo de injuriar, exceptio veritatis y libertad de expresión</i> , por M.ª Teresa Castiñeira Palou	687
<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García	701
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares Samaniego	739

BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de Revistas</i>	769
----------------------------------	-----

NOTICIARIO

<i>Conclusiones generales del XLI Curso Internacional de Criminología</i>	779
---	-----

